

**“De wenselijkheid van de investeringsbescherming
geboden door
de *sui generis* intellectuele rechten rond chips,
computerprogramma’s en databanken”**

B. Coene

Proefschrift aangeboden tot het behalen van de titel van

Doctor in de Rechten

aan de KU Leuven en de UGent

Academiejaar 2015-2016



Faculteit Rechtsgeleerdheid

Promotor KU Leuven:

Prof. Dr. M.-C. Janssens



Faculteit Rechtsgeleerdheid

Promotor UGent:

Prof. Dr. H. Vanhees

Inhoudstafel

SAMENVATTING	16
INLEIDING.....	75
 DEEL I: EEN PASSENDE TOETSING VAN DE WENSELIJKHEID VAN DE SPECIALISATIE DOORGEVOERD DOOR DE NIEUWE <i>SUI GENERIS</i> INTELLECTUELE RECHTEN ROND CHIPS, COMPUTERPROGRAMMA'S EN DATABANKEN	98
1. Overzicht van de problematiek rond de introductie van de sui generis intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken	98
1.1. De kenmerken van chips, computerprogramma's en databanken	98
A. Chips.....	100
A.1. Het functioneren van chips	100
A.2. Het ontwikkelingsproces van chips	101
A.3. Reverse engineering van chips.....	102
B. Computerprogramma's.....	103
B.1. Het functioneren van computerprogramma's	105
B.2. Het ontwikkelingsproces van computerprogramma's	111
B.3. De 'reverse engineering' van computerprogramma's	115
C. Databanken	117
C.1. Het functioneren van databanken	118
C.2. Het ontwikkelingsproces van databanken	120
C.3. Reverse engineering van databanken	123
D. Compatibiliteit en interoperabiliteit van chips, computerprogramma's en databanken.....	125
1.2. Overwegingen bij het tot stand komen van de intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken	127
1.2.1. Overwegingen rond een beschermingsregeling 'op maat' van chips computerprogramma's en databanken binnen het intellectuele eigendomsrecht	127
A. Heersende 'denkkader' rond een optimaal ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht	127
A.1. Het heersende 'denkkader' rond het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging'	128
A.1.1. Doel	129
A.1.2. Middel	130
A.1.3. Feitelijke omstandigheden.....	131
A.1.4. Synthese	134
A.2. Een passende invulling van de bestaande intellectuele rechten en het bestaande recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging'	135
B. Een passende beschermingsregeling rond chips, computerprogramma's en databanken binnen het intellectuele eigendomsrecht	142
B.1. Chips en computerprogramma's.....	142
B.1.1. Wenselijkheid van een bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht	142
B.1.2. De aangewezen beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht	144
a. Het recht inzake oneerlijke mededinging.....	144
b. Het octrooirecht	145
c. Het auteursrecht.....	146
c.1. De discussie binnen Common Law rechtssystemen	148

c.2. De discussie binnen Europees continentale rechtssystemen	156
d. Een sui generis beschermingsregeling	159
B.2. Databanken	160
B.2.1. Wenselijkheid van een bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht	160
B.2.2. De aangewezen beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht	161
a. Uiteenlopende nationale tradities rond de bescherming van ‘verzamelingen’	162
b. Zoektocht naar een passende regeling rond de bescherming van databanken	165
1.2.2. Overwegingen rond de multilaterale verdragen met betrekking tot het intellectuele eigendomsrecht	171
A. De grote multilaterale verdragen rond het intellectuele eigendomsrecht	171
B. Concrete overwegingen met betrekking tot de multilaterale verdragen rond het intellectuele eigendomsrecht	176
B.1. De bescherming rond chips en de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken	177
B.2. De bescherming rond computerprogramma’s en de structuur van databanken	179
1.3. Evaluatie van de specialisatie doorgevoerd door <i>sui generis</i> intellectuele rechten	181
1.3.1. Het criterium om de specialisatie door <i>sui generis</i> intellectuele rechten te beoordelen	181
1.3.2. De evaluatie van de specialisatie door de concrete <i>sui generis</i> intellectuele rechten	183
1.3.3. De evaluatie van het concept van een specialisatie door <i>sui generis</i> intellectuele rechten	189
2. De vaststelling van een aangewezen toetsing van de specialisatie doorgevoerd door de <i>sui generis</i> intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken	195
2.1. De context en de aard van de specialisatie	195
2.1.1. De essentie van het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’	196
A. Intellectuele rechten	197
A.1. Archetypisch ingrijpen	197
A.1.1. Juridische concept	198
A.1.2. Focus van het ingrijpen	202
A.2. Archetypische doelstellingen	204
B. Het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’	207
B.1. Archetypisch ingrijpen	207
B.1.1. Juridische concept	209
B.1.2. Focus van het ingrijpen	209
B.2. Archetypische doelstellingen	214
2.1.2. De context van de specialisatie	216
2.1.3. De aard van de specialisatie	218
A. De differentiatie en precisering van gedragsvoorschriften	219
A.1. De variabelen van de ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften	220
A.2. ‘Precisering’ en ‘differentiatie’ als variabelen van de ‘formulering’ van gedragsvoorschriften ..	221
B. De specialisatie door de <i>sui generis</i> intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken als een vorm van differentiatie en precisering van gedragsvoorschriften	224
2.2. De beoordeling van de wenselijkheid van de specialisatie	227
2.2.1. Toetsingscriterium	228
2.2.2. Toepassing van het toetsingscriterium	230
A. Een comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen	231
B. Moeilijkheden bij een comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen	233
C. De perspectieven van een comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen	239
C.1. Analyse rond de systematiek van het optimale ingrijpen	239

C.2. Analyse vanuit de focus van het onderzoek.....	241
C.2.1. Focus op het verlenen van een specifieke soort investeringsbescherming.....	242
C.2.2. Analyse van het ingrijpen in het licht van gemeenschappelijke grootheden.....	243
C.3. Overzicht van de perspectieven van een comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen.....	246

3. De gehanteerde toetsing van de specialisatie doorgevoerd door de sui generis intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken 248

DEEL II: PASSENDE PARAMETERS EN CRITERIA VOOR DE TOETSING VAN DE SPECIALISATIE DOORGEVOERD DOOR DE *SUI GENERIS* INTELLECTUELE RECHTEN ROND CHIPS, COMPUTERPROGRAMMA'S EN DATABANKEN251

1. De doelstellingen van het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging als investeringsbescherming rond 'parasitaire mededinging'	253
1.1. Een optimale 'inhoud' van gedragsvoorschriften	253
1.1.1. Utilitaristische overwegingen.....	255
A. De economische analyse: het maximaliseren van de maatschappelijke welvaart	256
A.1. De nood aan een coördinatie van gedragingen	257
A.2. Het ideale coördinatiemechanisme: de perfecte markt	260
A.3. De coördinatie van gedragingen binnen een perfecte markt	262
A.3.1. Exclusieve rechten over schaarse middelen	263
A.3.2. Vrijwillige ruiltransacties.....	264
A.3.3. Marktprijs.....	267
A.3.4. De resulterende coördinatie van gedragingen	272
B. Het door intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging' na te streven resultaat volgens de economische analyse	276
B.1. Gemeenschappelijk opvattingen rond de directe rechtvaardiging voor een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht	276
B.2. Onderscheiden opvattingen rond het door het intellectuele eigendomsrecht na te streven resultaat	282
B.2.1. 'Incentive versus acces'-benadering	283
a. Redenering	284
a.1. Uitgangspunten	284
a.1.1. Opdracht.....	284
a.1.2. Middel	284
a.2. Richtlijn rond het na te streven conceptuele resultaat	285
a.3. Uitwerking van een richtlijn rond het na te streven concrete resultaat	290
b. Evaluatie.....	290
B.2.2. 'Absolute exclusiviteit'-benadering.....	292
a. Redenering	292
a.1. Uitgangspunten	292
a.1.1. Opdracht.....	293
a.1.2. Middel	293
a.2. Concept van de richtlijn rond het na te streven resultaat.....	293
a.3. Uitwerking van de concrete richtlijn rond het na te streven resultaat	300
b. Evaluatie.....	301
B.2.3. 'Imitatievoordeel'-benadering	303
a. Redenering	308

a.1. Uitgangspunten	308
a.1.1. Opdracht.....	308
a.1.2. Middel	309
a.2. Richtlijn rond het na te streven conceptuele resultaat	310
a.3. Uitwerking van een richtlijn rond het na te streven concrete resultaat	312
a.3.1. Het traceren van handelingen die een aanwending inhouden van de positieve effecten van het resultaat van inspanningen van een andere persoon	313
a.3.2. Het traceren van handelingen waarrond een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht nodig is met het oog op het vermijden en internaliseren van positieve externe effecten	314
a.3.3. Synthese: het traceren van ‘imitatievoordeel’ als leidraad voor het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht.....	321
b. Evaluatie	321
1.1.2. Natuurrechtelijk-deontologische overwegingen.....	324
A. Gemeenschappelijke opvattingen rond de directe rechtvaardiging voor een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht	325
B. Opvattingen rond het concrete resultaat dat na te streven is door de investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht	325
B.1 ‘balans’-benadering.....	326
B.1.1. Redenering	326
a. Uitgangspunten	326
a.1. Opdracht.....	326
a.2. Middel	327
b. Concept van de richtlijn rond het na te streven resultaat	328
c. Uitwerking van de concrete richtlijn rond het na te streven resultaat	330
B.1.2. Evaluatie.....	330
B.2. ‘Imitatievoordeel’-benadering	331
B.2.1. Redenering	331
a. Uitgangspunten	331
a.1. Opdracht.....	331
a.2. Middel	334
b. Richtlijn rond het na te streven conceptuele resultaat.....	334
c. Uitwerking van de concrete richtlijn rond het na te streven resultaat	337
c.1. Het traceren van handelingen die een toepassing inhouden van het resultaat van inspanningen van een andere persoon	337
c.2. Het traceren van handelingen waarrond een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht nodig is met het oog op het verhinderen van het ‘stelen’ van inspanningen	339
c.3. Synthese: het traceren van ‘imitatievoordeel’ als leidraad voor het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht.....	345
B.2.2. Evaluatie.....	345
1.2. Een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften	347
1.2.1. Effecten van een ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften	348
A. De effecten van een ‘precisering’ van gedragsvoorschriften	349
A.1. De inspanningen om regelgevende bepalingen toepassing te laten vinden	349
A.1.1. Inspanningen om regelgevende bepalingen initieel te formuleren.....	349
A.1.2. Inspanningen om regelgevende bepalingen te interpreteren en toe te passen	350
A.2. De mogelijkheden om tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen te komen	351
A.2.1. De mogelijkheden tot een optimale inhoudelijke afstelling van gedragsvoorschriften	351

A.2.2. De mogelijkheden om gedragingen conform te maken aan de inhoudelijke gedragsvoorschriften	354
B. De effecten van een 'differentiatie' van gedragsvoorschriften	356
B.1. De mogelijkheden om op grond van de betrokken regelgevende bepalingen tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen te komen	356
B.2. De inspanningen om regelgevende bepalingen toepassing te laten vinden	357
1.2.2. Richtlijnen rond een optimale 'precisering' en 'differentiatie' van gedragsvoorschriften	358
A. Vuistregel rond een optimale 'precisering' van gedragsvoorschriften	359
B. Vuistregel rond een optimale 'differentiatie' van gedragsvoorschriften	361

2. Het middel van een ingrijpen van intellectuele rechten en van het recht inzake oneerlijke mededinging

rond 'parasitaire mededinging'	361
2.1. De 'mechaniek' van intellectuele rechten	362
2.1.1. De theorie rond 'immateriële goederen'	366
A. Analyse van de moeilijkheden bij het verklaren van het ingrijpen	366
B. Verklaring rond het ingrijpen	366
C. Toelichting bij de verklaring rond het ingrijpen	368
2.1.2. De theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten'	374
A. Kritiek ten aanzien van de theorie rond 'immateriële goederen'	374
A.1. Praktische kritiek op de 'theorie rond immateriële goederen'	374
A.1.1. Het toekennen van bescherming	375
A.1.2. Het 'object' van de toegekende bescherming	378
A.1.3. De 'exclusieve bevoegdheid' op grond van de toegekende bescherming	379
A.1.4. Synthese	380
A.2. Fundamentele kritiek op de 'theorie rond immateriële goederen'	381
B. Het ingrijpen van de intellectuele rechten volgens de theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten'	383
B.1. Analyse van de moeilijkheden bij het verklaren van het ingrijpen	383
B.2. Verklaring rond het ingrijpen	386
B.3. Toelichting bij de verklaring rond het ingrijpen	394
B.3.1. 'Intellectueelrechtelijke lasten' ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties	394
B.3.2. Archetypische analyses om het ingrijpen zo objectief mogelijk af te stellen op bewustzijnsfenomenen	398
a. Denkoperaties rond verschillen	398
a.1. De parameters binnen de 'denkoperatie rond verschillen'	399
a.2. De afstelling van het ingrijpen via de 'denkoperatie rond verschillen'	404
a.2.1. Een afstelling in het licht van zintuiglijk waarneembare kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties	404
a.2.2. Een afstelling in het licht van relevante aan de mens interne bewustzijnsfenomenen	405
b. Denkoperaties rond gelijkenissen	409
b.1. De parameters binnen de 'denkoperatie rond gelijkenissen'	410
b.2. De afstelling van het ingrijpen via de 'denkoperatie rond gelijkenissen'	413
b.2.1. Een afstelling in het licht van relevante aan de mens interne bewustzijnsfenomenen	414
b.2.2. Een afstelling in het licht van zintuiglijk waarneembare kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties	419
c. Analyse rond consumptie-ketens	420
c.1. Archetypische rollen in het doen ontstaan of voortzetten van 'consumptieketens'	420
c.2. De afstelling van het ingrijpen via de 'analyse rond consumptieketens'	428
c.2.1. Een afstelling in het licht van relevante aan de mens interne bewustzijnsfenomenen	428
c.2.2. Een afstelling in het licht van zintuiglijk waarneembare manifestaties	432
d.) Synthese	432

2.2. De ‘mechaniek’ van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’	433
2.2.1. De opvatting dat het niet zinvol is om vast te houden aan de traditionele concepten	438
2.2.2. De opvatting dat het wel zinvol is om vast te houden aan de traditionele concepten	440

3. De systematiek van het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging als investeringsbescherming	445
3.1. De systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’	446
3.1.1. Het na te streven resultaat	447
A. De ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften	447
B. De ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften	448
C. Synthese	449
3.1.2. De feitelijke omstandigheden die de afstelling van het ingrijpen behoren te beïnvloeden	450
A. De ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften	450
A.1. Indicaties rond de te verwachten ‘verdiensten’ van het ingrijpen	451
A.2. Indicaties rond de te verwachten ‘tekortkomingen’ van het ingrijpen	453
B. De ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften	454
3.1.3. Een optimale afstelling van de afzonderlijke beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht	455
A. De taakverdeling tussen het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’	456
B. Een optimale afstelling van het ingrijpen van intellectuele rechten	457
B.1. Toekennen van bescherming	457
B.2. ‘Object’	460
B.3. Exclusieve bevoegdheid	462
C. Een optimale afstelling van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’	464
C.1. Kenmerken van de gekopieerde prestatie	465
C.2. Teruggaan op een ‘kopiëren’	465
C.3. kenmerken van het onrechtmatig voordeel	465
3.1.4. Valabele en noodzakelijke differentiaties van de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht	466
A. Ruimste intellectueelrechtelijke bescherming rond erg verdienstelijke functionele resultaten van inspanningen	468
B. Intellectueelrechtelijke bescherming rond verdienstelijke esthetische resultaten van inspanningen	469
C. Verbod op ‘parasitair kopiëren’ rond resultaten van inspanningen met enige verdienste	470
D. Intellectueelrechtelijke bescherming rond verdienstelijke en voldoende substitueerbare functionele resultaten van inspanningen	471
E. Achterliggende analyse rond de valabele en noodzakelijke ‘differentiaties’	472
3.2. De systematiek rond ‘imitatievoordeel’	475
3.2.1. Het na te streven resultaat	476
A. De ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften	476
B. De ‘precisering’ en ‘differentiatie’	477
C. Synthese rond het na te streven resultaat	478
3.2.2. De concrete feitelijke omstandigheden die de afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht behoren te beïnvloeden	478
A. De inhoud van gedragsvoorschriften	478
A.1. Genot van door het resultaat van inspanningen van een andere persoon mogelijk gemaakte behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen	479
A.2. Ruimtelijke en temporele limieten van het genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen mogelijk gemaakt een ‘resultaat’ van inspanningen op grond van specifieke incorporaties ervan	482

A.3. Esthetische of functionele behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen op grond van het resultaat van inspanningen	484
B. De precisering en differentiatie van gedragsvoorschriften.....	485
3.2.3. Een optimale afstelling van de afzonderlijke beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht	486
A. De aangewezen taakverdeling tussen het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’	487
B. Een optimale afstelling van het ingrijpen van intellectuele rechten: het vermijden van ‘imitatievoordeel’ rond intellectuele arbeid	491
B.1. Toekennen van bescherming	491
B.1.1. Relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken van relevante referentie-incorporaties van inspanningen	492
B.1.2. Relevante verschillen	494
B.1.3. Relevante referentiegroep	495
B.1.4. Abstractie	496
B.2. ‘Object’	499
B.2.1. Relevante referentiekenmerken	499
B.2.2. Abstractie	500
B.2.3. Gelijkenis	500
B.2.4. Relevantie van voldoende gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties	502
B.3. Exclusieve bevoegdheid	503
B.3.1. Handelingen die een alternatieve consumptieketen doen ontstaan of voortzetten naast de ‘consumptieketens’ op grond van door de rechthebbende ‘in het verkeer’ gebrachte zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’	505
B.3.2. Handelingen die bestaande ‘consumptieketens’ voortzetten op grond van door de rechthebbende vrijwillig in het verkeer gebrachte zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’	506
C. Een optimale afstelling van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’: het vermijden van ‘imitatievoordeel’ rond kenmerken ontleend aan handenarbeid	506
C.1. Kenmerken van de incorporatie van inspanningen die gekopieerd werd	507
C.2. Teruggaan op een ‘kopiëren’	508
C.3. Kenmerken van het behaalde voordeel	509
3.2.4. Valabele en noodzakelijke differentiaties van de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht	510
A. Een ingrijpen tegen parasitaire mededinging rond handenarbeid	512
B. Intellectueelrechtelijke bescherming rond resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een esthetische beleving niet gebonden is aan een concrete vorm	515
C. Intellectueelrechtelijke bescherming rond resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een esthetische beleving gebonden is aan een concrete vorm.....	516
D. Intellectueelrechtelijke bescherming rond resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een functionele beleving niet gebonden is aan een concrete vorm	518
E. Intellectueelrechtelijke bescherming rond resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een functionele beleving gebonden is aan een concrete vorm.....	519
F. Achterliggende analyse	524
3.3. De meest aangewezen systematiek rond het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging	525
4. Implicaties voor de toetsing van de specialisatie door de sui generis intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken	526

DEEL III TOETSING VAN DE WENSELIJKHEID VAN DE SPECIALISATIE DOOR DE SUI GENERIS INTELLECTUELE RECHTEN ROND CHIPS, COMPUTERPROGRAMMA'S EN DATABANKEN532

1. Het toekennen van bescherming	535
1.1. Traditionele beschermingsregelingen	535
1.1.1. Octrooirecht	535
A. Relevante incorporaties	549
B. Relevante referentiegroep	552
C. Relevante verschillen	553
D. Abstractie	555
E. De octrooieerbaarheid van uitvindingen rond computerprogramma's	557
1.1.2. Auteursrecht	565
A. Relevante incorporaties	568
B. relevante referentiegroep	570
C. Verschillen	572
D. Abstractie	574
1.1.3. Het recht inzake oneerlijke mededinging	575
A. Relevante begeleidende omstandigheden van een 'handelspraktijk' en het soort incorporaties van inspanningen	577
B. Relevante begeleidende omstandigheden van een 'handelspraktijk' en de afbakening van een relevante referentiegroep	577
C. Relevante begeleidende omstandigheden van een 'handelspraktijk' en de relevante verschillen van een incorporatie van inspanningen ten aanzien van een relevante referentiegroep	578
D. Relevante begeleidende omstandigheden van een 'handelspraktijk' en de graad van abstractie van het vergelijken	578
1.2. De sui generis intellectuele rechten	579
1.2.1. Relevante incorporaties van inspanningen	583
A. Het chipsrecht	583
A.1. Relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken	584
A.2. Relevante referentie-incorporatie	586
B. Computerprogramma-auteursrecht	586
B.1. Relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken	588
B.2. Relevante referentie-incorporaties	594
C. Het databanken-auteursrecht en het databankenrecht sui generis	595
C.1. Relevante referentie-incorporatie binnen het databanken-auteursrecht en het databankenrecht sui generis: een 'databank'	595
C.1.1. Verzameling van elementen	596
C.1.2. Zelfstandige elementen	597
C.1.3. Afzonderlijk toegankelijk zijn via elektronische of andere middelen	597
C.1.4. Systematisch of methodisch ordening	598
C.1.5. Uitsluiting rond computerprogramma's	599
C.1.6. Synthese	600
C.2. Relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken van een 'databank' binnen het databankenrecht sui generis	600
C.3. Relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken van een 'databank' binnen het databanken-auteursrecht	602
D. Uitsluiting rond kenmerken die noodzakelijk zijn voor het bereiken van een functie	604
1.2.2. Relevante referentiegroep	607

A. Chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht.....	607
B. Databankenrecht sui generis	609
1.2.3. Verschillen.....	610
A. Chips, computerprogramma's en de structuur van databanken	610
B. Databankenrecht sui generis	614
B.1. Gerichtheid van de investering	615
B.1.1. Verkrijging	615
B.1.2. Controle.....	617
B.1.3. Presentatie	617
B.2. Aard van de investering	618
B.3. Drempel van de investering	620
1.2.4. Abstractie	622
A. Chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht.....	622
B. Het databankenrecht sui generis	628
1.3. Wenselijkheid.....	630
1.3.1. Overzicht van de 'specialisatie' doorgevoerd door de <i>sui generis</i> intellectuele rechten.....	630
1.3.2. Evaluatie van de 'specialisatie' doorgevoerd door de <i>sui generis</i> intellectuele rechten	632
A. De sui generis intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en de structuur van databanken	633
A.1. Zintuiglijk waarneembare kenmerken van een relevante referentie-incorporatie	633
A.2. Relevante referentiegroep.....	637
A.3. Verschillen.....	638
A.4. Abstractie.....	639
A.5. Besluit	641
B. Het databankenrecht sui generis	643
B.1. Relevante referentie-incorporatie	643
B.2. Relevante referentiegroep	645
B.3. Verschillen.....	646
B.4. Abstractie	647
B.5. Besluit.....	648
2. Het object - De zintuiglijk waarneembare manifestaties die onder de toegekende bescherming vallen ...	650
2.1. Traditionele beschermingsregelingen	650
2.1.1. Octrooirecht	650
A. Relevante referentiekenmerken	652
B. Graad van abstractie	652
C. Standaard van gelijkenis.....	654
D. Relevantie	655
2.1.2. Auteursrecht	656
A. Relevante referentiekenmerken	656
B. Abstractie	657
C. Gelijkenissen	658
D. Relevantie	659
2.1.4. Het recht inzake oneerlijke mededinging	660
A. Relevante begeleidende omstandigheden van een 'handelspraktijk' en de relevante referentiekenmerken	662
B. Relevante begeleidende omstandigheden van een 'handelspraktijk' en de graad van abstractie van het vergelijken.....	662
C. Relevante begeleidende omstandigheden van een 'handelspraktijk' en de relevante mate van gelijkenis.....	663

D. Relevante begeleidende omstandigheden van een ‘handelspraktijk’ en de relevantie van een voldoende gelijkenis.....	664
2.2. De <i>sui generis</i> intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken	667
1.2.1. Relevante referentiekennmerken	668
A. Chips, computerprogramma’s en de structuur van databanken	668
B. Databankenrecht <i>sui generis</i>	668
1.2.2. Abstractie	670
A. Chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht.....	670
B. Databankenrecht <i>sui generis</i>	672
1.2.3. Gelijkenissen	672
A. Chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht.....	672
B. Databankenrecht <i>sui generis</i>	676
1.2.4. Relevantie.....	678
A. Het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht.....	679
B. Databankenrecht <i>sui generis</i>	680
2.3. De wenselijkheid van de specialisatie door de <i>sui generis</i> intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken	682
2.3.1. Overzicht van de ‘specialisatie’ doorgevoerd door de <i>sui generis</i> intellectuele rechten.....	682
2.3.2. Evaluatie van de specialisatie vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’	684
A. De <i>sui generis</i> intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en de structuur van databanken	685
A.1. Relevante referentiekennmerken	686
A.2. Relevante graad van abstractie.....	686
A.3. Voldoende gelijkenis	688
A.4. Relevantie van voldoende gelijkenis.....	689
A.5. Besluit	691
B. Het <i>sui generis</i> intellectuele rechten rond de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken ...	693
B.1. Relevante referentiekennmerken	693
B.2. Relevante graad van abstractie.....	694
B.3. Voldoende gelijkenis	695
B.4. Relevantie van voldoende gelijkenis	696
B.5. Besluit.....	697
3. De controle over manifestaties op grond van de toegekende bescherming	699
3.1. Alternatieve ‘consumptieketens’ doen ontstaan	701
3.1.1. De bestaande beschermingsregelingen	702
A. Intellectuele rechten	702
A.1. Soort handelingen	703
A.1.1. Octrooirecht	703
A.1.2. Auteursrecht	705
A.2. Intellectueelrechtelijke relevantie	714
A.2.1. Object-relevantie	715
A.2.2. Gerichtheid op een relevant publiek	716
A.2.3. Uitdrukkelijke beperkingen rond tijdelijke reproducties	717
B. Het recht inzake oneerlijke mededinging	718
3.1.2. De <i>sui generis</i> intellectuele rechten	720
A. Soort handelingen	721
A.1. Chipsrecht	721
A.2. Computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht	722
A.3. Databankenrecht <i>sui generis</i>	726

A.4. Discussiepunten	731
B. Relevantie	735
B.1. Object-relevantie	735
B.2. Gerichtheid op een relevant publiek.....	737
B.3. Uitdrukkelijke beperkingen rond ‘gebruik voor het beoogde doel’, ‘normaal gebruik’ en ‘opvragen en hergebruiken van niet-substantiële delen’	737
3.1.3. De wenselijkheid van de specialisatie	738
A. De ‘specialisatie’ doorgevoerd door de sui generis intellectuele rechten	738
B. Evaluatie van de ‘specialisatie’ vanuit de systematiek rond imitatievoordeel	744
B.1. Regel op grond van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’	746
B.2. Beoordeling op grond van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’	748
3.2. Consumptieketens doen ontstaan of voortzetten door een ‘doen circuleren’ van zintuiglijk waarneembare manifestaties.....	749
3.2.1. De bestaande beschermingsregelingen	750
A. Intellectuele rechten	750
A.1. Soort handelingen.....	751
A.1.1. Octrooirecht.....	751
A.1.2. Auteursrecht	752
A.2. Relevantie	757
A.2.1. Object-relevantie	758
A.2.2. Uitputtingsleer	758
a. Voorwaarden voor het intreden van ‘uitputting’	762
a.1. Voorwaarden rond de bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’	762
a.1.1. Het octrooirecht	763
a.1.2. Het auteursrecht	763
a.2. Voorwaarden rond het ‘in het verkeer brengen’	766
a.2.1. Het octrooirecht	768
a.2.2. Het auteursrecht	768
b. Reikwijdte van de ingetreden uitputting.....	769
b.1. De betrokken incorporatie van inspanningen.....	769
b.2. De ‘uitgeputte’ categorieën voorbehouden handelingen.....	770
b.2.1. Het octrooirecht	770
b.2.2. Het auteursrecht	771
B. Het recht inzake oneerlijke mededinging	775
3.3.2. De <i>sui generis</i> intellectuele rechten.....	777
A. Soort handelingen.....	778
A.1.1. Chipsrecht	778
A.1.2. Computerprogramma-auteursrecht en Databanken-auteursrecht.....	779
A.1.3. Databankenrecht <i>sui generis</i>	781
A.1.4. Discussiepunten	782
B. Intellectueelrechtelijke relevantie	785
B.1. ‘Object-relevantie’	785
B.2. Uitputtingsleer	786
B.2.1. Voorwaarden voor het intreden van ‘uitputting’.....	787
a. Voorwaarden rond de bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’	788
b. Voorwaarden rond het ‘in het verkeer brengen’	792
b.1. Het chipsrecht	792
b.2. De sui generis intellectuele rechten rond computerprogramma’s en databanken	793

B.2.1. Reikwijdte van de ingetreden uitputting	794
a. De concrete zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’	794
b. De ‘uitgeputte’ categorieën voorbehouden handelingen	795
3.2.3. De wenselijkheid van de specialisatie	798
A. Vaststelling verschillen	798
B. Evaluatie	803
B.1. Regel op grond van de systematiek rond ‘imitatieoordeel’	804
B.2. Beoordeling op grond van de systematiek rond ‘imitatieoordeel’	806
3.3. Consumptieketens voortzetten door het ‘gebruikmaken’ van zintuiglijk waarneembare manifestaties ...	808
3.3.1. De bestaande beschermingsregelingen	809
A. Intellectuele rechten	809
A.1. Octrooirecht: ‘gebruiken’ als een uitdrukkelijke categorie voorbehouden handelingen	809
A.1.1. Soort handelingen	810
A.1.2. Intellectueelrechtelijke relevantie	811
a. Object-relevantie	812
b. Uitputtingsleer en impliciete licentie	813
b.1. Uitputtingsleer	813
b.2. Impliciete licenties	815
A.2. Auteursrecht: indirecte controle over het gebruiken in het licht van de categorieën voorbehouden handelingen	816
A.2.1. De mogelijkheid van een indirecte controle over het eigenlijke ‘gebruiken’ in het licht van de categorieën voorbehouden handelingen	817
A.2.2. Grenzen aan de indirecte controle over het eigenlijke ‘gebruiken’ in het licht van de categorieën voorbehouden handelingen	819
a. Het principe van het vrij zijn van het eigenlijke gebruik binnen het auteursrecht	819
b. De initiële reikwijdte van de bestaande categorieën voorbehouden handelingen	820
c. Uitdrukkelijke beperkingen gericht op het vrijstellen van ‘gebruik’	821
c.1. Concept	822
c.2. Voorwaarden	823
c.3. Reikwijdte	825
B. Het recht inzake oneerlijke mededinging	826
3.3.2. De <i>sui generis</i> intellectuele rechten	828
A. De mogelijkheid van een indirecte controle over het eigenlijke ‘gebruiken’ in het licht van de categorieën voorbehouden handelingen	829
B. Grenzen aan de indirecte controle over het eigenlijke ‘gebruiken’ in het licht van de categorieën voorbehouden handelingen	832
B.1. Het principe van het vrij zijn het gebruik	832
B.2. De initiële reikwijdte van de bestaande categorieën voorbehouden handelingen	833
B.3. Uitdrukkelijke beperkingen gericht op het vrijstellen van ‘gebruik’	835
B.3.1. Concept van de betrokken beperkingen	836
B.3.2. Voorwaarden	840
a. Soort handelingen	840
b. ‘Rechtmatige verkrijger’ of ‘rechtmatige gebruiker’	841
b.1. Grondslag afgeleid uit een licentie-overeenkomst	842
b.2. Autonome grondslag	844
c. Rechtmatig Exemplaar	847
B.3.3. Reikwijdte	848
3.4.3. De wenselijkheid van de specialisatie	855
A. Vaststelling verschillen	856
B. Evaluatie	863

B.1. Regel op grond van de systematiek rond 'imitatievoordeel'	863
B.2. Beoordeling op grond van de systematiek rond 'imitatievoordeel'	866
4. Regelingen rond reverse engineering.....	868
4.1. De toegelaten analyse-handelingen	873
4.1.1. Analyse-handelingen in het licht van de 'reverse engineering'-regeling binnen het chipsrecht	873
4.1.2. Analyse-handelingen in het licht van de 'reverse engineering'-regeling binnen het computerprogramma-auteursrecht.....	875
A. 'Reverse engineering' door louter observeren	875
B. 'Reverse engineering' door decompilatie	879
4.1.3. Analyse-handelingen binnen de 'basisregeling' geïnterpreteerd in het licht van de systematiek rond 'imitatievoordeel'	885
4.1.4. Overzicht van de 'specialisatie' doorgevoerd door de bijzondere 'reverse engineering'-voorschriften	886
4.2. De toegelaten aanwending van de door 'reverse engineering' verkregen kennis.....	888
4.2.1. Aanwending van door 'reverse engineering' verkregen informatie binnen het chipsrecht	888
4.2.2. Aanwending van door 'reverse engineering' verkregen informatie binnen het computerprogramma- auteursrecht.....	891
A. 'Reverse engineering' door louter observeren	891
B. 'Reverse engineering' via decompilatie	892
4.2.3. Aanwending van door analyse verkregen informatie binnen de 'basisregeling' geïnterpreteerd in het licht van de systematiek rond 'imitatievoordeel'	895
4.2.4. Overzicht van de 'specialisatie' doorgevoerd door de bijzondere 'reverse engineering'-voorschriften	896
4.3. Wenselijkheid.....	896
5. Het resultaat van de comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen	899
BESLUIT.....	905
BIBLIOGRAFIE.....	907

“De wenselijkheid van de investeringsbescherming geboden door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken”

Samenvatting

Inleiding

In de jaren 80 en 90 hebben wetgevers het intellectuele eigendomsrecht uitgebreid met *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken. Naast de bestaande intellectuele rechten en het ingrijpen rond parasitaire mededinging ontstonden nieuwe intellectuele rechten met een eigen aard, een aard die zich toespitste op chips, computerprogramma's of databanken. Concreet ging het om het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis*.

De bijkomende *sui generis* intellectuele rechten dienden een betere specialisatie toe te laten van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Een breder arsenaal aan beschermingsregelingen zou elke afzonderlijke beschermingsregeling in staat stellen zich beter toe te leggen op een bescherming 'op maat' van onderscheiden categorieën incorporaties van inspanningen.

Dit proefschrift gaat de wenselijkheid na van de investeringsbescherming geboden door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken. De concrete onderzoeksvraag is of deze *sui generis* intellectuele rechten vanuit normatief, juridisch oogpunt een zinvolle bijdrage leveren tot een investeringsbescherming door het intellectuele eigendomsrecht 'op maat' van chips, computerprogramma's en databanken. Om deze vraag te beantwoorden worden deze beschermingsregelingen geanalyseerd in het licht van theorieën rond de optimale aanwending van dergelijke beschermingsregelingen als middel om de relevante normatieve doelen te bereiken.

1. Concept voor een toetsing

De eerste opdracht binnen het onderzoek is het vaststellen van een concept voor een passende toetsing. Het komt erop aan om een concept te ontwikkelen voor een test die een correct en definitief antwoord toelaat op de onderzoeksvraag.

1.1. *Sui generis* intellectuele rechten binnen het intellectuele eigendomsrecht

Het ontwikkelen van een passende toetsing begint bij inzicht in de dynamiek die binnen het intellectuele eigendomsrecht teweeggebracht wordt door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken. Vaststellingen rond deze dynamiek bieden immers inzicht in de factoren die bepalen of deze *sui generis* intellectuele rechten inderdaad

een zinvolle bijdrage leveren tot een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht die passend is rond chips, computerprogramma's en databanken.

1.1.1. Continuïteit: een specifiek soort investeringsbescherming

Een eerste vaststelling is dat de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken een voortzetting vormen van de belangrijkste constante binnen het intellectuele eigendomsrecht. Deze *sui generis* intellectuele rechten zijn namelijk evengoed gericht op het verschaffen van de typische investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht. Deze *sui generis* intellectuele rechten grijpen immers evengoed in rond een specifiek soort zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van incorporaties van inspanningen en daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties. Zij grijpen in ten aanzien van dergelijke handelingen waarvan het stellen, vanuit economisch of deontologisch-natuurrechtelijk oogpunt, als een kwalijke invloed geldt op het volgende punt: de mogelijkheden van makers om via ruiltransacties rond de incorporaties van hun inspanningen deze inspanningen te recupereren.

1.1.2. Verandering: hogere differentiatie en precisering van gedragsvoorschriften

Een tweede vaststelling is dat de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken echter ook belangrijke wijzigingen teweegbrengen binnen het intellectuele eigendomsrecht. Ze wijzigen met name de wijze waarop het intellectuele eigendomsrecht te werk gaat bij het formuleren van gedragsvoorschriften die zijn typische investeringsbescherming nastreven.

A. Hogere differentiatie van gedragsvoorschriften

In de eerste plaats doen de *sui generis* intellectuele rechten het intellectuele eigendomsrecht namelijk een *hogere differentiatie* van gedragsvoorschriften hanteren bij het verlenen van zijn typische investeringsbescherming. Een hogere differentiatie van gedragsvoorschriften duidt daarbij het fenomeen aan dat een regelgeving, met het oog op een passende regeling, een groter aantal onderscheiden feitelijke situaties omschrijft waarrond ze ook afzonderlijk de geldende gedragsvoorschriften formuleert. Concreet zorgen de *sui generis* intellectuele rechten ervoor dat het intellectuele eigendomsrecht een groter aantal onderscheiden situaties gaat omschrijven in combinatie met afzonderlijk geformuleerde gedragsvoorschriften die gericht zijn op het verschaffen van de typische investeringsbescherming in deze onderscheiden situaties. Elke andere beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht omschrijft immers al een specifiek toepassingsgebied (bv. het voorliggen van een octrooieerbare uitvinding) waarrond ze ook gedragsvoorschriften formuleert gericht op het verlenen van de typische investeringsbescherming. Het chipsrecht bijvoorbeeld laat het intellectuele eigendomsrecht nu echter ook nog eens dergelijke gedragsvoorschriften formuleren rond een bijkomende typering

van een specifiek toepassingsgebied, met name het voorliggen van een eigen intellectuele schepping rond de topografie van een halfgeleider.

B. Hogere precisering van gedragsvoorschriften

In de tweede plaats betekenen de *sui generis* intellectuele rechten ook dat het intellectuele eigendomsrecht een *hogere precisering* van gedragsvoorschriften gaat hanteren bij het verlenen van zijn typische investeringsbescherming. Bij een dergelijke precisering gaat het om de mate waarin de formulering van gedragsvoorschriften de toepasselijkheid of het ingrijpen van de gedragsvoorschriften meer afstelt op het loutere voorliggen van specifieke, *ex ante* omschreven feiten (bv. overschreed de snelheid 90 km/u?) en minder op een beoordeling van de concrete omstandigheden (bv. was het redelijk daar zo snel te rijden?). Gedragsvoorschriften geformuleerd met een hoge mate van precisering – een hoge focus dus op *ex ante* omschreven feiten – worden aangeduid als ‘regels’. De term ‘standaarden’ daarentegen verwijst naar gedragsvoorschriften geformuleerd met een lage mate van precisering. ‘Standaarden’ sturen dus aan op beoordelingen rond de concrete omstandigheden.

De analyse dat het intellectuele eigendomsrecht een hogere precisering van gedragsvoorschriften gaat hanteren door de *sui generis* intellectuele rechten is te verstaan in het licht van het onderscheid tussen het ingrijpen rond parasitaire mededinging en het ingrijpen van intellectuele rechten. Deze analyse steunt met name op het feit dat het ingrijpen rond parasitaire mededinging en intellectuele rechten een onderscheiden mate van precisering hanteren bij het formuleren van hun gedragsvoorschriften rond de typische investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht.

Het ingrijpen rond parasitaire mededinging verleent de typische investeringsbescherming in principe steeds op de volgende manier: door een verbod op te leggen om handelspraktijken die teruggaan op een kopiëren van resultaten van inspanningen ook te stellen in omstandigheden die deze handelspraktijken onrechtmatig maken. Door aan te sturen op een beoordeling van de concrete omstandigheden rond het kopiëren van resultaten van inspanningen hanteert het opgelegde verbod dus een lage mate van precisering.

Intellectuele rechten daarentegen verlenen de typische investeringsbescherming steeds door een exclusief recht te verlenen waarvan de toekenning en de afbakening vooral afgesteld zijn op *ex ante* omschreven feiten. In intellectuele rechten zijn de gedragsvoorschriften rond de typische investeringsbescherming dus gekenmerkt door een hoge mate van precisering. Bepalend voor de toekenning van dit exclusieve recht is immers het feit dat een voorwerp blijkt geeft van een resultaat van inspanningen van de *ex ante* omschreven soort (bv. een ‘werk’). Bepalend bij de afbakening van dit exclusieve recht is het feit of een handeling gesteld wordt van de *ex ante* omschreven soort (bv. een ‘reproduceren’) rond een zintuiglijk waarneembare manifestatie die de test doorstaat om binnen het object te vallen van dit exclusieve recht. Deze test richt zich in de regel naar het feit of een manifestatie door kennis te verklaren gelijkenissen vertoont met een incorporatie die inderdaad voortvloeit uit het resultaat van inspanningen dat aanleiding gaf

tot de toekenning van het exclusieve recht. Deze door kennis te verklaren gelijkenissen met een dergelijke incorporatie verwijzen daarbij naar gelijkenissen die hun verklaring kunnen vinden in het feit dat een persoon kennis had van een dergelijke incorporatie.

De analyse dat het intellectuele eigendomsrecht door de *sui generis* intellectuele rechten een hogere precisering van gedragsvoorschriften gaat hanteren, is dan concreet dat de *sui generis* intellectuele rechten maken dat het intellectuele eigendomsrecht voor zijn typische investeringsbescherming vaker kiest voor de optie die een hogere precisering van gedragsvoorschriften inhoudt. De *sui generis* intellectuele rechten impliceren immers dat het intellectuele eigendomsrecht verhoudingsgewijs vaker een beroep doet op intellectuele rechten dan op het ingrijpen rond parasitaire mededinging.

1.2. Toetsingscriterium

De analyse rond de relevante dynamiek die de *sui generis* intellectuele rechten teweeg-brengen binnen het intellectuele eigendomsrecht vormt dan de basis voor de vaststelling van het passende toetsingscriterium om de onderzoeksvraag te beantwoorden. De analyse rond de relevante dynamiek geldt met name als geschikte leidraad voor het identificeren van de factoren die dit toetsingscriterium moet incalculeren om deze vraag te beantwoorden.

In de eerste plaats wordt de vaststelling van het passende toetsingscriterium met name beïnvloed door de analyse dat de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken er evengoed op gericht zijn om de typische investeringsbescherming te realiseren die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht. Deze analyse leidt tot de observatie dat het passende toetsingscriterium in staat moet zijn om de inhoud van de gedragsvoorschriften van deze *sui generis* intellectuele rechten te toetsen op het volgende punt: de wenselijkheid van deze inhoud in het licht van de economische en deontologisch natuurrechtelijke rechtvaardigingen voor het verlenen van een dergelijke investeringsbescherming.

In de tweede plaats wordt de vaststelling van het passende toetsingscriterium beïnvloed door de analyse dat de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken een hogere differentiatie en precisering inhouden van de gedragsvoorschriften waarmee het intellectuele eigendomsrecht zijn typische investeringsbescherming nastreeft. Deze analyse leidt tot de observatie dat het passende toetsingscriterium de gedragsvoorschriften van deze *sui generis* intellectuele rechten ook moet weten te toetsen op het volgende punt: de wenselijkheid van de gehanteerde mate van differentiatie en precisering in het formuleren van gedragsvoorschriften om de typische investeringsbescherming te realiseren die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht. Het wordt met name nodig geacht dat het passende toetsingscriterium de gedragsvoorschriften van de *sui generis* intellectuele rechten weet te onderwerpen aan een passende concretisering van het rechtstheoretische criterium rond de wenselijkheid van de mate van differentiatie en precisering in het formuleren van gedragsvoorschriften. Dit rechtstheoretische criterium stelt dat de gehanteerde mate van

differentiatie en precisering wenselijk is indien daaruit een bijdrage volgt tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen die ook de formulerings- en interpretatie-inspanningen overstijgt die nodig zijn om de geformuleerde gedragsvoorschriften toepassing te laten vinden.

Het toetsingscriterium dat uiteindelijk passend geacht wordt om de onderzoeksvraag te beantwoorden, maakt een synthese van de toetsingen die aan de orde zijn gezien de analyse rond de relevante dynamiek die de *sui generis* intellectuele rechten teweegbrengen. Het passend geachte toetsingscriterium gaat met name na of de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken inderdaad het volgende doen: een bijdrage leveren tot een economisch en deontologisch-natuurrechtelijk meer gerechtvaardigde investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, rond het soort incorporaties van inspanningen waarop ze betrekking hebben, die ook een voldoende hoge bijdrage is om de formulerings- en interpretatie-inspanningen te overstijgen die ze veroorzaken binnen het intellectuele eigendomsrecht. Blijkt dat deze *sui generis* intellectuele rechten inderdaad een dergelijke bijdrage leveren dan geldt dit als bewijs dat hun investeringsbescherming de zinvolle bijdrage levert waarnaar de onderzoeksvraag peilt.

1.3. Concept voor een toetsing

Vervolgens komt het erop aan om voor het passende toetsingscriterium rond de onderzoeksvraag een concept te ontwikkelen voor een werkbare toetsing. Het is immers geen evidentie om te bepalen hoe de concrete gedragsvoorschriften van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken te beoordelen zijn in het licht van dit toetsingscriterium.

Voor de toepassing van het passende toetsingscriterium op de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken wordt geopteerd voor het concept van een specifieke comparatieve toetsing rond de theoretisch optimale regeling. Deze toetsing gaat na of deze *sui generis* intellectuele rechten, in vergelijking met de overige beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, al dan niet het volgende doen: nauwer aansluiten bij het referentiepunt van een regeling van het intellectuele eigendomsrecht rond chips, computerprogramma's of databanken die theoretisch optimaal is op alle punten die het passende toetsingscriterium in overweging neemt. Dit referentiepunt veronderstelt dus een regeling rond de typische investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht die theoretisch optimaal is op het vlak van de inhoud, precisering en differentiatie van gedragsvoorschriften. De vaststelling of de *sui generis* intellectuele rechten nauwer of minder nauw aansluiten bij dit referentiepunt moet aannemelijk maken of zij inderdaad de zinvolle bijdrage leveren waarnaar gepeild wordt door de onderzoeksvraag en het passende toetsingscriterium. Enkel als de *sui generis* intellectuele rechten nauwer aansluiten bij het referentiepunt van de theoretisch optimale regeling is aan te nemen dat zij inderdaad deze bijdrage leveren.

2. Uitvoerbaar maken van de toetsing

De volgende stap bestaat erin om het concept van de aangewezen toetsing rond de onderzoeksvraag ook uitvoerbaar te maken. De uitvoering van de comparatieve toetsing rond de theoretisch optimale regeling is immers pas mogelijk indien er ook gedetailleerde richtlijnen zijn rond het referentiepunt van de relevante, theoretisch optimale regeling van het intellectuele eigendomsrecht. Voor het vaststellen van deze richtlijnen wordt gezocht naar de aangewezen 'systematiek' van de relevante optimale regeling van het intellectuele eigendomsrecht. Deze systematiek verwijst naar een leer rond de manier waarop het middel van een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht af te stellen is in het licht van onderscheiden feitelijke omstandigheden om daarin optimaal de relevante doelstelling te realiseren die het betrokken ingrijpen behoort te bereiken. Deze relevante doelstelling is het verschaffen van de typische investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht in overeenstemming met economische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, via optimaal gedifferentieerde en gepreciseerde gedragsvoorschriften.

2.1. Uitgangspunten rond een optimale investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht

Het zoeken naar de aangewezen systematiek van de relevante optimale regeling van het intellectuele eigendomsrecht kan rekenen op een aantal punten van houvast. Er zijn een aantal inzichten die als gegeven gelden voor een dergelijke systematiek.

2.1.1. Rechtvaardigingen voor het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht

Een eerst punt van houvast zijn de traditionele rechtvaardigingen voor het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Deze rechtvaardigingen op grond van economische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen zijn gebaseerd op de capaciteit van dit ingrijpen om bij te dragen tot de globale coördinatie van gedragingen die volgens dergelijke overwegingen wenselijk is. Deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen verwelkomen met name de capaciteit van het intellectuele eigendomsrecht om bij te dragen tot een coördinatie van gedragingen die iedereen de plicht doet naleven om de natuurlijke rechten te respecteren van anderen. Economische overwegingen verwelkomen de capaciteit van het intellectuele eigendomsrecht om bij te dragen tot een coördinatie van gedragingen die iedereen aanzet tot het gebruik van schaarse middelen dat de maatschappelijke welvaart maximaliseert.

A. Deontologisch-natuurrechtelijk argument voor het intellectuele eigendomsrecht

Het voornaamste deontologisch-natuurrechtelijke argument voor het bestaan van het intellectuele eigendomsrecht is dat dit mensen een belangrijk middel biedt om respect af te dwingen voor hun natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid. Het gaat daarbij om het

natuurlijk recht van een persoon op het genot van de vruchten die zintuiglijk waarneembare manifestaties kunnen voortbrengen omdat zij vermengd geraakten met zijn arbeid.

Het argument is met name dat het intellectuele eigendomsrecht nodig is naast het systeem van zakenrechtelijke rechten opdat mensen steeds adequate mogelijkheden zouden hebben om hun natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid ook juridisch te kunnen afdwingen. Het gebeurt immers dat een resultaat van inspanningen van een persoon zich leent tot toepassingen die vruchten voortbrengen in meerdere zintuiglijk waarneembare manifestaties tegelijk, zelfs in zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon niet eigenhandig vervaardigde (bv. andere persoon wendde de door een persoon bedachte compositie aan in hun schilderijen). Bij dergelijke resultaten van inspanningen biedt het systeem van zakenrechtelijke rechten de persoon een gebrekkige basis om zijn natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid juridisch af te dwingen. Het systeem van zakenrechtelijke rechten laat deze persoon immers niet toe om bijvoorbeeld het genot te controleren van de vruchten van zijn inspanningen dat plaatsvindt via een toepassing van deze inspanningen door een andere persoon binnen een zintuiglijk waarneembare manifestatie waarover deze andere persoon een zakenrechtelijk recht heeft (bv. binnen het schilderdoek dat eigendom is van de andere persoon). Bij resultaten van inspanningen van een persoon die zich lenen tot toepassingen die vruchten voortbrengen in meerdere zintuiglijk waarneembare manifestaties tegelijk geldt het intellectuele eigendomsrecht dan als noodzakelijk en adequaat opdat deze persoon steeds zijn natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid juridisch zou kunnen afdwingen. Het intellectuele eigendomsrecht laat in beginsel immers toe om een persoon een controle te verschaffen over elke toepassing van zijn resultaat van inspanningen.

B. Economisch argument voor het intellectuele eigendomsrecht

Het voornaamste economische argument voor het bestaan van het intellectuele eigendomsrecht is dat dit een belangrijk middel biedt om het marktfalen te vermijden dat gepaard gaat met positieve externe effecten. Positieve externe effecten zijn de positieve effecten van een gedrag op de capaciteit tot behoeftebevrediging van schaarse middelen waarmee de handelende persoon echter geen rekening houdt omdat deze effecten zijn mogelijkheden tot behoeftebevrediging niet beïnvloeden.

De achtergrond van dit argument rond positieve externe effecten is de analyse dat markten waarbij de randvoorwaarden vervuld zijn voor een perfecte markt een coördinatie van gedragingen realiseren die de maatschappelijke welvaart maximaliseert. Alle markten coördineren gedragingen door individuele consumenten en producenten te laten reageren op de marktprijs voor een schaars middel. Dit brengt een coördinatie van gedragingen teweeg omdat deze marktprijs zelf resulteert uit al die gedragingen van individuele consumenten en producenten die de vraag en het aanbod beïnvloeden rond dit schaarse middel. De analyse is dat deze coördinatie van gedragingen door een markt de maatschappelijke welvaart maximaliseert als alle randvoorwaarden vervuld zijn voor een perfecte markt: omvattende exclusieve rechten, meerdere marktpartijen die geen monopolie- of monopsonie-macht hebben, perfect geïnformeerde marktpartijen en afwezigheid van fricties bij het reageren op de marktprijs.

Het vermijden van positieve externe effecten raakt dan concreet aan één van de randvoorwaarden voor een perfecte markt, met name omvattende exclusieve rechten. Een perfecte markt vereist dat elk schaars middel het voorwerp is van exclusieve rechten van een rechthebbende die de volgende graad van exclusiviteit verzekeren: dat een overeenkomst met de rechthebbende om deze rechten te ruilen tegen een prijs de enige manier is voor andere personen om het schaarse middel te kunnen genieten. Een perfecte markt rekent immers op dergelijke omvattende exclusieve rechten om te verzekeren dat de coördinatie van gedragingen in het licht van de marktprijs die voortvloeit uit ruiltransacties rond schaarse middelen ook inderdaad rekening houdt met de werkelijke vraag en het werkelijke aanbod rond deze schaarse middelen. Positieve externe effecten echter geven aan dat het systeem van exclusieve rechten niet in staat is om deze graad van exclusiviteit te verzekeren die nochtans nodig is opdat een perfecte markt de maatschappelijke welvaart zou maximaliseren. In de context van een markt doen positieve externe effecten zich immers voor als de exclusieve rechten van een persoon over zijn schaarse middelen niet in staat zijn om het volgende te verzekeren: dat een ruiltransactie met deze persoon tegen een bepaalde prijs de enige manier is voor andere personen om de positieve effecten te genieten van de inzet van zijn schaarse middelen op de capaciteit tot behoeftebevrediging van andere schaarse middelen (bv. de positieve effecten van de inzet van zijn arbeid). Dergelijke positieve externe effecten houden dus in dat een deel van de vraag rond de inzet van de betrokken schaarse middelen nooit aanleiding geeft tot een prijs en dus ook niet tot een stijging van de marktprijs. Het concrete probleem bij dergelijke positieve externe effecten is dan ook dat zij resulteren in een marktprijs die producenten een incentive geeft rond het inzetten van de betrokken schaarse middelen die te laag is in het licht van de daadwerkelijke vraag naar deze inzet.

Het eigenlijke ‘positieve externe effecten’-argument voor het bestaan van het intellectuele eigendomsrecht is dan dat het intellectuele eigendomsrecht nodig is naast het systeem van zakenrechtelijke rechten om steeds het marktfalen te kunnen vermijden dat gepaard gaat met positieve externe effecten. Het valt immers voor dat bij een resultaat van inspanningen van een persoon de positieve effecten van de geleverde inspanningen meerdere zintuiglijk waarneembare manifestaties tegelijk ten goede komen, zelfs zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon niet eigenhandig vervaardigde (bv. het ontwerp van een design stoel geeft ook anderen de mogelijkheid om hun grondstoffen de capaciteit tot behoeftebevrediging te geven die volgt uit het realiseren van het ontwerp). Bij dergelijke resultaten van inspanningen is het systeem van zakenrechtelijke rechten dan onvoldoende om de graad van exclusiviteit te verzekeren die nodig is opdat een perfecte markt de maatschappelijke welvaart zou maximaliseren. Het systeem van zakenrechtelijke rechten laat deze persoon immers niet toe om bijvoorbeeld het volgende genot van de positieve effecten van zijn inspanningen afhankelijk te maken van zijn toestemming: het genot dat plaatsvindt via een aanwending van deze positieve effecten door een andere persoon in een zintuiglijk waarneembare manifestatie waarover deze andere persoon een zakenrechtelijk recht heeft (bv. indien een andere persoon het ontwerp van de design stoel kopieerde in hout dat zijn eigendom is). Bij een dergelijk resultaat van inspanningen waarvan de positieve effecten meerdere zintuiglijk waarneembare manifestaties tegelijk ten goede komen, geldt het intellectuele eigendomsrecht dan als noodzakelijk en adequaat om alsnog de vereiste graad van exclusiviteit te verzekeren. Het intellectuele

eigendomsrecht laat in beginsel immers toe om een persoon een exclusieve controle te verschaffen over elke aanwending van de positieve effecten van zijn resultaat van inspanningen.

C. Rechtvaardiging in concreto

Belangrijk is dat economische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen het gerechtvaardigd zijn van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht uiteindelijk steeds beoordelen op grond van zijn concrete bijdrage tot de globale coördinatie van gedragingen die zij wenselijk achten. Het gerechtvaardigd zijn van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht hangt dus niet alleen af van de vraag of dit ingrijpen positieve externe effecten vermijdt en schendingen tegengaat van het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid. Cruciaal is integendeel of dit ingrijpen bijdraagt tot een coördinatie van gedragingen die iedereen de plicht doet naleven om natuurlijke rechten te respecteren en die iedereen aanspoort tot het gebruik van schaarse middelen dat de maatschappelijke welvaart maximaliseert.

2.1.2. Inzichten rond een optimale differentiatie en precisering van gedragsvoorschriften

Een tweede punt van houvast bieden bepaalde vuistregels rond een optimale differentiatie en precisering van gedragsvoorschriften. Deze vuistregels bundelen belangrijke rechtstheoretische inzichten rond de omstandigheden waarin een bepaalde mate van differentiatie en precisering van gedragsvoorschriften aangewezen is.

A. Optimale precisering van gedragsvoorschriften

De eerste vuistregel betreft de aangewezen mate van precisering van gedragsvoorschriften. Volgens deze vuistregel is een formulering als ‘regel’ te verkiezen boven een formulering als ‘standaard’ van zodra de te regelen situaties voldoende homogeen en frequent zijn. Het voldoende homogeen zijn, vraagt dat doorheen de te regelen situaties het inhoudelijk voor te schrijven gedrag steeds bepaald wordt door het voorliggen van een beperkte set van specifieke feiten. Dit voldoende homogeen zijn, verzekert met andere woorden dat het mogelijk is om het inhoudelijk voor te schrijven gedrag rond deze situaties te formuleren in een gedragsvoorschrift geformuleerd als ‘regel’. Het voldoende frequent voorkomen van de te regelen situaties zorgt er dan voor dat de formulering als ‘regel’ op termijn ook de inspanningen minimaliseert om het betrokken gedragsvoorschrift toepassing te laten vinden. Bij het initiële formuleren van het gedragsvoorschrift is de formulering als ‘regel’ weliswaar arbeidsintensiever dan de formulering als ‘standaard’ maar op termijn overweegt het effect dat de toepassing van ‘regels’ steeds minder interpretatie-inspanningen vraagt dan de toepassing van ‘standaarden’.

B. Optimale differentiatie van gedragsvoorschriften

De tweede vuistregel betreft de aangewezen mate van differentiatie van inhoudelijk passende gedragsvoorschriften. Deze vuistregel stelt in wezen dat af te zien is van het onnodig verder differentiëren van gedragsvoorschriften omdat elke verdere differentiatie ook inspanningen teweegbrengt op het vlak van het formuleren en interpreteren van de betrokken gedragsvoorschriften. Een dergelijke onnodige differentiatie slaat dan met name op het afzonderlijk

formuleren van gedragsvoorschriften rond onderscheiden omschrijvingen van feitelijke situaties waarin de meest gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen geen ander voorgeschreven gedrag vraagt en waarin bij het voorschrijven van gedragingen al evenmin een andere mate van precisering gevraagd is.

2.2. Dominante systematiek rond de optimale regeling van het intellectuele eigendomsrecht

Wetgeving, rechtspraak en rechtsleer rond het intellectuele eigendomsrecht geven blijk van een bepaalde opvatting rond de systematiek van de relevante optimale regeling van het intellectuele eigendomsrecht. De opvatting die daarbij blijkt te domineren, laat zich aanduiden als een systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’.

2.2.1. Mechaniek van het ingrijpen

De dominante systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ gaat uit van bepaalde analyses rond de ‘mechaniek’ van het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen rond parasitaire mededinging. De mechaniek verwijst hierbij naar de wijze waarop de concrete bepalingen van intellectuele rechten en van het ingrijpen rond parasitaire mededinging hun coördinatie van gedragingen in werking stellen en afstellen.

A. Intellectuele rechten

De mechaniek van het ingrijpen van intellectuele rechten wordt verklaard op grond van een theorie rond ‘immateriële goederen’. Deze theorie verklaart deze mechaniek in het licht van een onderscheid tussen, enerzijds, de realiteit van zintuiglijk waarneembare handelingen en manifestaties (bv. een marmeren sculptuur) en, anderzijds, de autonome geestelijke realiteit van ‘immateriële goederen’ (bv. de geestelijke realiteit van een ‘werk’, met name de geestelijke realiteit van de eigen intellectuele schepping van de auteur bij het concipiëren van de vormelementen van een sculptuur).

Volgens de theorie rond ‘immateriële goederen’ grijpen intellectuele rechten in door de rechthebbende een exclusief recht te verlenen over de geestelijke realiteit van een bepaald ‘immaterieel goed’ (bv. de geestelijke realiteit van zijn ‘werk’). De verklaring voor wat intellectuele rechten teweegbrengen binnen de zintuiglijke waarneembare realiteit is dan met name dat het verleende exclusieve recht over het ‘immateriële goed’ ook een exclusieve bevoegdheid inhoudt om ten aanzien van belichamingen van het ‘immateriële goed’ zintuiglijk waarneembare handelingen te stellen die ook raken aan het ‘immateriële goed’ (bv. het ‘reproducen’ van belichamingen van het ‘werk’). Essentieel daarbij is de aanname dat handelingen die *niet* raken aan het ‘immateriële goed’ (bv. een overdracht van zakenrechtelijke rechten rond een afzonderlijke belichaming van het ‘immateriële goed’) in beginsel geen invloed hebben op het exclusieve recht dat het intellectuele recht de rechthebbende verleent over het ‘immateriële goed’ noch op de aan dit exclusieve recht gekoppelde exclusieve bevoegdheid rond belichamingen van dit ‘immateriële goed’. Deze aanname moet namelijk

verklaren waarom het intellectuele recht de rechthebbende ook toelaat om deze exclusieve bevoegdheid uit te oefenen over belichamingen van het ‘immateriële goed’ die zakenrechtelijk gezien andere personen toebehoren (bv. de reeds verkochte sculptuur).

De aanwijzingen die de intellectuele rechten geven rond de afstelling van hun ingrijpen (bv. rond het toekennen van bescherming) vragen volgens de theorie rond ‘immateriële goederen’ in eerste instantie om rekening te houden met de kenmerken en het bestaan van ‘immateriële goederen’ (bv. bij het nagaan of sprake is van een ‘immaterieel goed’ dat kwalificeert als een ‘werk’). De moeilijkheid is echter dat deze theorie weinig richtlijnen geeft rond de wijze waarop mensen, op grond van de realiteit van zintuiglijk waarneembare manifestaties en handelingen, tot conclusies kunnen komen rond het bestaan en de kenmerken van ‘immateriële goederen’.

B. Ingrijpen rond parasitaire mededinging

De mechaniek van het ingrijpen rond parasitaire mededinging daarentegen wordt verklaard als een ingrijpen van objectiefrechtelijke gedragsregels ten aanzien van bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen. De analyse is met name dat dit ingrijpen een algemeen verbod oplegt rond zintuiglijk waarneembare handelspraktijken die de volgende kenmerken vertonen: ze gaan terug op een kopiëren van een resultaat van inspanningen en ze worden gesteld in omstandigheden die hen onrechtmatig maken. Er is daarbij een zekere bereidheid om aan te nemen dat de kenmerken van het gekopieerde resultaat van inspanningen reeds de doorslaggevende omstandigheid kunnen zijn om deze handelspraktijken onrechtmatig te achten.

2.2.2. Taak van het ingrijpen

Binnen de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ liggen de opvattingen rond de mechaniek van het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen rond parasitaire mededinging aan de basis van de analyse rond de aangewezen taak van dit ingrijpen. De opvattingen rond de werking van deze vormen van ingrijpen hebben een invloed op de analyse rond wat dit ingrijpen in de praktijk behoort te doen met het oog op een coördinatie van gedragingen in overeenstemming met economische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen.

De redenering start van de opvatting dat het kenmerkend is voor het intellectuele eigendomsrecht om een verreichend ingrijpen in te houden. Vooral onder invloed van de theorie rond ‘immateriële goederen’ overheerst de opvatting dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht personen in beginsel een controle verschaft over een resultaat van inspanningen en over al de toepassingen van dit resultaat van inspanningen.

Deze opvatting rond het verreichende ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht leidt dan tot de analyse dat van dit ingrijpen in de regel zowel verdiensten als tekortkomingen te verwachten zijn op het vlak van het coördineren van gedragingen conform economische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen. De verreichende controle die het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht verschaft, geldt als een tweesnijdend zwaard.

Eenzijds wordt een persoon een controle verschaffen over een resultaat van inspanningen en al de toepassingen ervan als een uitstekend middel gezien om bepaalde onwenselijke gedragingen te vermijden rond specifieke soorten resultaten van inspanningen, met name rond resultaten van inspanningen die een toepassing kunnen vinden in meerdere zintuiglijk waarneembare manifestaties tegelijk. De economische redenering is dat de verkregen controle het marktmechanisme passend bijstaat bij het vermijden van handelingen die maken dat marktprijzen onvoldoende aansporen tot de productie van dergelijke resultaten van inspanningen. Daarbij is dan met name te denken aan het vermijden van handelingen die een toepassing inhouden van de positieve externe effecten van deze resultaten van inspanningen. In het licht van deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen is de redenering dat de verkregen controle een persoon toelaat om ook rond deze soort resultaten van inspanningen systematisch handelingen te vermijden die een schending inhouden van het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid.

Van de controle verkregen door het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht worden dus verdiensten verwacht op het vlak van het coördineren van gedragingen in overeenstemming met economische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen. De gebruikelijke aanname daarbij is dat de omvang van deze verdiensten toeneemt met de waarde van de resultaten van inspanningen die dit ingrijpen stimuleert en beschermt. Als feitelijke indicaties van een hogere waarde van resultaten van inspanningen gelden dan bijvoorbeeld hun innovatief karakter, hun toepassingsscala en de kwaliteit van de geleverde inspanningen.

Anderzijds wordt echter aangenomen dat een persoon een controle verschaffen over een resultaat van inspanningen en al de toepassingen ervan al snel een ongewenst obstakel gaat vormen voor *in se* wenselijke handelingen. De economische redenering is dat te verwachten is dat deze verwekkende controle een persoon ook in staat stelt om handelingen te verhinderen die de maatschappelijk welvaart zouden maximaliseren. De bezorgdheid gaat daarbij vooral uit naar het feit dat de verkregen controle de basis kan vormen voor monopoliekracht. In het licht van deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen is de redenering dat te verwachten is dat de verkregen controle een persoon ook toelaat om handelingen te verbieden die voor andere personen de uitvoering vormen van hun natuurlijke rechten.

Van de controle verkregen door het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht worden dus ook tekortkomingen verwacht op het vlak van het coördineren van gedragingen in overeenstemming met economische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen. Om de ernst van deze tekortkomingen in te schatten wordt in de regel gekeken naar de mate waarin substituten beschikbaar zijn voor de toepassingen van het resultaat van inspanningen die onder de verkregen controle vallen. Het idee is in wezen dat naarmate personen gemakkelijker kunnen uitwijken naar dergelijke substituten de verkregen controle ook in mindere mate het effect heeft van het verhinderen van wenselijke handelingen. Als feitelijke indicatie voor de te verwachten hoeveelheid beschikbare substituten wordt traditioneel gekeken naar de esthetische of functionele gerichtheid van het resultaat van inspanningen. De assumptie daarbij is dat er normalerwijze minder substituten beschikbaar zijn voor toepassingen van functionele resultaten van inspanningen dan voor toepassingen van esthetische resultaten van

inspanningen. Deze assumptie is gebaseerd op de veronderstelling dat er in de regel nu eenmaal minder alternatieven mogelijk zijn voor het vervullen van een functionele taak dan voor het vervullen van een esthetische taak. Een alternatieve feitelijke indicatie voor de hoeveelheid beschikbare substituten is de mate van keuzevrijheid bij het creëren van het resultaat van inspanningen. De redenering hierbij is dat in een dergelijk geval de mogelijke maar uiteindelijk niet gekozen opties ook garanderen dat er nog substituten beschikbaar zijn voor de toepassingen van het resultaat van inspanningen.

De analyse rond de te verwachten verdiensten en tekortkomingen van een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht leidt dan tot een besluit rond de aangewezen taak van dit ingrijpen. Dit ingrijpen krijgt de taak toegewezen om personen via optimaal geformuleerde gedragsvoorschriften telkens bevoegdheden te verlenen over resultaten van inspanningen en de toepassingen ervan in zoverre daaruit een netto-bijdrage volgt tot een coördinatie van gedragingen in overeenstemming met economische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen.

2.2.3. Optimale afstelling van het ingrijpen

Op grond van haar analyse rond de aangewezen taak van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, formuleert de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan richtlijnen rond de optimale afstelling van dit ingrijpen. Deze richtlijnen zijn er telkens op gericht om de bevoegdheid die het ingrijpen verleent over resultaten van inspanningen passend af te stellen op de relevante feitelijke indicaties rond de te verwachten verdiensten en tekortkomingen van de verleende bevoegdheid, met name passend geredeneerd vanuit economische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen.

Het valt de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ echter zwaar om concrete richtlijnen te formuleren rond de optimale afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. In de praktijk blijkt het immers uiterst moeilijk om accuraat de te verwachten verdiensten en tekortkomingen te begroten van een bepaald ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht.

2.2.4. Valabele en noodzakelijke differentiaties binnen het intellectuele eigendomsrecht

De opvattingen rond de taak en de optimale afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht leiden dan ook tot een analyse rond de valabele en noodzakelijke differentiaties van dit ingrijpen. Bij deze valabele en noodzakelijke differentiaties gaat het om de afzonderlijke beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht die noodzakelijk zijn opdat het intellectuele eigendomsrecht steeds een optimaal ingrijpen paraat zou hebben. Gezien de logica die de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ hanteert rond de optimale afstelling van het ingrijpen gaat het dus om die beschermingsregelingen die noodzakelijk zijn om steeds passend te kunnen reageren op combinaties van feitelijke indicaties rond de te

verwachten verdiensten en tekortkomingen van het toekennen van bevoegdheden op grond van het intellectuele eigendomsrecht.

De concrete analyse rond de valabele en noodzakelijke differentiaties is dat het intellectuele eigendomsrecht in wezen enkel die beschermingsregelingen moet omvatten die nodig zijn om een implementatie te geven aan elk van de volgende theoretische modellen:

- (A.) een ruimste intellectueelrechtelijke bescherming rond erg ‘waardevolle’ functionele resultaten van inspanningen
- (B.) een intellectueelrechtelijke bescherming rond ‘waardevolle’ esthetische resultaten van inspanningen
- (C.) een verbod op ‘parasitair kopiëren’ rond resultaten van inspanningen met enige ‘waarde’
- (D.) en – al staat dit ter discussie – een intellectueelrechtelijke bescherming rond ‘waardevolle’, voldoende substitueerbare, functionele resultaten van inspanningen.

Rond de beschermingsregelingen die de meest correcte implementatie geven aan deze theoretische modellen geldt volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dat ze ook steeds het volgende zullen doen: een bijdrage leveren tot een meer gerechtvaardigde investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht die maximaal de formulerings- en interpretatie-inspanningen overstijgt die deze beschermingsregelingen teweegbrengen binnen het intellectuele eigendomsrecht. Specifiek rond het model van een intellectueelrechtelijke bescherming rond ‘waardevolle’, voldoende substitueerbare, functionele resultaten van inspanningen (D.) is er, zoals aangegeven, echter enige discussie. De discussie is of bij dit model wel voldoende garanties voorliggen dat de geboden intellectueelrechtelijke bescherming ook steeds een netto-bijdrage zal leveren tot een meer gerechtvaardigde investeringsbescherming. Het uitgangspunt bij deze discussie is dat een dergelijke intellectueelrechtelijke bescherming rond een functioneel resultaat van inspanningen grote tekortkomingen kan hebben omdat er weinig substituten zijn voor de toepassingen van dit resultaat van inspanningen. Het concrete punt van onenigheid is dan of het ‘waardevolle’ karakter van het resultaat van inspanningen of de concrete indicaties rond het bestaan van substituten wel een voldoende garantie bieden dat de tekortkomingen van de geboden intellectueelrechtelijke bescherming lager zullen uitvallen dan de verdienste ervan. Geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ is het overigens precies deze discussie die aan de orde is bij de vraag naar de wenselijkheid van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken.

2.3. Alternatieve systematiek rond de optimale regeling van het intellectuele eigendomsrecht

Het is echter ook mogelijk om een alternatieve systematiek te ontwikkelen rond de relevante optimale regeling van het intellectuele eigendomsrecht. Doorheen rechtsleer, rechtspraak en wetgeving zijn met name ook aanknopingspunten te vinden voor het ontwikkelen van een systematiek rond ‘imitatievoordeel’.

2.3.1. Mechaniek van het ingrijpen

De alternatieve systematiek rond ‘imitatievoordeel’ gaat eveneens uit van bepaalde analyses rond de mechaniek van het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen rond parasitaire mededinging. Deze analyses verschillen echter van deze die de dominante systematiek maakt.

A. Intellectuele rechten

De mechaniek van het ingrijpen van intellectuele rechten wordt verklaard op grond van een theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’. Volgens deze theorie is de mechaniek van het ingrijpen van intellectuele rechten te verklaren binnen eenzelfde ‘realiteit’. Deze realiteit omvat, zowel, zintuiglijke waarneembare manifestaties en handelingen (bv. een sculptuur en het dupliceren ervan), als, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen rond deze zintuiglijke waarneembare manifestaties en handelingen (bv. de intellectuele arbeid bij het ontwerpen van de sculptuur en de esthetische ervaringen die de sculptuur oproept bij zijn toeschouwers).

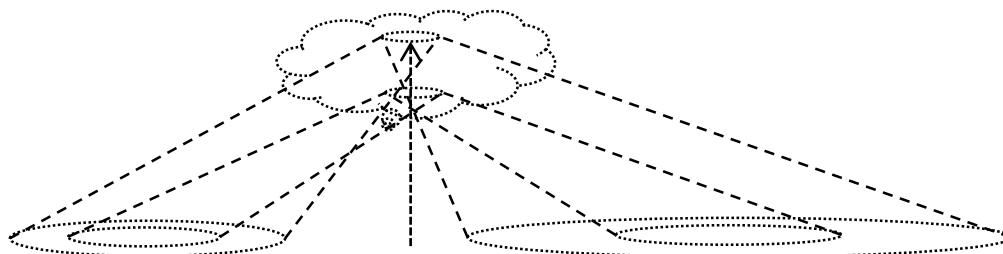
Volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ grijpen intellectuele rechten in door, in het licht van een resultaat van inspanningen van de vereiste soort (bv. een resultaat van inspanningen dat een ‘uitvinding’ uitmaakt), bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestaties steeds te bezwaren met iedereen tegenstelbare intellectueelrechtelijke lasten. De groep van bezwaarde manifestaties omvat daarbij alle manifestaties waarvan aan te nemen is dat hun capaciteit om bepaalde bewustzijnsfenomenen te verschaffen, voortvloeit uit het resultaat van inspanningen van de vereiste soort (bv. alle motoren waarvan het lage benzineverbruik voortvloeit uit het toepassen van de ‘uitvinding’). De intellectueelrechtelijke lasten die dergelijke manifestaties bezwaren, strekken ertoe de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid te verlenen rond het stellen van bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van deze manifestaties (bv. het ‘gebruiken’ van de motoren). Dat deze intellectueelrechtelijke lasten deze manifestaties steeds bezwaren en iedereen tegenstelbaar zijn, moet verklaren waarom de rechthebbende de door het intellectuele recht verleende exclusieve bevoegdheid ook kan uitoefenen over dergelijke manifestaties die zakenrechtelijk gezien andere personen toebehoren. De verklaring luidt dan met name dat de manifestaties van bij hun ontstaan bezwaard zijn door intellectueelrechtelijke lasten die iedereen – dus ook de rechthebbenden van zakenrechtelijke rechten over deze manifestaties – tegenstelbaar zijn. Zakenrechtelijke rechthebbenden moeten dus evengoed respecteren dat intellectuele rechten een deel van de mogelijke handelingen rond de manifestaties exclusief voorbehouden aan de intellectueelrechtelijke rechthebbende.

De aanwijzingen die intellectuele rechten via hun beschermingsvoorwaarden geven rond de toekenning van hun bescherming zijn, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’,

te verstaan als instructies rond de uitvoering van een specifieke ‘denkoperatie rond verschillen’. Bij deze denkoperatie gaat het erom of,

- (a.) bekeken op het relevante niveau van abstractie (*bv. het niveau van abstractie van de concrete vormgeving of van het uitgewerkte idee*),
- (b.) de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan het resultaat van inspanningen van een persoon (*bv. de kenmerken van een concrete ‘databank’ die de keuze of de rangschikking belichamen van de databank-elementen*)
- (c.) voldoende relevante verschillen vertoont (*bv. verschillen die duiden op een eigen, intellectuele schepping*)
- (d.) tegenover de zintuiglijk waarneembare kenmerken van de zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen de relevante referentiegroep (*bv. tegenover de zintuiglijk waarneembare manifestaties die een persoon kende toen hij tot het te beoordelen resultaat van inspanningen kwam*)

om het volgende aannemelijk te maken: dat de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken van de referentie-incorporatie het soort resultaat van inspanningen vroegen waarrond het betrokken intellectuele recht bescherming toekent (*bv. een eigen, intellectuele schepping rond de keuze of de rangschikking van een ‘databank’*)



De aanwijzingen die intellectuele rechten geven rond het object van de verleende bevoegdheid zijn, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, te verstaan als instructies rond de uit te voeren specifieke ‘denkoperatie rond gelijkenissen’. Deze denkoperatie is uit te voeren met het oog op het identificeren van de zintuiglijk waarneembare manifestaties die binnen het object vallen van de bevoegdheid die een intellectueel recht verleent aan de rechthebbende. Bij de uitvoering van deze denkoperatie is concreet na te gaan of (4.) een zintuiglijk waarneembare manifestatie

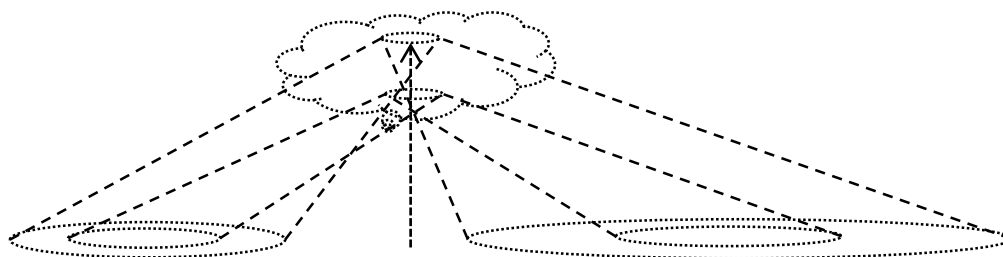
- (1.) ten aanzien van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie van inspanningen dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen (*bv. de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een schilderij die voortvloeien uit de eigen, intellectuele schepping van de schilder*)

(2.) bekeken op het relevante niveau van abstractie (*bv. het niveau van abstractie van de concrete vormgeving of van het uitgewerkte idee*),

(3.) een voldoende grote gelijkenis vertoont op het vlak van het aanwenden van zintuiglijk waarneembare kenmerken om bepaalde bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen (*bv. een substantiële gelijkenis*)

(4.) die bij deze manifestatie ook *in concreto* relevant is (*bv. de gelijkenis is te verklaren door kennis van een referentie-incorporatie en niet door een onafhankelijke dubbelcreatie*)

om inderdaad de volgende hypothese aannemelijk te maken: dat de zintuiglijk waarneembare manifestatie inhoudt dat een aanwending gemaakt werd van het bescherming motiverende resultaat van inspanningen om tot een mogelijkheid te komen om genot te verschaffen van bepaalde bewustzijnsfenomenen. Maakt de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ deze hypothese aannemelijk dan volgt de conclusie dat de manifestatie binnen het object valt.



De aanwijzingen die intellectuele rechten, via hun categorieën voorbehouden handelingen, geven rond de verleende bevoegdheid over het object zijn volgens de theorie rond ‘intellectueel-rechtelijke lasten’ te verstaan als verwijzingen naar bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare handelingen. De onderscheiden categorieën voorbehouden handelingen zijn volgens deze theorie met name te verstaan als verwijzingen naar zintuiglijk waarneembare handelingen rond manifestaties binnen het object waarvan het stellen bepaalde rollen vervult. Het gaat hierbij om onderscheiden rollen in het creëren of gebruiken van mogelijkheden om, via een aanwending van het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, bepaalde bewustzijnsfenomenen te genieten.

B. Ingrijpen rond parasitaire mededinging

De mechaniek van het ingrijpen rond parasitaire mededinging wordt opnieuw verklaard als een ingrijpen van objectiefrechtelijke gedragsregels ten aanzien van bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen. De analyse is ook hier dat dit ingrijpen een algemeen verbod oplegt rond zintuiglijk waarneembare handelspraktijken die de volgende kenmerken vertonen: ze gaan terug op een kopiëren van een resultaat van inspanningen en ze worden gesteld in omstandigheden die hen onrechtmatig maken. Het wordt ditmaal echter essentieel geacht voor de eigenheid van dit ingrijpen dat de kenmerken van het gekopieerde resultaat van inspanningen

op zich nog niet doorslaggevend kunnen zijn om deze handelspraktijken in het licht van hun begeleidende omstandigheden onrechtmatig te achten.

2.3.2. Taak van het ingrijpen

Ook binnen de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ vormt de analyse rond de mechaniek van het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen rond parasitaire mededinging de basis voor de opvattingen rond de aangewezen taak van dit ingrijpen. De taak die dit ingrijpen toegewezen krijgt, verschilt echter van deze die de dominante systematiek toewijst aan dit ingrijpen.

A. Voordelen van arbeids- of taakspecialisatie

Het uitgangspunt binnen de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ is de assumptie dat de aangewezen taak van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht een vraag is van een passende taak- of arbeidsspecialisatie in het licht van de inherente kenmerken van dit ingrijpen. Deze assumptie is gebaseerd op de observatie dat uiteindelijk meerdere regelgevingen – niet alleen het intellectuele eigendomsrecht – het doel nastreven van een coördinatie van gedragingen in overeenstemming met economische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen (bv. het mededingingsrecht en zakenrechtelijke rechten). In het licht van deze observatie is de assumptie dan met name dat het intellectuele eigendomsrecht zijn bijdrage tot een dergelijke coördinatie van gedragingen kan maximaliseren indien zijn ingrijpen zich aan een passende taakverdeling houdt tussen deze regelgevingen. Bij deze passende taakverdeling wordt dan met name gedacht aan een taakverdeling die de betrokken regelgevingen de taak toewijst om bepaalde gedragingen aan te pakken die op economische of deontologisch-natuurrechtelijke bezwaren stoten, rekening houdend met het soort aan te pakken gedragingen die elke regelgeving, gezien de inherente kenmerken van haar ingrijpen, ook het beste weet aan te pakken. Volgens deze taakverdeling behoort het intellectuele eigendomsrecht zich dus zoveel mogelijk te richten op de aan te pakken gedragingen die zijn typisch ingrijpen het beste aanpakt. De andere regelgevingen dienen zich volgens deze taakverdeling te richten op de aan te pakken gedragingen die hun typisch ingrijpen het beste aanpakt. Het idee is dat een dergelijke taakverdeling maakt dat het intellectuele eigendomsrecht enkel ingrijpt waar en in de mate dat dit inderdaad wenselijk is en dit bovendien doet met een minimum aan negatieve impact op het wenselijke ingrijpen van andere regelgevingen.

B. Aangewezen specifieke taak

Overtuigd van het principe van arbeidsspecialisatie wordt dan gezocht naar de aangewezen taak van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, rekening houdend met de inherente kenmerken van dit ingrijpen. Met dit principe indachtig wordt met name gezocht naar wat dit ingrijpen behoort te doen met het oog op een coördinatie van gedragingen in overeenstemming met economische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen. Het uitgangspunt daarbij is de analyse dat de mechaniek van dit ingrijpen typisch en bovenal een instrument biedt om zintuiglijk waarneembare handelingen en manifestaties te reguleren die het volgende inhouden:

dat personen gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken gaan aanwenden als de zintuiglijk waarneembare kenmerken die voortvloeien uit het resultaat van inspanningen van een andere persoon.

De vaststelling van de basisinhoud van de aangewezen taak volgt dan uit een onderzoek van de eventuele economische en deontologisch-natuurrechtelijke bezwaren ten aanzien van handelingen en manifestaties die binnen het bereik vallen van het typische ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. De bevinding daarbij is dat, indien deze handelingen en manifestaties op dergelijke bezwaren stoten, dit in de regel is omdat zij ten aanzien van een resultaat van inspanningen rond het creëren van kenmerken die bepaalde bewustzijnsfenomenen verschaffen een aanwending inhouden van positieve externe effecten of een schending inhouden van het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid. De overweging is dan ook dat het doelmatig is om het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht in te zetten als instrument om die handelingen en manifestaties aan te pakken binnen zijn bereik die inderdaad één of elk van deze fenomenen inhouden rond dergelijke resultaten van inspanningen.

De verdere verfijning van de aangewezen taak volgt dan uit de analyse dat economische of deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen vragen om het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht behoedzaam in te zetten. Deze behoedzaamheid is daarbij aan de orde omdat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht personen steeds een bevoegdheid verleent die zich kan uitstrekken over meerdere zintuiglijk waarneembare manifestaties tegelijk. Bij een dergelijke brede bevoegdheid is immers behoedzaamheid geboden om te vermijden dat het ingrijpen zelf op economische of deontologisch-natuurrechtelijke bezwaren gaat stoten omdat het personen ook toelaat om wenselijke gedragingen te verhinderen. Deze analyse leidt tot een belangrijk besluit rond de aangewezen aanpak om rond resultaten van inspanningen, via het middel van een toekennen van bevoegdheden aan personen, positieve externe effecten te bestrijden en schendingen tegen te gaan van het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid. Het besluit is dat dit middel zo in te zetten is dat een persoon nooit ruimere bevoegdheden toegekend krijgt over zintuiglijk waarneembare handelingen of manifestaties dan hij nodig heeft om dergelijke externe effecten en schendingen te kunnen bestrijden rond zijn resultaat van inspanningen. Dit besluit vraagt dus om een persoon pas bevoegdheden toe te kennen op grond van het intellectuele eigendomsrecht als blijkt dat hem beperktere bevoegdheden toekennen onvoldoende is om hem in staat te stellen om dergelijke effecten en schendingen tegen te gaan rond zijn resultaat van inspanningen. Hierbij is dan met name rekening te houden met zakenrechtelijke rechten (bv. het zakenrechtelijke eigendomsrecht). Zakenrechtelijke rechten van een persoon over afzonderlijke incorporaties van zijn resultaat van inspanningen bieden deze persoon immers ook reeds een zekere mogelijkheid om bepaalde handelingen tegen te gaan die, rond zijn resultaat van inspanningen, een aanwending zouden inhouden van positieve externe effecten of een schending zouden inhouden van het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid.

Het uiteindelijke besluit rond de aangewezen taak van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht is dat het, tot het bewijs van het tegendeel, steeds aangewezen is om dit

ingrijpen af te stellen op het vervullen van een specifieke taak. Deze taak bestaat erin om via optimaal geformuleerde gedragsvoorschriften personen enkel een bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare manifestaties of handelingen te verlenen op grond van het intellectuele eigendomsrecht in de mate dat dit ook daadwerkelijk noodzakelijk is opdat zij in staat zouden zijn om, in het licht van hun resultaat van inspanningen rond het creëren van kenmerken die bepaalde bewustzijnsfenomenen verschaffen, het volgende te doen: positieve externe effecten vermijden en schendingen tegengaan van het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid. Indien er overtuigend bewijs is dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht dat initieel afgesteld is op deze specifieke taak toch een concrete bijsturing vraagt dan is deze bijsturing uiteraard door te voeren. Deze bijsturing kan dan volgen uit het ingrijpen van andere regelgevingen (bv. het mededingingsrecht) of uit een wijziging van de initiële afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht.

2.3.3. Optimale afstelling van het ingrijpen

Om richtlijnen te formuleren rond het afstellen van het intellectuele eigendomsrecht op het vervullen van zijn aangewezen taak gaat de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ over tot een verdere concretisering van deze taak. De te vervullen taak krijgt een omschrijving die gemakkelijker te vertalen is naar de kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties en handelingen. Deze concretisering van de aangewezen taak van het intellectuele eigendomsrecht luidt: met optimaal geformuleerde gedragsvoorschriften personen een bevoegdheid verlenen op grond van het intellectuele eigendomsrecht in de mate dat dit noodzakelijk is opdat deze personen zintuiglijk waarneembare manifestaties en handelingen zouden kunnen vermijden die ‘imitatievoordeel’ inhouden ten aanzien van hun resultaten van inspanningen rond het creëren van kenmerken die bepaalde bewustzijnsfenomenen verschaffen. Het feit dat zintuiglijk waarneembare manifestaties of handelingen ‘imitatievoordeel’ inhouden rond het resultaat van inspanningen van een persoon dient hierbij dus als praktisch criterium om het volgende aan te duiden: dat een persoon daadwerkelijk bevoegdheden op grond van het intellectuele eigendomsrecht moet kunnen inzetten voor het verbieden van deze handelingen of manifestaties opdat hij rond dit resultaat van inspanningen ook steeds in staat zou zijn om positieve externe effecten te vermijden en schendingen tegen te gaan van het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid.

A. Imitatievoordeel-criterium

Opdat een zintuiglijk waarneembare manifestatie of handeling ‘imitatievoordeel’ zou inhouden tegenover een resultaat van inspanningen rond het creëren van kenmerken die bepaalde bewustzijnsfenomenen verschaffen, moet deze manifestatie of handeling de vereisten vervullen die gesteld worden door drie opeenvolgende, cumulatieve voorwaarden: de ‘imitatie’-voorwaarde, de ‘inadequate inspanningen’-voorwaarde en de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde. De ‘imitatie’-voorwaarde vereist dat de manifestatie of handeling inhoudt dat een persoon met kennis van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die uit het resultaat van inspanningen voortvloeien een aanwending maakt van gelijkende zintuiglijk

waarneembare kenmerken om gelijkende bewustzijnsfenomenen te verschaffen (bv. iemand heeft een Black Keys cd en maakt een kopie ervan die hem genot verschaft van dezelfde liedjes). De ‘inadequate inspanningen’-voorwaarde vraagt dat de aanwending van de gelijkende kenmerken in de manifestatie of de handeling deze persoon in staat stelt om *in se* inadequate inspanningen daartoe, niettemin te laten resulteren in een mogelijkheid om de gelijkende bewustzijnsfenomenen te genieten (bv. het loutere bedienen van een cd-writer blijkt dankzij de bestaande Black Keys cd te volstaan om tot een mogelijkheid te komen om uitstekende muzikale composities te genieten). De ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde, ten slotte, vereist dat deze mogelijkheid gebaseerd op ‘inadequate inspanningen’ een genot toelaat van de gelijkende bewustzijnsfenomenen, *buiten* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het genot van deze bewustzijnsfenomenen dat mogelijk is door het volgende te doen: door enkel gebruik te maken van welbepaalde incorporaties van de kenmerken voortvloeiend uit het resultaat van inspanningen, namelijk enkel die ‘exacte’ incorporaties waarrond de persoon aan wie het resultaat van inspanningen toebehoort toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht erover (bv. het loutere bedienen van de cd-writer laat uiteindelijk een genot toe van Black Keys liedjes dat niet afhankelijk is van het gebruik van een incorporatie van deze liedjes waarover de Black Keys reeds vrijwillig hun feitelijke macht afstonden). De typering ‘exacte’ incorporaties geeft hierbij aan dat de voorwaarde zich richt naar het gebruik van de incorporaties zoals ze waren toen de persoon aan wie het resultaat van inspanningen toebehoort, toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht erover.

Een centraal punt binnen het ‘imitatievoordeel’-criterium is dus de afbakening van de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van bepaalde bewustzijnsfenomenen door het gebruik van een specifieke zintuiglijk waarneembare manifestatie. Dit punt staat met name centraal bij de toetsing aan de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde.

De ruimtelijke limieten van het mogelijke genot van bepaalde bewustzijnsfenomenen door het gebruik van een specifieke zintuiglijk waarneembare manifestatie verwijzen daarbij naar een bepaald gebied. Ze verwijzen naar het gebied waarin het gebruik van enkel deze manifestatie, gezien de locatie en de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken ervan, een genot toelaat van de betrokken bewustzijnsfenomenen. Een marmeren sculptuur waarvan de vormgeving bepaalde esthetisch bewustzijnsfenomeen verschaft, kan dit illustreren. De ruimtelijke limieten van het genot dat deze sculptuur kan verschaffen van deze bewustzijnsfenomenen vallen op zich samen met het gebied rond deze sculptuur waarin mensen nog steeds in staat zijn om de vormgeving van deze sculptuur waar te nemen.

De temporele limieten daarentegen van het genot van bewustzijnsfenomenen door het gebruik van een specifieke zintuiglijk waarneembare manifestatie verwijzen naar een bepaalde tijdsspanne. Ze verwijzen naar de tijdsspanne waarin het gebruik van enkel deze manifestatie, gezien het tijdstip van de totstandbrenging van de manifestatie en haar concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken, een genot toelaat van deze bewustzijnsfenomenen. Een goede illustratie in dit verband is een radiosignaal dat toelaat een lied ten gehore te brengen en dat dus ook in staat is om de esthetische bewustzijnsfenomenen te verschaffen die gepaard gaan met het horen van dit lied. De temporele limieten van het genot van deze bewustzijnsfenomenen

door het gebruik van enkel dit specifieke radiosignaal vallen dan samen met de tijdsspanne – tussen het uitsturen van het signaal en het vervagen van het signaal tot ruis – waarin het radiosignaal nog steeds in staat is om het lied ten gehore te brengen.

De leidraad bij de concrete afbakening van de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van bepaalde bewustzijnsfenomenen door het gebruik van een specifieke zintuiglijk waarneembare manifestatie is een specifieke test. Deze test vraagt om na te gaan of het mogelijke genot van de bewustzijnsfenomenen al dan niet afhankelijk is van de aanwezigheid en het voortbestaan van de specifieke zintuiglijk waarneembare manifestatie. Als blijkt dat het mogelijke genot van de bewustzijnsfenomenen steeds afhankelijk is van de aanwezigheid en het voortbestaan van de betrokken manifestatie dan geldt dat dit genot binnen de ruimtelijke en temporele limieten valt van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die manifestatie. Blijkt daarentegen dat het mogelijke genot van de bewustzijnsfenomenen onafhankelijk is van de aanwezigheid en het voortbestaan van de betrokken manifestatie dan geldt dat dit genot de ruimtelijke en temporele limieten overschrijdt van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die manifestatie. Een goed voorbeeld om deze test te illustreren zijn foto-opnames op de harde schijf van een computer die een genot kunnen verschaffen van bepaalde esthetische bewustzijnsfenomenen. Indien blijkt dat duplicaties van de opnames enkel een genot kunnen verschaffen van deze bewustzijnsfenomenen dat uiteindelijk afhankelijk blijft van de aanwezigheid en het voortbestaan van de opnames op de harde schijf (bv. in het geval van duplicaties binnen het werkgeheugen die technisch gezien nodig zijn om deze opnames überhaupt te kunnen bekijken op het scherm), dan geldt dat dit genot binnen de ruimtelijke en temporele limieten blijft van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel de opnames op de harde schijf. Blijkt daarentegen dat duplicaties van de opnames ook een genot kunnen verschaffen van de bewustzijnsfenomenen dat niet afhankelijk is van de aanwezigheid en het voortbestaan van de opnames op de harde schijf (bv. in het geval van duplicaties op een USB-stick die ook blijven bestaan als de opnames op de harde schijf gewist worden) dan geldt dat dit genot de ruimtelijke en temporele limieten kan overschrijden van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel de opnames op de harde schijf. Deze ‘ruimtelijke en temporele limieten’-test wil uiteindelijk een zinvolle maatstaf bieden voor de afbakening van het genot van bepaalde bewustzijnsfenomenen dat mogelijk is op grond van individuele zintuiglijk waarneembare manifestaties. De test beoogt met name een maatstaf die passend rekening kan houden met het feit dat de capaciteit van sommige manifestaties om een dergelijk genot te verschaffen zich enkel laat realiseren via duplicaties of wijzigingen van deze manifestaties (bv. het bekijken van foto-opnames die opgeslagen zijn op de harde schijf is enkel mogelijk door het maken van duplicaties ervan in andere delen van de computer).

A.1. Risico op ‘imitatievoordeel’

Binnen het ‘imitatievoordeel’-criterium moet de combinatie van de ‘imitatie’-voorwaarde en de ‘inadequate inspanningen’-voorwaarde aangeven of zintuiglijk waarneembare manifestaties en handelingen een risico inhouden op ‘imitatievoordeel’. Rond een zintuiglijk waarneembare manifestatie of handeling die zowel de ‘imitatie’-voorwaarde als de daaropvolgende

‘inadequate inspanningen’-voorwaarde vervult, wordt met name aangenomen dat ze een risico inhoudt op ‘imitatievoordeel’.

Het traceren van het risico op ‘imitatievoordeel’ via de toetsing aan de ‘imitatie’-voorwaarde en de ‘inadequate inspanningen’-voorwaarde fungeert als een praktische toetsing om een specifiek gegeven vast te stellen. Als een zintuiglijk waarneembare manifestatie of handeling, in het licht van een resultaat van inspanningen rond het creëren van kenmerken die bepaalde bewustzijnsfenomenen verschaffen, zowel de ‘imitatie’-voorwaarde als de daaropvolgende ‘inadequate inspanningen’-voorwaarde vervult dan geldt dit met name als betrouwbare indicatie voor het gegeven dat deze manifestatie of handeling alvast het volgende inhoudt: een aanwending van de positieve effecten en de vruchten van dit resultaat van inspanningen om via gelijkende kenmerken een genot te verschaffen van gelijkende bewustzijnsfenomenen. De redenering is dat indien een zintuiglijk waarneembare manifestatie of handeling zowel de ‘imitatie’-voorwaarde als de ‘inadequate inspanningen’-voorwaarde vervult steeds aan te nemen is dat het een aanwending is van de positieve effecten en de vruchten van het betrokken resultaat van inspanningen die verklaart waarom het bij deze manifestatie of handeling mogelijk is om *in se* inadequate inspanningen niettemin te laten resulteren in de gelijkende bewustzijnsfenomenen.

Aan het resultaat van de toetsing rond de ‘imitatie’-voorwaarde en de daaropvolgende ‘inadequate inspanningen’-voorwaarde wordt ook een concrete conclusie verbonden op het vlak van de passende inzet van bevoegdheden op grond van het intellectuele eigendomsrecht. Er wordt aangenomen dat indien een zintuiglijk waarneembare manifestatie deze beide voorwaarden vervult in het licht van een resultaat van inspanningen rond het creëren van kenmerken die bepaalde bewustzijnsfenomenen verschaffen dan bijgevolg ook het volgende geldt: dat een persoon daadwerkelijk nood heeft aan bevoegdheden over deze manifestatie op grond van het intellectuele eigendomsrecht opdat hij rond dit resultaat van inspanningen steeds in staat zou zijn om positieve externe effecten te vermijden en schendingen tegen te gaan van het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid.

A.2. Daadwerkelijk ‘imitatievoordeel’

Bij de toepassing van het ‘imitatievoordeel’-criterium is het de toetsing aan de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde die aangeeft of de zintuiglijk waarneembare handeling of manifestatie ook daadwerkelijk ‘imitatievoordeel’ inhoudt. Enkel indien de zintuiglijk waarneembare manifestatie of handeling ook deze voorwaarde vervult, wordt aangenomen dat ze inderdaad ook ‘imitatievoordeel’ inhoudt.

De toetsing aan de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde houdt een specifieke test in rond een zintuiglijk waarneembare handeling of manifestatie die reeds zowel de ‘imitatie’-voorwaarde als de daaropvolgende ‘inadequate inspanningen’-voorwaarde vervulde. Het gaat dus concreet om een test rond een zintuiglijk waarneembare manifestatie of handeling die afgaand op het vervullen van deze beide eerdere voorwaarden inderdaad het volgende inhoudt tegenover een resultaat van inspanningen rond het creëren van kenmerken die bepaalde bewustzijnsfenomenen verschaffen: een aanwending van de positieve effecten en de vruchten

van dit resultaat van inspanningen om via gelijkende kenmerken een genot te verschaffen van gelijkende bewustzijnsfenomenen. De ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde vraagt met name om na te gaan of deze zintuiglijk waarneembare manifestatie of handeling op die manier ook een genot verschaft van de gelijkende bewustzijnsfenomenen *buiten* de volgende specifieke referentie-limieten: de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door enkel gebruik te maken van welbepaalde incorporaties van de kenmerken voortvloeiend uit het resultaat van inspanningen, namelijk enkel die exacte incorporaties waarrond de persoon aan wie het resultaat van inspanningen toebehoort reeds toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht erover. Bij deze test geldt dat de handeling of manifestatie de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde *niet* vervult van zodra blijkt dat het genot dat ze toelaat van de gelijkende bewustzijnsfenomenen deze referentie-limieten niet overschrijdt in het licht van één dergelijke incorporatie waarrond deze persoon reeds toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht (bv. het mogelijke genot van dezelfde esthetische bewustzijnsfenomenen blijft binnen deze referentie-limieten ten opzichte van een specifieke ‘Rubber Factory’-cd waarrond de Black Keys reeds toestemden in een afstand van hun feitelijke macht). Omgekeerd geldt bij deze test dat de handeling of manifestatie de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde *wel* vervult als blijkt dat ze inderdaad een genot toelaat van de gelijkende bewustzijnsfenomenen dat de betrokken referentie-limieten overschrijdt ten opzichte van alle dergelijke incorporaties waarrond deze persoon reeds toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht (bv. het mogelijke genot van dezelfde esthetische bewustzijnsfenomenen overschrijdt deze referentie-limieten ten opzichte van elke incorporatie van ‘Rubber Factory’ waarrond de Black Keys reeds toestemden in een afstand van hun feitelijke macht).

Ook de toetsing aan de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde fungeert als een praktische toetsing om een specifiek gegeven vast te stellen. Indien een zintuiglijk waarneembare manifestatie of handeling, in het licht van een resultaat van inspanningen rond het creëren van kenmerken die bepaalde bewustzijnsfenomenen verschaffen, niet alleen de ‘imitatie’-voorwaarde en de ‘inadequate inspanningen’-voorwaarde vervult, maar ook nog eens de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde dan geldt dit met name als een betrouwbare indicatie van het volgende gegeven: dat een persoon daadwerkelijk bevoegdheden op grond van het intellectuele eigendomsrecht moet kunnen inzetten voor het verbieden van deze handeling of manifestatie opdat hij rond dit resultaat van inspanningen ook steeds in staat zou zijn om positieve externe effecten te vermijden en schendingen tegen te gaan van het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid.

A.2.1. Traceren van de aan te pakken fenomenen

Aan de basis van de redenering rond de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde liggen bepaalde analyses rond het traceren van toepassingen van positieve externe effecten en schendingen van het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid. Deze analyses hebben met name betrekking op het traceren van deze beide fenomenen in de context van resultaten van inspanningen rond het creëren van kenmerken die bepaalde bewustzijnsfenomenen verschaffen. Het uitgangspunt bij deze analyses is dat het identificeren van deze beide fenomenen kan terugvallen op de toetsing aan de ‘imitatie’-voorwaarde en de daaropvolgende

‘inadequate inspanningen’-voorwaarde voor de vaststelling of rond dergelijke resultaten van inspanningen überhaupt sprake is van een aanwending van de positieve effecten of de vruchten ervan.

Ten eerste is er dan de analyse rond de geschikte maatstaf om te beslissen of het plukken van de vruchten van de relevante soort inspanningen van een persoon ook inderdaad een schending inhoudt van zijn natuurlijk recht op de vruchten van deze inspanningen. Deze analyse stelt dat deze beslissing te nemen is in het licht van de volgende maatstaf: de maatstaf of het genot dat het plukken van deze vruchten toelaat al dan niet gedekt is door de toestemming van de persoon die de inspanningen leverde. Bij manifestaties of handelingen die inhouden dat de vruchten van eerdere inspanningen rond het creëren van kenmerken die bewustzijnsfenomenen verschaffen, aangewend worden om via gelijkende kenmerken een genot te verschaffen van gelijkende bewustzijnsfenomenen gaat het volgens deze analyse dus concreet om de volgende vraag: of het genot dat deze manifestaties of handelingen langs deze weg toelaten van de gelijkende bewustzijnsfenomenen al dan niet gedekt is door de toestemming van de persoon die de eerdere inspanningen leverde. Pas indien aan te nemen is dat dit genot *niet* gedekt is door zijn toestemming is volgens deze analyse inderdaad sprake van een schending van zijn natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid. Indien daarentegen aan te nemen is dat dit genot *wel* gedekt is door zijn toestemming kan volgens deze analyse geen sprake zijn van een dergelijke schending.

Ten tweede is er dan de analyse rond de geschikte maatstaf om te beslissen of het aanwenden van de positieve effecten van de relevante soort inspanningen ook een aanwending inhoudt van positieve externe effecten. Deze analyse stelt dat deze beslissing ook hier in wezen te nemen is in het licht van de volgende maatstaf: of het genot dat de aanwending van deze positieve effecten toelaat al dan niet gedekt is door de toestemming van de persoon die de inspanningen leverde. Bij manifestaties of handelingen die inhouden dat de positieve effecten van eerdere inspanningen rond het creëren van kenmerken die bewustzijnsfenomenen verschaffen, aangewend worden om via gelijkende kenmerken een genot te verschaffen van gelijkende bewustzijnsfenomenen gaat het volgens deze analyse dus om de volgende vraag: of het genot dat deze manifestaties of handelingen langs deze weg toelaten van de gelijkende bewustzijnsfenomenen al dan niet afhankelijk was van de toestemming van de persoon die de eerdere inspanningen leverde en uiteindelijk ook de toestemming verkreeg van deze persoon. Pas indien aan te nemen is dat het genot niet afhankelijk was van de toestemming van deze persoon en al evenmin zijn toestemming verkreeg, is volgens deze analyse inderdaad sprake van een aanwending van positieve externe effecten. Indien daarentegen aan te nemen is dat het zonet omschreven genot wel afhankelijk was van zijn toestemming en deze ook verkreeg, kan volgens deze analyse geen sprake zijn van een aanwending van positieve externe effecten.

A.2.2. Criteria rond de passende afstelling van het intellectuele eigendomsrecht

Op basis van de inzichten rond het traceren van toepassingen van positieve externe effecten en schendingen van het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid, volgt dan de eigenlijke redenering rond de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde. Voortbouwend op deze inzichten volgt met name de eigenlijke redenering waarom bij de toepassing van het ‘imitatievoordeel’-criterium in het licht van een resultaat van inspanningen rond het creëren van kenmerken die bepaalde bewustzijnsfenomenen verschaffen, de uiteindelijke toetsing aan de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde uitsluitend biedt rond de volgende vraag: of een persoon daadwerkelijk bevoegdheden op grond van het intellectuele eigendomsrecht moet kunnen inzetten voor het verbieden van een handeling of manifestatie opdat hij rond dit resultaat van inspanningen steeds in staat zou zijn om positieve externe effecten te vermijden en schendingen tegen te gaan van het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid.

a. Vaststelling van geschikte feitelijke referentiepunten en geschikte maatstaven

De eerste stap in de eigenlijke redenering rond de toetsing aan de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde betreft de vaststelling van geschikte feitelijke referentiepunten en geschikte maatstaven. Deze eerste stap focust met name op de vaststelling van feitelijke referentiepunten en maatstaven ten aanzien van deze referentiepunten die samen toelaten om zo objectief en volledig mogelijk een welbepaalde categorie zintuiglijke waarneembare handelingen en manifestaties te identificeren. Het gaat hierbij om die handelingen en manifestaties die, afgaand op het vervullen van de ‘imitatie’-voorwaarde en de ‘inadequate inspanningen’-voorwaarde, weliswaar inhouden dat de positieve effecten en de vruchten van een resultaat van inspanningen rond de creatie van kenmerken die bepaalde bewustzijnsfenomenen verschaffen inderdaad aangewend worden om via gelijkende kenmerken gelijkende bewustzijnsfenomenen te verschaffen, maar waarrond niettemin het volgende geldt: het is *niet* daadwerkelijk nodig dat een persoon bevoegdheden op grond van het intellectuele eigendomsrecht kan inzetten om deze handelingen of manifestaties te verbieden opdat hij zou kunnen vermijden dat deze handelingen of manifestaties via de gelijkende kenmerken ook een genot verschaffen van gelijkende bewustzijnsfenomenen dat niet gedekt is door zijn toestemming.

a.1. Geschikte feitelijke referentiepunten

De voorgestelde feitelijke referentiepunten hebben betrekking op de incorporaties van een resultaat van inspanningen rond het creëren van kenmerken die bepaalde bewustzijnsfenomenen verschaffen. De voorgestelde feitelijke referentiepunten zijn met name de gevallen waarin een persoon toestemt in een afstand van zijn feitelijke macht over een incorporatie van de kenmerken die voortvloeien uit een dergelijk resultaat van inspanningen. De logica is dat deze gevallen betrouwbaar de gevallen aangeven waarin deze persoon, ook reeds zonder bevoegdheden op grond van het intellectuele eigendomsrecht, een hefboom had om het volgende te verzekeren: dat anderen een specifiek genot gebaseerd op de aanwending van de positieve effecten of de vruchten van dit resultaat van inspanningen enkel konden genieten nadat zij zijn toestemming verkregen hadden. Het gaat hierbij dan met name om het mogelijke

genot op basis van een aanwending van deze positieve effecten of vruchten dat afhankelijk is van de aanwezigheid en het voortbestaan van de betrokken specifieke incorporatie waarover deze persoon de feitelijke macht had. Door zijn feitelijke macht over de specifieke incorporatie van de kenmerken die voortvloeien uit het resultaat van inspanningen had de persoon ook een hefboom om dat specifieke genot van de positieve effecten of de vruchten van dit resultaat van inspanningen afhankelijk te maken van zijn toestemming.

a.2. Geschikte feitelijke maatstaven

De voorgestelde maatstaven ten aanzien van de zonet omschreven feitelijke referentiepunten hebben betrekking op de specifieke incorporaties die centraal staan binnen deze referentiepunten. Deze maatstaven hebben dus betrekking op welbepaalde incorporaties van de kenmerken die voortvloeien uit het betrokken resultaat van inspanningen rond het creëren van kenmerken die bepaalde bewustzijnsfenomenen verschaffen, met name op dergelijke incorporaties waarrond de betrokken persoon toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht.

Rond de specifieke incorporaties die centraal staan binnen de voorgestelde referentiepunten zijn de voorgestelde maatstaven dan met name gericht op een specifiek genot dat deze incorporaties op een bepaald moment toelieten op grond van hun kenmerken die voortvloeien uit het betrokken resultaat van inspanningen. De voorgestelde maatstaven zijn namelijk de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het genot dat mogelijk is van die bewustzijnsfenomenen door enkel gebruik te maken van deze incorporaties zoals ze waren toen de betrokken persoon toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht erover.

Het argument om de voorgestelde maatstaven te hanteren, is dat zij ten aanzien van de voorgestelde feitelijke referentiepunten een geschikte praktische leidraad bieden om een bepaald relevant soort genot af te bakenen. Deze maatstaven worden met name als een geschikte leidraad gezien om, in het licht van een resultaat van inspanningen rond het creëren van kenmerken die bepaalde bewustzijnsfenomenen verschaffen, een specifieke categorie af te bakenen van het genot van deze bewustzijnsfenomenen dat mogelijk is door welbepaalde toepassingen van de positieve effecten of de vruchten van dit resultaat van inspanningen, met name door toepassingen waarbij via gelijkende kenmerken een genot verschaft wordt van gelijkende bewustzijnsfenomenen. De specifieke categorie waar het om gaat is het langs deze weg verschaft genot van gelijkende bewustzijnsfenomenen waarvan aan te nemen is dat het afhankelijk was van en gedekt is door de toestemming van de persoon die toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht over een specifieke incorporatie van de kenmerken die voortvloeien uit het resultaat van inspanningen. De redenering rond de geschiktheid van de voorgestelde maatstaven om precies die specifieke categorie genot af te bakenen, gaat daarbij terug op een specifieke observatie rond de situatie waarin een persoon toestemt in een afstand van zijn feitelijke macht over een incorporatie van de kenmerken die voortvloeien uit een resultaat van inspanningen rond het creëren van kenmerken die bepaalde bewustzijnsfenomenen verschaffen. De observatie is dat de concrete kenmerken van de incorporatie deze persoon ook in staat stellen om het volgende te voorzien bij het toestemmen in deze afstand: de ruimtelijke en temporele limieten van het genot van deze bewustzijnsfenomenen dat bij een gebruik van enkel deze onveranderde incorporatie mogelijk gemaakt wordt door een

aanwending van de positieve effecten of de vruchten van dit resultaat van inspanningen. Deze observatie leidt dan tot de bevinding dat indien een persoon een afstand doet van zijn feitelijke macht over een dergelijke incorporatie de gekozen maatstaven, mits een passende contextualisatie, toelaten om het genot te bepalen van de betrokken bewustzijnsfenomenen waarvan aan te nemen is dat het gedekt is door de toestemming van deze persoon. De contextualisering die hierbij aan de orde is, betreft met name de vraag of de persoon al dan niet beperkingen overeenkwam rond de concrete uitoefening van de afgestane feitelijke macht over de incorporatie. Indien de persoon *geen* beperkingen overeenkwam rond de uitoefening van de feitelijke macht die hij vrijwillig afstond over de specifieke incorporatie dan wordt aangenomen dat hij door deze afstand ook toestemde in het volgende: het genot van de bewustzijnsfenomenen dat binnen de specifieke ruimtelijke en temporele limieten blijft van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door enkel gebruik te maken van deze incorporatie zoals deze was toen hij toestemde in de afstand van zijn feitelijke macht erover. Indien de persoon daarentegen *wel* beperkingen overeenkwam rond de uitoefening van de feitelijke macht die hij vrijwillig afstond over de specifieke incorporatie dan wordt aangenomen dat hij door deze afstand enkel toestemde in het volgende: het genot van de bewustzijnsfenomenen dat binnen de specifieke ruimtelijke en temporele limieten blijft van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door enkel het overeengekomen gebruik te maken van deze incorporatie zoals deze was toen hij toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht erover.

b. Integratie binnen de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde

De tweede stap in de eigenlijke redenering rond de toetsing aan de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde betreft het integreren van de gekozen feitelijke referentiepunten en maatstaven in een passende praktische toetsing, met name dus in de toetsing aan de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde. Deze toetsing aan de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde vormt, zoals gezegd, het sluitstuk van de toepassing van het ‘imitatievoordeel’-criterium. Binnen dit ‘imitatievoordeel’-criterium omvat de toetsing aan de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde een toetsing rond de zintuiglijk waarneembare manifestaties of handelingen die, afgaand op het vervullen van de ‘imitatie’-voorwaarde en ‘inadequate inspanningen’-voorwaarde, het volgende inhouden ten aanzien van een resultaat van inspanningen rond het creëren van kenmerken die bepaalde bewustzijnsfenomenen verschaffen: een aanwending van de positieve effecten of vruchten van dit resultaat van inspanningen om via gelijkende kenmerken een genot te verschaffen van gelijkende bewustzijnsfenomenen. De toetsing aan de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde vraagt, zoals besproken, om na te gaan of deze manifestaties of handelingen op die manier ook een genot verschaffen van gelijkende bewustzijnsfenomenen *buiten* de volgende specifieke referentie-limieten: de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door enkel gebruik te maken van welbepaalde incorporaties van de kenmerken die voortvloeien uit het resultaat van inspanningen, namelijk die exacte incorporaties waarrond de persoon aan wie het resultaat van inspanningen toebehoort reeds toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht erover. Om de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde te vervullen moeten de manifestaties of handelingen, zoals aangegeven,

een genot toelaten van de gelijkende bewustzijnsfenomenen dat de betrokken referentie-limieten overschrijdt ten opzichte van alle dergelijke incorporaties waarrond deze persoon reeds toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht.

b.1. Niet vervullen van de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde

Eenzijds geldt het feit dat een handeling of manifestatie bij de toepassing van het ‘imitatievoordeel’-criterium strandt op de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde als doorslaggevend feit om tot een belangrijke conclusie te komen. Deze conclusie is dat het *niet* daadwerkelijk nodig is dat de betrokken persoon bevoegdheden op grond van het intellectuele eigendomsrecht kan inzetten om deze handeling of manifestatie te verbieden opdat hij, in het licht van zijn resultaat van inspanningen rond het creëren van kenmerken die bewustzijnsfenomenen verschaffen, ook het volgende zou kunnen bereiken: vermijden dat deze manifestatie of handeling, via een aanwending van de positieve effecten of vruchten van dit resultaat van inspanningen, gelijkende kenmerken een genot laat verschaffen van gelijkende bewustzijnsfenomenen dat niet gedekt is door zijn toestemming.

De basisredenering achter deze conclusie gaat terug op de overweging dat het stranden op de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde aangeeft dat de handeling of manifestatie weliswaar een aanwending inhoudt van de positieve effecten of vruchten van het resultaat van inspanningen om gelijkende kenmerken een genot te laten verschaffen van gelijkende bewustzijnsfenomenen, maar dit genot daarbij nooit verschaft *buiten* de volgende specifieke referentie-limieten: de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door enkel gebruik te maken van welbepaalde incorporaties van de kenmerken voortvloeiend uit dit resultaat van inspanningen, namelijk die exacte incorporaties waarrond de betrokken persoon reeds toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht erover.

De concrete argumenten rond deze conclusie variëren in het licht van een specifieke omstandigheid rond de concrete incorporatie die de handeling of manifestatie doet stranden op de toetsing aan de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde. Deze argumenten variëren met name naargelang de betrokken persoon bij de afstand van zijn feitelijke macht over deze incorporatie al dan niet beperkingen overeenkwam rond de concrete uitoefening van de afgestane feitelijke macht over de incorporatie.

In de eerste plaats is met name rekening te houden met het scenario dat de persoon geen beperkingen overeenkwam rond de uitoefening van de feitelijke macht die hij vrijwillig afstand over de specifieke incorporatie van het resultaat van inspanningen die maakt dat de handeling of manifestatie strandt op de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde. In dit scenario speelt dan concreet de bovenvermelde aanname dat indien de persoon toestemde in een dergelijke onbeperkte afgifte van zijn feitelijke macht over deze incorporatie van het resultaat van inspanningen rond het creëren van kenmerken die bewustzijnsfenomenen kunnen verschaffen, deze persoon ook toestemde in het volgende: een genot van deze bewustzijnsfenomenen dat binnen de specifieke ruimtelijke en temporele limieten blijft van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door enkel gebruik te maken van deze

incorporatie zoals deze was toen hij toestemde in een afstand van zijn feitelijk macht erover. Deze aanname zet dan aan tot een belangrijke observatie rond de handeling of manifestatie die, afgaand op het niet vervullen van de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde, de zonet aangehaalde specifieke ruimtelijke en temporele limieten niet overschrijdt bij het verschaffen van een genot van deze bewustzijnsfenomenen via een aanwending van de positieve effecten of vruchten van dit resultaat van inspanningen. De observatie is dat aan te nemen is dat het genot dat deze handeling of manifestatie op die manier verschaft van de bewustzijnsfenomenen in wezen reeds gedekt is door de toestemming van deze persoon, meer bepaald door zijn toestemming tot de onbeperkte afgifte van zijn feitelijke macht over de betrokken incorporatie van het resultaat van inspanningen. Het besluit is dan ook dat ten aanzien van deze handeling of manifestatie die in dit eerste scenario strandt op de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde de persoon – minstens in de vorm van zijn feitelijke macht over de betrokken incorporatie – ook reeds zonder bevoegdheden op grond van het intellectuele eigendomsrecht een voldoende hefboom had om het volgende te kunnen verzekeren: dat anderen het genot dat deze handeling of manifestatie toelaat via de aanwending van de positieve effecten of de vruchten van dit resultaat van inspanningen enkel kunnen genieten nadat zij zijn toestemming verkregen hebben. Dit impliceert dus ook dat het *niet* daadwerkelijk nodig is dat de persoon bevoegdheden op grond van het intellectuele eigendomsrecht kan inzetten om deze handeling of manifestatie te verbieden opdat hij ook het volgende zou kunnen vermijden: dat deze manifestatie of handeling rond het resultaat van inspanningen een aanwending inhoudt van positieve externe effecten of een schending van het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid.

In de tweede plaats is echter ook rekening te houden met het scenario dat de persoon wel beperkingen overeenkwam rond de uitoefening van de feitelijke macht die hij vrijwillig afstond over de incorporatie van het resultaat van inspanningen die maakt dat de handeling of manifestatie strandt op de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde. In dit scenario speelt dan concreet de bovenvermelde veronderstelling dat indien de persoon toestemde in een dergelijke afgifte van zijn feitelijke macht over de incorporatie van het resultaat van inspanningen rond het creëren van kenmerken die bewustzijnsfenomenen verschaffen hij ook toestemde in het volgende: een genot van deze bewustzijnsfenomenen dat binnen de specifieke ruimtelijke en temporele limieten blijft van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door enkel het overeengekomen gebruik te maken van deze incorporatie zoals deze was toen hij toestemde in een afstand van zijn feitelijk macht erover. Deze veronderstelling zet dan eveneens aan tot een belangrijke observatie rond de handeling of manifestatie waarvan het stranden op de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde aangeeft dat ze bij het verschaffen van een genot van deze bewustzijnsfenomenen via een aanwending van de positieve effecten of vruchten van dit resultaat van inspanningen uiteindelijk *binnen* de volgende limieten blijft: de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door enkel gebruik te maken van de betrokken incorporatie zoals deze was toen de betrokken persoon toestemde in een afstand van zijn feitelijk macht erover. De observatie is met name dat, in zoverre het genot dat de handeling of manifestatie langs deze weg toelaat van de bewustzijnsfenomenen uiteindelijk binnen deze specifieke ruimtelijke en temporele limieten blijft, deze handeling of manifestatie dus ook

afhankelijk is van de aanwezigheid en het voortbestaan van deze incorporatie om dit genot te kunnen verschaffen. Deze afhankelijkheid maakt dus dat de persoon door het afdwingen van de overeengekomen beperkingen rond de uitoefening van de afgestane feitelijke macht over de incorporatie ook reeds kan tegengaan dat de handeling of manifestatie die ten opzichte van die incorporatie strandt op de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde een genot zou verschaffen van de bewustzijnsfenomenen dat niet gedekt is door zijn toestemming (bv. Britta dwingen tot de teruggave van de verhuurde cd-rom met foto’s op de overeengekomen datum verhindert Britta ook om na deze datum duplicaties van deze foto’s te maken die ten opzicht van deze specifieke cd-rom zouden stranden op de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde). Het besluit is dan ook dat ten aanzien van de handeling of manifestatie die in dit tweede scenario strandt op de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde de persoon ook reeds zonder bevoegdheden op grond van het intellectuele eigendomsrecht een voldoende hefboom heeft om het volgende te kunnen verzekeren: dat anderen het genot dat deze handeling of manifestatie toelaat via de aanwending van de positieve effecten of de vruchten van het betrokken resultaat van inspanningen, enkel kunnen genieten na zijn toestemming verkregen te hebben. Dit impliceert dus opnieuw dat het *niet* daadwerkelijk nodig is dat de persoon bevoegdheden op grond van het intellectuele eigendomsrecht kan inzetten om deze handeling of manifestatie te verbieden opdat hij ook het volgende zou kunnen vermijden: dat deze manifestatie of handeling rond het resultaat van inspanningen een aanwending inhoudt van positieve externe effecten of een schending van het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid.

b.2. Wel vervullen van de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde

Anderzijds geldt het feit dat een handeling of manifestatie bij de toepassing van het ‘imitatievoordeel’-criterium *ook* de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde vervult eveneens als doorslaggevend feit om tot een belangrijke conclusie te komen. De conclusie ditmaal is dat het daadwerkelijk nodig is dat de betrokken persoon bevoegdheden op grond van het intellectuele eigendomsrecht kan inzetten om deze handeling of manifestatie te verbieden opdat hij, in het licht van zijn resultaat van inspanningen rond het creëren van kenmerken die bewustzijnsfenomenen verschaffen, steeds het volgende zou kunnen bereiken: vermijden dat deze manifestatie of handeling, via een aanwending van de positieve effecten of vruchten van dit resultaat van inspanningen, gelijkende kenmerken een genot laat verschaffen van gelijkende bewustzijnsfenomenen dat niet gedekt is door zijn toestemming.

De redenering achter deze conclusie is gebaseerd op de overweging dat het vervullen van de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde aangeeft dat de handeling of manifestatie een aanwending inhoudt van de positieve effecten of vruchten van het resultaat van inspanningen om gelijkende kenmerken een genot te laten verschaffen van gelijkende bewustzijnsfenomenen dat ook de volgende specifieke referentie-limieten overschrijdt: de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door enkel gebruik te maken van welbepaalde incorporaties van de kenmerken voortvloeiend uit dit resultaat van inspanningen, namelijk die exacte incorporaties waarrond deze persoon reeds toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht erover. Cruciaal in de redenering is dan met name een specifieke implicatie van het feit dat het genot dat de manifestatie of handeling langs deze weg

verschafft van de bewustzijnsfenomenen de specifieke referentie-limieten inderdaad overschrijdt. Deze specifieke implicatie is met name dat de overschrijding van deze referentie-limieten inhoudt dat het genot dat de handeling of de manifestatie verschafft van de bewustzijnsfenomenen uiteindelijk niet afhankelijk is van de aanwezigheid en het voortbestaan van enige incorporatie van het resultaat van inspanningen waarrond de betrokken persoon ooit toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht erover. Deze implicatie indachtig volgt dan de analyse dat niet kan aangenomen worden dat de betrokken persoon ten aanzien van deze handeling of manifestatie reeds zonder bevoegdheden op grond van het intellectuele eigendomsrecht ooit een voldoende hefboom had om het volgende te kunnen verzekeren: dat anderen het genot dat deze handeling of manifestatie toelaat via de aanwending van de positieve effecten of vruchten van het betrokken resultaat van inspanningen enkel kunnen genieten nadat zij zijn toestemming verkregen hebben. Op grond van deze analyse volgt dan ook het besluit dat het daadwerkelijk nodig is dat de persoon bevoegdheden op grond van het intellectuele eigendomsrecht kan inzetten om deze handeling of manifestatie te verbieden opdat hij ook het volgende zou kunnen vermijden: dat deze manifestatie of handeling rond het resultaat van inspanningen een aanwending inhoudt van positieve externe effecten of een schending van het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid.

B. Afstelling op het vermijden van ‘imitatievoordeel’

Het ‘imitatievoordeel’-criterium vormt dan de basis voor de richtlijnen rond de optimale afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Dit criterium fungeert als praktische leidraad om dit ingrijpen optimaal af te stellen op het vervullen van zijn taak.

B.1. Taakverdeling tussen intellectuele rechten en het ingrijpen rond parasitaire mededinging

In de eerste plaats schrijft de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ een taakverdeling voor tussen intellectuele rechten en het ingrijpen rond parasitaire mededinging. Deze taakverdeling is gebaseerd op een onderscheid tussen intellectuele arbeid en handenarbeid.

De taak om ‘imitatievoordeel’ te vermijden rond intellectuele arbeid wordt toegewezen aan intellectuele rechten. De reden hiervoor gaat terug op de test rond door kennis te verklaren gelijkenissen die intellectuele rechten gewoonlijk hanteren om hun ingrijpen af te bakenen. Rond intellectuele arbeid is deze test immers inderdaad veelzeggend met het oog op het traceren van ‘imitatievoordeel’. Bij intellectuele arbeid speelt namelijk het fenomeen dat het onmogelijk is om nog intellectuele arbeid te leveren gericht op het bedenken van reeds gekende kenmerken (bv. intellectuele arbeid om een gekende compositie opnieuw te bedenken). Indien de test rond door kennis te verklaren gelijkenissen dus aangeeft dat een persoon met kennis van kenmerken die de intellectuele arbeid vroegen van een andere persoon (bv. een compositie) overging tot de creatie of aanwending van voldoende gelijkende kenmerken (bv. dezelfde compositie) dan laat dit het volgende besluit toe: deze persoon wendt de eerdere intellectuele arbeid van de andere persoon aan om *in se* ‘inadequate arbeid’ toch te laten resulteren in kenmerken die eigenlijk intellectuele arbeid vroegen (bv. onvermijdelijk spaarde de persoon de intellectuele arbeid uit die eigenlijk nodig zou zijn om tot dezelfde compositie te komen). Gevallen van een

aanwending van de intellectuele arbeid van een andere persoon zijn dus voldoende ‘homogeen’ om deze te traceren via een test die een hoge mate van precisering hanteert, namelijk een test die afgaat op de specifieke feiten kennis en gelijkenis. Rond handenarbeid daarentegen heeft de test rond door kennis te verklaren gelijkenissen niet dezelfde significantie. De verklaring hiervoor is dat kennis van kenmerken die een andere persoon handenarbeid vroegen (bv. het geploegde veld van de buur) een persoon niet verhinderen om vervolgens tot gelijkende kenmerken te komen op grond van handenarbeid die op zich evengoed adequaat is om tot de gelijkende kenmerken te komen (bv. bij het ploegen van het eigen veld). Indien de test rond door kennis te verklaren gelijkenissen aangeeft dat een persoon met kennis van kenmerken die handenarbeid vroegen van een andere persoon (bv. een cd-rom met meetresultaten) overging tot de creatie of aanwending van voldoende gelijkende kenmerken (bv. een cd-rom met gelijkaardige meetresultaten) dan laat dit op zich nog geen besluit toe rond de vraag of deze persoon tot deze gelijkende kenmerken kwam via inadequate handenarbeid (bv. het kopiëren van de bestaande cd-rom met meetresultaten) dan wel via *in se* adequate handenarbeid (bv. het hernemen van de meting). Bij kenmerken die voortvloeien uit handenarbeid is uitsluitel rond deze vraag enkel mogelijk in het licht van een test die rekening houdt met de begeleidende omstandigheden rond de wijze waarop iemand tot gelijkende kenmerken kwam. Gevallen van een aanwending van de handenarbeid van een andere persoon zijn dus onvoldoende ‘homogeen’ om deze te traceren via een test die de hoge mate van precisering hanteert van de test rond door kennis te verklaren gelijkenissen.

De taak om ‘imitatievoordeel’ te vermijden ten aanzien van handenarbeid wordt integendeel toegewezen aan het ingrijpen rond parasitaire mededinging. De verklaring hiervoor ligt in de test die het ingrijpen rond parasitaire mededinging gewoonlijk hanteert om zijn tussenkomst af te bakenen, met name de test rond de begeleidende omstandigheden van een kopiëren. Zoals aangegeven, is een dergelijke test rond de begeleidende omstandigheden noodzakelijk om te kunnen besluiten of een persoon met kennis van kenmerken die voortvloeien uit *handenarbeid* van een andere persoon al dan niet via ‘inadequate arbeid’ tot gelijkende kenmerken kwam. Om de vraag te beantwoorden of een persoon met kennis van kenmerken die voortvloeien uit *intellectuele arbeid* al dan niet via ‘inadequate arbeid’ tot gelijkende kenmerken kwam, is deze test rond de begeleidende omstandigheden weliswaar een correcte maar nodeloos omslachtige test. Rond intellectuele arbeid laat deze vraag zich immers, zoals besproken, reeds beantwoorden door een onderzoek louter rond door kennis te verklaren gelijkenissen.

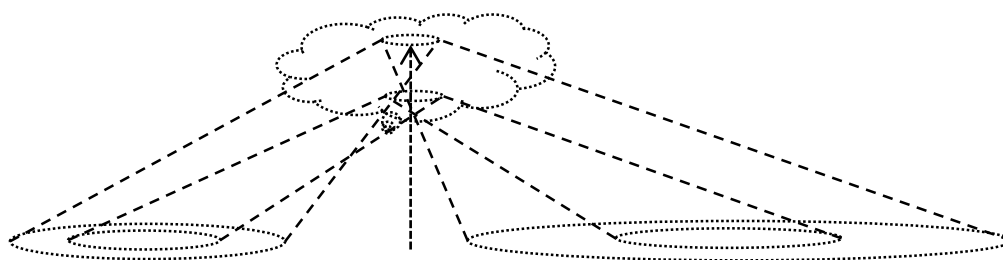
B.2. Intellectuele rechten

In de tweede plaats schrijft de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan richtlijnen voor om het ingrijpen van intellectuele rechten af te stellen op het vermijden van ‘imitatievoordeel’ rond intellectuele arbeid. Deze richtlijnen geven aan hoe dergelijk ‘imitatievoordeel’ optimaal te vermijden is door middel van een ingrijpen van intellectuele rechten.

B.2.1. Toekennen van bescherming

Een optimale afstelling van het toekennen van bescherming op grond van een intellectueel recht vraagt, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, om de beschermingsvoorwaarden van het intellectuele recht de volgende overkoepelende richtlijn te laten aanhouden: aan de hand van zo goed mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften de gevallen aanduiden waarin zich bij een incorporatie van inspanningen een welbepaald risico voordoet op ‘imitatievoordeel’ rond intellectuele arbeid, met name een risico dat de typische beschermingsomvang van dit intellectuele recht passend weet te neutraliseren. ‘Passend neutraliseren’ betekent daarbij dan met name neutraliseren aan de hand van het toekennen van zo beperkt mogelijke bevoegdheden aan de rechthebbende.

De toepassing van deze overkoepelende richtlijn vraagt, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, dat de beschermingsvoorwaarden van intellectuele rechten bepaalde richtsnoeren aanhouden bij hun concretisering van de ‘denkoperatie rond verschillen’ die zij opleggen. Het gaat hierbij dus om richtsnoeren rond de vier variabelen (a., b., c., en d.) die door hun invulling de concrete uitvoering sturen van deze ‘denkoperatie rond verschillen’.



Het eerste richtsnoer betreft de invulling van de variabele rond de relevante referentiegroep (d.). Volgens dit richtsnoer dient deze referentiegroep beperkt te blijven tot de zintuiglijk waarneembare manifestaties die de persoon die het te beoordelen resultaat van inspanningen tot stand bracht, kende op het ogenblik van het leveren van de inspanningen daartoe. Het argument is dat in de ‘denkoperatie rond verschillen’ enkel de vergelijking met deze groep manifestaties bijdraagt tot het accuraat traceren van resultaten van intellectuele arbeid waarrond zich een risico voordoet op ‘imitatievoordeel’.

Het tweede richtsnoer heeft betrekking op de invulling van de variabele rond de vereiste verschillen (c.) tussen de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken van een relevante referentie-incorporatie (b.) en de zintuiglijk waarneembare kenmerken van de manifestaties binnen de relevante referentiegroep (d.). De enige vereiste die intellectuele rechten via deze variabele moeten stellen aan deze verschillen is, volgens dit richtsnoer, dat deze verschillen in staat zijn om te staven dat het *een* resultaat van intellectuele arbeid vroeg om de referentie-incorporatie dergelijke verschillen te laten vertonen tegenover de relevante referentiegroep.

Het derde richtsnoer betreft de invulling van de variabele rond de relevante referentie-incorporaties (b.) en de variabele rond de relevante graad van abstractie (a.). Volgens dit richtsnoer moet de invulling van deze variabelen toelaten om via de ‘denkoperatie rond

verschillen' te besluiten of een resultaat van intellectuele arbeid dat blijkt uit de verschillen tussen de relevante referentie-incorporatie (b.) en de relevante referentiegroep (d.) daadwerkelijk van de soort is waarrond de beschermingsomvang van het intellectuele recht passend het risico op 'imitatievoordeel' neutraliseert. Deze beoordeling of het resultaat van intellectuele arbeid inderdaad tot de soort behoort waarrond het intellectuele recht bescherming behoort toe te kennen, gebeurt concreet in het licht van het 'aanwendingsscala' van dit resultaat van intellectuele arbeid. Dit 'aanwendingsscala' verwijst naar de verscheidenheid aan kenmerken die zintuiglijk waarneembare manifestaties kunnen ontleenen aan dit resultaat van intellectuele arbeid om hen daadwerkelijk geschikt te maken om bepaalde concrete bewustzijnsfenomenen te verschaffen.

De assumptie bij het zonet besproken derde richtsnoer is dat de doelstelling van het passend neutraliseren van het risico op 'imitatievoordeel' vereist dat intellectuele rechten hun beschermingsvoorwaarden en beschermingsomvang differentiëren in het licht van onderscheiden soorten resultaten van intellectuele arbeid. De assumptie is met name dat deze doelstelling een beleidsstrategie vraagt waarbij intellectuele rechten hun beschermingsvoorwaarden en beschermingsomvang toespitsen op resultaten van intellectuele arbeid die zich van elkaar onderscheiden in het licht van twee eigenschappen die raken aan hun 'aanwendingsscala'.

Het eerste, wezenlijk geachte onderscheid betreft de eigenschap of de kenmerken die uit het resultaat van intellectuele arbeid voortvloeien bewustzijnsfenomenen verschaffen die een esthetische dan wel een functionele ervaring inhouden (bv. een ervaring die appelleert aan de zin voor esthetiek versus een ervaring van voortbeweging). Dit onderscheid laat intellectuele rechten concreet toe om zich toe te spitsen op resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassingen een esthetische beleving kennen dan wel op resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassingen een functionele beleving kennen. De specialisatie rond dit onderscheid wordt wenselijk geacht omdat het intellectuele rechten toelaat om een specifiek fenomeen in te calculeren bij de volgende stap, met name bij de 'denkoperatie rond gelijkenissen' die zij opleggen om de afbakening van het object van de verleende bevoegdheid af te stellen op het passend vermijden van 'imitatievoordeel'. Dit fenomeen is dat mensen bij een *functionele* beleving van zintuiglijk waarneembare kenmerken, in verhouding tot een *esthetische* beleving, minder snel aannemen dat verschillende kenmerken ook onderscheiden bewustzijnsfenomenen verschaffen (bv. de verschillende vormgeving van nokkassen krijgt in de regel pas aandacht in zoverre hieruit ook onderscheiden motorprestaties volgen). Dit fenomeen kunnen intellectuele rechten dankzij hun specialisatie rond resultaten van intellectuele arbeid met functionele dan wel esthetische toepassingen dan passend incalculeren bij een specifieke beoordeling in het kader van het afbakenen van het object. Het gaat daarbij met name om de beoordeling of de mate van gelijkenissen en verschillen tussen een zintuiglijk waarneembare manifestatie en de relevante referentie-incorporatie van een bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid inderdaad het volgende aannemelijk maakt: dat de manifestatie een toepassing inhoudt van dit resultaat van intellectuele arbeid. Naargelang de intellectuele rechten zich toespitsen op resultaten van intellectuele arbeid met functionele dan wel esthetische toepassingen, kunnen zij bij deze beoordeling concreet een onderscheiden belang hechten aan verschillen als indicatie dat de manifestatie geen toepassing

inhoudt van het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid om tot gelijkende bewustzijnsfenomenen te komen.

Het tweede, wezenlijk geachte onderscheid betreft de eigenschap of de mogelijke toepassingen van het resultaat van intellectuele arbeid om kenmerken bepaalde bewustzijnsfenomenen te laten verschaffen, al dan niet gebonden zijn aan de toepassing van een concrete vormgeving. In het licht van dit onderscheid kunnen intellectuele rechten zich dus toespitsen op resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassingen gebonden zijn aan de toepassing van een bepaalde vormgeving dan wel zich toespitsen op resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassingen niet gebonden zijn aan de toepassing van een concrete vormgeving. Een specialisatie rond dit onderscheid wordt wenselijk geacht omdat dit onderscheiden intellectuele rechten toelaat om een onderscheiden graad van abstractie voor te schrijven voor de uitvoering van de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ die zij opleggen om hun beschermingsomvang af te stellen op het passend vermijden van ‘imitatievoordeel’. Het wordt met name wenselijk geacht om rond resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassingen gebonden zijn aan de toepassing van een bepaalde vormgeving een ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ te kunnen opleggen die uit te voeren is op het niveau van de concrete vormgeving. Rond resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassingen niet gebonden zijn aan de toepassing van een bepaalde vormgeving wordt het daarentegen wenselijk geacht om een ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ te kunnen opleggen die uit te voeren is op het niveau van het uitgewerkte idee.

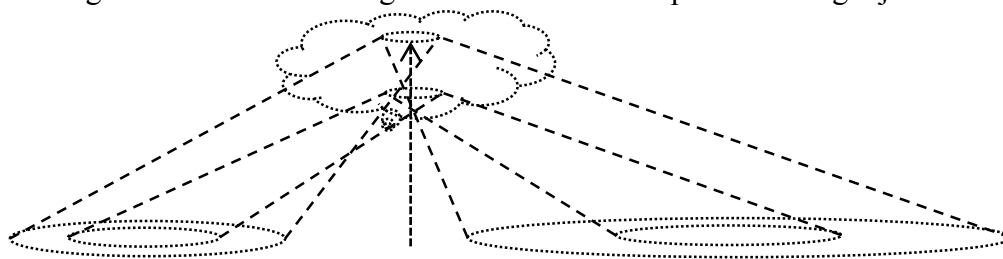
De zonet beschreven analyse rond de wezenlijke onderscheiden en de wenselijke differentiaties determineert de concrete implementatie van het derde richtsnoer binnen de variabelen van de ‘denkoperatie rond verschillen’ die de toekenning van bescherming beheerst. De implementatie van dit richtsnoer vraagt dat de variabele rond de relevante referentie-incorporaties (b.) vereist dat een incorporatie van een resultaat van intellectuele arbeid voorligt waarvan de zintuiglijk waarneembare kenmerken reeds een afdoende basis bieden om te staven dat dit resultaat van intellectuele arbeid ook alle kenmerken vertoont om tot de soort te behoren waarrond het intellectuele recht bescherming toekent. De staving van deze kenmerken houdt dus onder meer in dat de referentie-incorporatie moet toelaten om te besluiten of het gaat om een resultaat van intellectuele arbeid waarvan de toepassingen een esthetische dan wel een functionele beleving kennen. De implementatie van het derde richtsnoer in de variabele rond de relevante graad van abstractie (a.) vraagt dat deze variabele het relevante niveau van abstractie aangeeft tot waar de verschillen tussen de relevante referentie-incorporatie en de relevante referentiegroep nog steeds intellectuele arbeid moeten staven. Het achterliggende idee hierbij is dat het niveau van abstractie tot waar de betrokken verschillen inderdaad intellectuele arbeid blijven staven ook als maatstaf kan fungeren om te beoordelen of de toepassingen van het resultaat van intellectuele arbeid al dan niet gebonden zijn aan de toepassing van een concrete vormgeving. Indien het intellectuele recht zich toespitst op resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassingen gebonden zijn aan de toepassing van een bepaalde vormgeving, dan is de relevante graad van abstractie (a.) vast te leggen op het niveau van abstractie van de concrete vormgeving. Spitst het intellectuele recht zich integendeel toe op resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassingen niet gebonden zijn aan de toepassing van een bepaalde

vormgeving, dan is de relevante graad van abstractie (a.) vast te leggen op het niveau van abstractie van het uitgewerkte idee.

B.2.2. Object

Een optimale afstelling van het object van de door een intellectueel recht verleende exclusieve bevoegdheid vraagt, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, om de bepalingen rond het object de volgende overkoepelende richtlijn te laten aanhouden: aan de hand van zo goed mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften de zintuiglijk waarneembare manifestaties aangeven waarover de rechthebbende een intellectueelrechtelijke bevoegdheid nodig heeft om, rond zijn resultaat van intellectuele arbeid van de soort waarrond het intellectuele recht bescherming toekent, inderdaad passend het risico op ‘imitatievoordeel’ te kunnen neutraliseren. ‘Passend neutraliseren’ betekent daarbij opnieuw neutraliseren aan de hand van het toekennen van zo beperkt mogelijke bevoegdheden aan de rechthebbende.

De toepassing van deze overkoepelende richtlijn vraagt, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, dat de bepalingen rond het afbaken van het object bepaalde richtsnoeren aanhouden bij hun concretisering van de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ die zij opleggen. Het gaat hierbij dus om richtsnoeren rond de vier variabelen (1., 2., 3. en 4.) die door hun invulling de concrete uitvoering sturen van de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’.



Het eerste richtsnoer betreft de invulling van de variabele rond de relevante graad van abstractie (2.) en de variabele rond de relevante referentiekenmerken van de relevante referentie-incorporatie (1.). Volgens dit richtsnoer moet de invulling van deze variabelen op het vlak van de afbakening van de beschermingsomvang een consequente voortzetting vormen van de beleidsstrategie om onderscheiden intellectuele rechten toe te spitsen op onderscheiden soorten resultaten van intellectuele arbeid met een onderscheiden ‘aanwendingsscala’. De invulling van de variabele rond de relevante graad van abstractie (2.) dient zich dus te richten naar de graad van abstractie van de concrete vormgeving dan wel van het uitgewerkte idee, naargelang het betrokken intellectuele recht zich toespitst op resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassingen wel of niet gebonden zijn aan de toepassing van een bepaalde concrete vormgeving. De invulling van de variabele rond de relevante referentiekenmerken van de relevante referentie-incorporatie (1.) moet de relevante referentiekenmerken laten samenvallen met de zintuiglijk waarneembare kenmerken van de relevante referentie-incorporatie die pertinent zijn om het soort resultaat van intellectuele arbeid te staven waarop het betrokken intellectuele recht zich toespitst.

Het tweede richtsnoer heeft betrekking op de invulling van de variabele rond de vereiste gelijkenissen (3.) en de variabele rond de relevantie van gelijkenissen (4.). Dit tweede richtsnoer

stelt dat de invulling van deze variabelen er concreet moet voor zorgen dat de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ de zintuiglijk waarneembare manifestaties aanduidt die binnen het object moeten vallen en eventueel een onmiddellijke handhavingsactie vereisen opdat het intellectuele recht de rechthebbende inderdaad zou toelaten om passend het risico op ‘imitatievoordeel’ te neutraliseren rond zijn resultaat van intellectuele arbeid van de soort waarop dit intellectuele recht zich toespitst.

Van de variabele rond de vereiste gelijkenissen (3.) vraagt de implementatie van dit tweede richtsnoer concreet dat deze variabele vereist dat de manifestatie (4.) op het relevante niveau van abstractie (2.) voldoende gelijkenissen vertoont met de relevante referentie-incorporatie (1.) om de volgende hypothese te kunnen staven: dat de manifestatie inhoudt dat het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid rond het creëren van kenmerken die bepaalde bewustzijnsfenomenen verschaffen, aangewend werd om via gelijkende kenmerken gelijkende bewustzijnsfenomenen te verschaffen.

Van de variabele rond de relevantie van gelijkenissen (4.) vraagt de implementatie van het tweede richtsnoer dan dat deze variabele de nodige bijkomende feitelijke indicaties vereist om relevante conclusies te kunnen trekken uit de vaststelling van een voldoende gelijkende manifestatie in de zin van de variabele rond de vereiste gelijkenissen (3.). In de eerste plaats moet de variabele rond de relevantie van gelijkenissen (4.) met name nagaan of de voldoende gelijkenissen van de manifestatie hun verklaring kunnen vinden in het feit dat de maker van deze manifestatie kennis had van de kenmerken die voortvloeien uit het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid. Enkel als dit het geval blijkt te zijn, is te concluderen dat de manifestatie ook daadwerkelijk binnen het object moet vallen opdat de rechthebbende ‘imitatievoordeel’ zou kunnen vermijden rond zijn bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid. In de tweede plaats dient de variabele rond de relevantie van gelijkenissen (4.) ook na te gaan of de voldoende gelijkende manifestatie het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid aanwendt om gelijkende kenmerken een genot te laten verschaffen van gelijkende bewustzijnsfenomenen dat de volgende specifieke referentie-limieten overschrijdt: de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door enkel gebruik te maken van welbepaalde incorporaties van de kenmerken voortvloeiend uit dit resultaat van intellectuele arbeid, namelijk die exacte incorporaties waarrond de rechthebbende reeds toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht erover. Blijkt een overschrijding van deze referentie-limieten voor te liggen dan is te concluderen dat de manifestatie ook een onmiddellijke handhavingsactie vereist om ‘imitatievoordeel’ te vermijden rond het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid.

B.2.3. Bevoegdheid

Ten slotte, formuleert de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ ook richtlijnen rond de optimale afstelling van de exclusieve bevoegdheid die een intellectueel recht verleent over het object. Deze richtlijnen zijn gebaseerd op een specifieke analyse rond de wijze waarop intellectuele rechten te werk behoren te gaan bij het afbakenen van deze bevoegdheid.

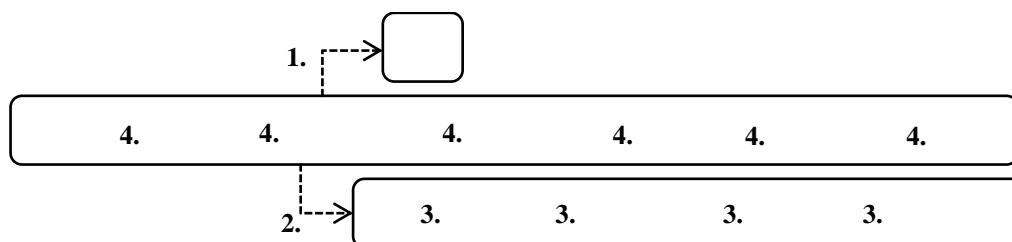
Het uitgangspunt bij deze richtlijnen is met name dat de categorieën handelingen die de intellectuele rechten de rechthebbende voorbehouden (bv. ‘reproducen’ en ‘publiek mededelen’) te verstaan zijn in het licht van ‘consumptieketen’ rond een resultaat van inspanningen. De analyse is meer bepaald dat deze categorieën handelingen te verstaan zijn als verwijzingen naar zintuiglijk waarneembare handelingen, ten aanzien van de manifestaties binnen het object, waarvan het stellen het volgende doet: bepaalde rollen vervullen in het doen ontstaan of voortzetten van ‘consumptieketen’ rond het bescherming motiverende resultaat van inspanningen dat de creatie inhoud van kenmerken die bepaalde bewustzijnsfenomenen verschaffen. In deze analyse verwijst een ‘consumptieketen’ rond een dergelijk resultaat van inspanningen naar een specifieke opeenvolging van zintuiglijk waarneembare *handelingen* op basis van een bepaalde zintuiglijk waarneembare *manifestatie*. Eigen aan de zintuiglijk waarneembare *manifestatie* is met name dat het gaat om een manifestatie waarin de positieve effecten of de vruchten van het resultaat van inspanningen aangewend worden om via dezelfde of gelijkende kenmerken een genot te verschaffen van dezelfde of gelijkende bewustzijnsfenomenen. De eigenheid van de opeenvolgende zintuiglijk waarneembare *handelingen*, op basis van deze manifestatie, die eenzelfde ‘consumptieketen’ uitmaken rond het resultaat van inspanningen is dat al deze handelingen slechts binnen bepaalde limieten een genot toelaten van de bewustzijnsfenomenen die de manifestatie kan verschaffen via de zonet vermelde aanwending van de positieve effecten of de vruchten van het resultaat van inspanningen. Al deze handelingen laten met name slechts een genot toe van deze bewustzijnsfenomenen binnen de volgende referentie-limieten: de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door enkel gebruik te maken van de onveranderde manifestatie die aan de basis ligt van die specifieke ‘consumptieketen’. Handelingen op basis van deze manifestatie die daarentegen een genot toelaten van deze bewustzijnsfenomenen buiten deze referentie-limieten – een genot dus dat onafhankelijk is van de aanwezigheid en het voortbestaan van deze manifestatie – behoren tot een nieuwe, bijkomende ‘consumptieketen’ rond het resultaat van inspanningen. Op basis van een cd kan de ‘consumptieketen’ rond het resultaat van intellectuele arbeid dat geleverd werd bij het componeren van de muziek op de cd, bijvoorbeeld de volgende zintuiglijk waarneembare handelingen omvatten: de cd bezorgen bij een handelaar, de cd verkopen aan een klant, de cd beluisteren op een computer – wat noodzakelijk gepaard gaat met bepaalde duplicaties van de cd in het werkgeheugen – , het verkopen van de cd op een tweedehandsmarkt, etc.. Het dupliceren van de cd op de harde schijf van een computer is daarentegen een voorbeeld van een handeling op basis van de cd die aanleiding geeft tot een nieuwe, bijkomende ‘consumptieketen’ rond het resultaat van intellectuele arbeid dat geleverd werd bij het componeren van de muziek op de cd. De duplicatie op de harde schijf is immers niet afhankelijk van de aanwezigheid en het voortbestaan van de cd om een genot te verschaffen van de muziek.

Een optimale afstelling van de exclusieve bevoegdheid die een intellectueel recht verleent over het object vraagt, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, dan met name dat de bepalingen rond de categorieën voorbehouden handelingen een welbepaalde richtlijn aanhouden. Volgens deze systematiek moeten deze bepalingen erover waken de rechthebbende in het licht van zijn bescherming motiverend resultaat van intellectuele arbeid *enkel*, maar dan wel *steeds*, een exclusieve bevoegdheid te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van manifestaties binnen het object waarvan het stellen het volgende doet: een alternatieve ‘consumptieketen’ doen ontstaan of voortzetten rond dit resultaat van intellectuele arbeid, naast de mogelijke ‘consumptieketens’ rond dit resultaat op basis van welbepaalde incorporaties van dit resultaat, met name op basis van die exacte incorporaties waarrond hij toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht erover. Belangrijk is dat deze richtlijn dus ook vraagt om de rechthebbende geen intellectueelrechtelijke bevoegdheid te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die louter het volgende doen: de ‘consumptieketens’ voortzetten rond zijn bescherming motiverend resultaat van intellectuele arbeid die reeds mogelijk waren op basis van de exacte incorporaties waarrond hij toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht. De redenering achter deze richtlijn gaat direct terug op de redenering achter de ‘ruimtelijke en temporele limieten’-voorwaarde binnen het ‘imitatievoordeel’-criterium.

Voor de toepassing van de richtlijn rond de afbakening van de verleende bevoegdheid, zijn de categorieën voorbehouden handelingen binnen intellectuele rechten, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, dan als volgt te verstaan: als verwijzingen naar vier mogelijke rollen van zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van manifestaties binnen het object, in het doen ontstaan of voortzetten van ‘consumptieketens’ rond het bescherming motiverende resultaat van inspanningen. Het gaat hierbij om vier rollen, uitgaand van de mogelijke ‘consumptieketens’ rond dit resultaat die gebaseerd zijn op specifieke incorporaties ervan, namelijk die incorporaties waarrond de rechthebbende toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht erover. Deze vier mogelijke rollen van zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van de manifestaties binnen het object zijn met name:

- 1.) het doen ontstaan van een nieuwe, alternatieve ‘consumptieketen’ rond het resultaat van inspanningen, die gebaseerd is op een zintuiglijk waarneembare manifestatie die verdwijnt bij de stopzetting van de handeling (bv. door het zingen van een lied)
- 2.) het doen ontstaan van een nieuwe, alternatieve ‘consumptieketen’ rond het resultaat van inspanningen, die gebaseerd is op een zintuiglijk waarneembare manifestatie die bij de stopzetting van de handeling blijft bestaan (bv. door het opnemen van het lied)
- 3.) het voortzetten van een alternatieve ‘consumptieketen’ rond het resultaat van inspanningen met name door het afgeven of gebruiken van een zintuiglijk waarneembare manifestatie waarrond de rechthebbende niet toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht erover (bv. door het verkopen of lezen van exemplaren van een roman die gemaakt en verspreid werden *zonder* de toestemming van de rechthebbende)
- 4.) het voortzetten van de mogelijke ‘consumptieketens’ op basis van de incorporaties waarrond de rechthebbende toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht erover, met name een voortzetting door het afgeven of gebruiken van deze incorporaties (bv.

door het verkopen of lezen van exemplaren van een roman die gemaakt en verspreid werden *met* de toestemming van de rechthebbende)



Concreet vraagt de toepassing van de richtlijn rond de afbakening van de verleende exclusieve bevoegdheid, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, een welbepaalde interpretatie van de categorieën voorbehouden handelingen binnen intellectuele rechten. Deze categorieën voorbehouden handelingen zijn met name steeds zo te interpreteren dat ze er samen voor zorgen dat de rechthebbende altijd een exclusieve bevoegdheid toekomt over zintuiglijk waarneembare handelingen die de zonet vermelde eerste drie rollen vervullen (1.-3.) maar niet over zintuiglijk waarneembare handelingen die de zonet vermelde vierde rol vervullen (4.).

B.3. Ingrijpen rond parasitaire mededinging

Ten slotte, schrijft de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan ook richtlijnen voor om het ingrijpen rond parasitaire mededinging zo af te stellen dat dit ingrijpen in staat is om een optimale bijdrage te leveren tot het vermijden van ‘imitatieoordeel’ rond handenarbeid. Wezenlijk daarbij, volgens deze systematiek, is vooral dat dit ingrijpen enkel tussenkomt rond een handelspraktijk die teruggaat op een kopiëren van een resultaat van inspanningen indien de begeleidende omstandigheden rond de handelspraktijk aangeven dat ze ook gepaard gaat met ‘imitatieoordeel’ ten aanzien van dit resultaat van inspanningen. Vanuit die optiek, is er volgens deze systematiek *enkel* maar dan wel *steeds* op te treden tegen handelspraktijken die het volgende doen: een alternatieve ‘consumptieketen’ doen ontstaan of voortzetten rond dit resultaat van inspanningen, naast de mogelijke ‘consumptieketens’ rond dit resultaat op basis van welbepaalde incorporaties van dit resultaat, met name op basis van die exacte incorporaties waarrond de persoon aan wie dit resultaat van inspanningen toebehoort, toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht erover.

2.3.4. Valabele en noodzakelijke differentiaties binnen het intellectuele eigendomsrecht

De opvattingen rond de taak en de optimale afstelling van het intellectuele eigendomsrecht leiden dan opnieuw tot een analyse rond de valabele en noodzakelijke differentiaties binnen dit ingrijpen. Bij deze valabele en noodzakelijke differentiaties gaat het ook hier om de afzonderlijke beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht die noodzakelijk zijn opdat het intellectuele eigendomsrecht steeds een optimaal ingrijpen paraat zou hebben. Gezien de logica rond de optimale afstelling van het ingrijpen gaat het dus om die beschermingsregelingen die noodzakelijk zijn om passend te kunnen reageren op de volgende feitelijke omstandigheden: 1.) of het gaat om een resultaat van *intellectuele arbeid* dan wel van

handenarbeid, 2.) of de mogelijke toepassingen van het resultaat van inspanningen om kenmerken bepaalde bewustzijnsfenomenen te laten verschaffen *al dan niet gebonden zijn* aan de toepassing van een *concrete vormgeving* en 3.) of het betrokken resultaat van inspanningen toepassing vindt in zintuiglijk waarneembare kenmerken met *een esthetische dan wel een functionele beleving*.

De concrete analyse rond de valabele en noodzakelijke differentiaties is dat het intellectuele eigendomsrecht in wezen enkel die beschermingsregelingen moet omvatten die nodig zijn om een implementatie te geven aan elk van de volgende theoretische modellen:

- (A.) een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’ dat steeds nagaat of door kennis te verklaren gelijkenissen *in concreto* ook gepaard gaan met ‘imitatievoordeel’
- (B.) een intellectueelrechtelijke bescherming op het niveau van het uitgewerkte idee rond resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een esthetische beleving niet gebonden is aan een concrete vormgeving
- (C.) een intellectueelrechtelijke bescherming op het niveau van de vormgeving rond resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een esthetische beleving wel gebonden is aan een concrete vormgeving
- (D.) een intellectueelrechtelijke bescherming op het niveau van het uitgewerkte idee rond resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een functionele beleving niet gebonden is aan een concrete vormgeving
- (E.) een intellectueelrechtelijke bescherming op het niveau van de vormgeving rond resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een functionele beleving wel gebonden is aan een concrete vormgeving

Rond de beschermingsregelingen die de meest correcte implementatie geven aan deze theoretische modellen geldt volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dat ze ook steeds het volgende zullen doen: een bijdrage leveren tot een meer gerechtvaardigde investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht die maximaal de formulerings- en interpretatie-inspanningen overstijgt die ze teweegbrengen binnen het intellectuele eigendomsrecht. Hierbij is op te merken dat deze theoretische modellen zich niet onderscheiden op het vlak van het soort zintuiglijk waarneembare handelingen waarover zij een bevoegdheid verlenen. Volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ is het in wezen steeds aan de orde om *enkel*, maar dan wel *steeds*, een bevoegdheid te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die het volgende doen: een alternatieve ‘consumptieketen’ doen ontstaan of voortzetten rond het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, naast de mogelijke ‘consumptieketens’ rond dit resultaat op basis van welbepaalde incorporaties van dit resultaat, met name op basis van die exacte incorporaties waarrond de persoon aan wie dit resultaat van inspanningen toebehoort, toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht erover.

2.4. Evaluatie

Voor het uitvoerbaar maken van de beoogde comparatieve toetsing rond de theoretisch optimale regeling, krijgt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ de voorkeur op de systematiek rond ‘verdienssten versus tekortkomingen’. Het argument is dat de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ beter in staat is om correcte en voldoende gedetailleerde richtlijnen te bieden rond de relevante, theoretisch optimale regeling van het intellectuele eigendomsrecht.

3. Uitvoeren van de toetsing

Met de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ als leidraad, is het dan mogelijk om de aangewezen comparatieve toetsing uit te voeren met het oog op het beantwoorden van de onderzoeksvraag. Deze systematiek biedt immers de nodige houvast om na te gaan of de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, in vergelijking met de overige beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, al dan niet het volgende doen: nauwer aansluiten bij het referentiepunt van een relevante, theoretisch optimale regeling van het intellectuele eigendomsrecht rond chips, computerprogramma’s of databanken.

Bij de concrete uitvoering van de comparatieve toetsing wordt een selectie doorgevoerd van de overige beschermingsregelingen die door te lichten zijn naast de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken. Het wordt immers niet doelmatig geacht om de toetsing systematisch te laten ingaan op alle overige beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht. Geldige conclusies zijn namelijk ook reeds mogelijk door een geschikte selectie van beschermingsregelingen te onderwerpen aan deze toetsing.

Een eerste overweging is dan dat het niet nodig is de comparatieve toetsing te laten ingaan op overige beschermingsregelingen die manifest een al te grote eigenheid vertonen om rond chips, computerprogramma’s of databanken passend de typische investeringsbescherming te verschaffen die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht (bv. het kwekersrecht en het merkenrecht). Ook zonder de uitvoering van de comparatieve toetsing is immers reeds duidelijk dat deze overige beschermingsregelingen niet nauwer aansluiten bij de relevante, theoretisch optimale regeling rond chips, computerprogramma’s of databanken.

Een tweede overweging is dat het doelmatig is om de uitvoering van de comparatieve toetsing telkens meteen te laten focussen op de overige beschermingsregelingen die, binnen de groep van de overige beschermingsregelingen, de meest correcte implementatie geven van de theoretische modellen die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ als leidraad ziet voor de valabele en noodzakelijke differentiaties binnen het intellectuele eigendomsrecht. De redenering hierbij is dat de vraag of de *sui generis* intellectuele rechten de zinvolle bijdrage leveren waarnaar de onderzoeksvraag peilt uiteindelijk steeds beslist wordt door de volgende vraag: de vraag of deze *sui generis* intellectuele rechten nog nauwer aansluiten bij deze theoretische modellen van valabele en noodzakelijke differentiaties binnen het intellectuele eigendomsrecht dan de overige beschermingsregelingen die de meest correcte implementatie uitmaken van deze modellen.

Op grond van deze twee overwegingen wordt uiteindelijk geopteerd voor een uitvoering van de comparatieve toetsing die de volgende beschermingsregelingen omvat: het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht, het databankenrecht *sui generis*, het octrooirecht, het algemene auteursrecht en het ingrijpen rond parasitaire mededinging.

3.1. Vaststelling van eigenheden

De eerste fase van de uitvoering van de comparatieve toetsing omvat het inventariseren van de relevante eigenheden van de afzonderlijke *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken tegenover de andere beschermingsregelingen binnen deze toetsing. Het gaat hierbij dan met name om dergelijke eigenheden die relevant kunnen zijn in het licht van de richtlijnen die de systematiek rond 'imitatievoordeel' formuleert voor een optimale afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Het is immers in dergelijke eigenheden dat de argumenten te vinden zijn voor het nauwer of minder nauw aansluiten bij de relevante, theoretisch optimale regeling van het intellectuele eigendomsrecht.

De inventarisatie van de relevante eigenheden wordt doorgevoerd vanuit een specifieke focus. In de eerste plaats ligt de focus op het inventariseren van de bijkomende relevante eigenheden van de *sui generis* intellectuele rechten naast de evidente eigenheid dat zij zich toespitsen op resultaten van inspanningen specifiek rond de topografie van halfgeleiders, computerprogramma's, de structuur van databanken of de inhoud van databanken. De aandacht gaat dus vooral uit naar de relevante eigenheden van de regeling die deze *sui generis* intellectuele rechten voorzien rond deze specifieke resultaten van inspanningen. De inventarisatie is met andere woorden vooral gericht op de relevante eigenheden van de aanpak rond deze specifieke resultaten van inspanningen die de *sui generis* intellectuele rechten hanteren op het vlak van: de beschermingsvoorwaarden, het afbakenen van het object en het afbakenen van de verleende bevoegdheid. In de tweede plaats focust de inventarisatie ook op de eigenheden van de voorziene beschermingsregelingen die meer zijn dan een gevolg van de toepassing van specifieke uitzonderingen binnen deze beschermingsregelingen (bv. een specifieke uitzonderingen rond 'reproducen' voor onderwijsdoeleinden). De redenering is dat eigenheden louter op het vlak van specifieke uitzonderingen geen argument kunnen bieden om te staven dat een bijkomende beschermingsregeling in haar geheel een zinvolle bijdrage levert tot een investeringsbescherming door het intellectuele eigendomsrecht 'op maat'. Specifieke uitzonderingen laten zich immers gemakkelijk invoegen en specifiek afbakenen binnen bestaande beschermingsregelingen. Als een investeringsbescherming 'op maat' dus enkel vraagt dat een bestaande beschermingsregeling een specifieke uitzondering voorziet dan is het eigenlijk ook steeds mogelijk om deze uitzonderingen in te passen binnen de bestaande beschermingsregeling. Volgens deze redenering bieden de specifieke uitzonderingen rond 'reverse engineering' binnen het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht dus geen argument om te besluiten dat het bestaan van deze beschermingsregelingen een zinvolle bijdrage levert tot een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht 'op maat' van chips en computerprogramma's.

3.1.1. Toekennen van bescherming

In de eerste plaats wordt nagegaan of de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken relevante eigenheden vertonen bij het toekennen van hun bescherming. Dit houdt een vergelijking in met de relevante overige beschermingsregelingen op het vlak van de vereisten die zij stellen om hun bescherming toe kennen.

A. Databankenrecht *sui generis*

In welke mate het databankenrecht *sui generis* een relevante eigenheid vertoont op het vlak van het toekennen van zijn bescherming hangt af van de gehanteerde interpretaties rond deze beschermingsregeling. In dit verband is vooral rekening te houden met twee uiteenlopende interpretaties. Het gemeenschappelijke uitgangspunt van deze beide interpretaties is dat zowel resultaten van handenarbeid als resultaten van intellectuele arbeid de vereisten kunnen vervullen die het databankenrecht *sui generis* stelt voor het toekennen van zijn bescherming. Dit uitgangspunt is gebaseerd op het feit dat het databankenrecht *sui generis* voor het toekennen van zijn bescherming vereist dat de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van een 'databank' getuigt van een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantiële investering.

Volgens sommige interpretaties is aan te nemen dat het databankenrecht *sui generis* bereid is om zowel bescherming motiverende resultaten van *intellectuele arbeid* als bescherming motiverende resultaten van *handenarbeid* een intellectueelrechtelijke bescherming toe te kennen. In het licht van deze interpretaties vertoont het databankenrecht *sui generis* dan een opmerkelijke, relevante eigenheid. De andere intellectuele rechten die relevant zijn voor de comparatieve toetsing zijn immers enkel bereid om hun intellectueelrechtelijke bescherming toe te kennen indien een bepaald soort resultaat van *intellectuele arbeid* voorligt.

Andere interpretaties daarentegen nemen aan dat de bescherming die het databankenrecht *sui generis* toekent rond bescherming motiverende resultaten van intellectuele arbeid of van handenarbeid, ondanks de formele opbouw van het databankenrecht *sui generis* als intellectueelrechtelijke bescherming, toch te verstaan is als een bescherming die zich richt naar de principes van het ingrijpen rond parasitaire mededinging. Op grond van deze interpretaties is de relevante eigenheid van het databankenrecht *sui generis* dan louter dat het een toepassing van deze principes uitwerkt die toegespitst is op resultaten van inspanningen rond de inhoud van databanken.

B. Chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht

Wat het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht betreft, zijn het eveneens de gehanteerde interpretaties rond deze beschermingsregelingen die bepalen in welke mate zij een relevante eigenheid vertonen op het vlak van het toekennen van hun bescherming. Ook hier zijn vooral twee uiteenlopende interpretaties belangrijk.

Sommige interpretaties verdedigen dat het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht hun bescherming enkel toekennen naar aanleiding van een erg specifiek soort resultaten van intellectuele arbeid rond chips, computerprogramma's of de structuur van databanken. Deze interpretaties nemen aan dat deze *sui generis* intellectuele rechten de toekenning van hun bescherming bewust toespitsen op dergelijke resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een functionele beleving gebonden is aan een concrete vormgeving (bv. de concrete topografie van een halfgeleider, de concrete code van een computerprogramma en de concrete ordening van de binnen een databank opgenomen elementen). Volgens deze interpretaties is daardoor een belangrijke, conceptuele eigenheid toe te schrijven aan deze *sui generis* intellectuele rechten op het vlak van het soort resultaten van intellectuele arbeid dat zij vereisen voor het toekennen van hun bescherming. Deze stelling is daarbij gebaseerd op de observatie dat er binnen de overige intellectuele rechten die relevant zijn voor de comparatieve toetsing in de regel immers weigerachtigheid is om een intellectueelrechtelijke bescherming toe te kennen rond resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een functionele beleving gebonden is aan een concrete vormgeving. De vereisten rond het voorliggen van een 'uitvinding' en rond het vertonen van 'uitvindingswerkzaamheid' zorgen er namelijk voor dat het octrooirecht de toekenning van zijn bescherming veeleer toespitst op het volgende soort resultaten van intellectuele arbeid: resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassingen in kenmerken met een functionele beleving niet gebonden zijn aan de aanwending van een concrete vormgeving maar integendeel aan de aanwending van een 'uitgewerkt idee'. Binnen het auteursrecht wordt het vaak als onwenselijk beschouwd om auteursrechtelijke bescherming te verlenen naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassingen volledig gericht zijn op een andere functie dan het appelleren aan de zin voor esthetiek.

Volgens andere interpretaties daarentegen kennen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht hun bescherming toe rond een breder gamma aan resultaten van intellectuele arbeid rond chips, computerprogramma's of de structuur van databanken. Deze andere interpretaties nemen aan dat deze intellectuele rechten bereid zijn bescherming toe te kennen rond dergelijke resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassingen verband houden met een concrete vormgeving dan wel gebonden zijn aan een voldoende geconcretiseerd idee (bv. de 'look & feel' van een computerprogramma of de kenmerkende organisatie en logica van een computerprogramma). Binnen deze interpretaties is dan niet meteen een bijzondere eigenheid toe te schrijven aan deze *sui generis* intellectuele rechten op het vlak van het toekennen van hun bescherming naast de eigenheid dat ze zich daarbij toespitsen op de zonet omschreven resultaten van intellectuele arbeid specifiek rond chips, computerprogramma's dan wel de structuur van databanken.

3.1.2. Object

In de tweede plaats wordt ook onderzocht of de *sui generis* intellectuele rechten relevante eigenheden vertonen bij de afbakening die zij doorvoeren van het object van de bevoegdheid die zij verlenen. Dit onderzoek vereist een vergelijking met de afbakening die de relevante

overige beschermingsregelingen doorvoeren van de groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties waarover hun ingrijpen een bevoegdheid toekent.

A. Databankenrecht sui generis

De gehanteerde interpretaties rond het databankenrecht *sui generis* bepalen ook in welke mate deze beschermingsregeling een relevante eigenheid vertoont op het vlak van de afbakening van het object. De interpretaties die bepalend zijn in dit verband liggen in het verlengde van de interpretaties die de relevante eigenheid determineren van het databankenrecht *sui generis* op het vlak van het toekennen van bescherming.

Sommige interpretaties verdedigen, zoals besproken, dat het databankenrecht *sui generis* een intellectueelrechtelijke bescherming toekent. Volgens deze interpretaties is aan te nemen dat, indien het databankenrecht *sui generis* een bescherming toekent naar aanleiding van een bescherming motiverende aggregatie-prestatie om tot de verzameling van elementen te komen die een ‘databank’ uitmaakt, de afbakening van het object van de verleende bevoegdheid zich richt naar een specifiek feit. Dit feit is of een zintuiglijk waarneembare manifestatie door kennis te verklaren voldoende gelijkenissen vertoont met de verzameling van databank-elementen die voortvloeit uit de bescherming motiverende aggregatie-prestatie. Van zodra dit feit voorligt, wordt aangenomen dat de manifestatie binnen het object valt. De relevante eigenheid van het databankenrecht *sui generis* is dan met name dat het de test rond door kennis te verklaren voldoende gelijkenissen – een test die kenmerkend is voor een intellectueelrechtelijke bescherming – toepast rond bescherming motiverende resultaten van zowel *intellectuele arbeid* als *handenarbeid*. De andere intellectuele rechten die relevant zijn voor de comparatieve toetsing passen deze test immers enkel toe rond bescherming motiverende resultaten van *intellectuele arbeid*.

Andere interpretaties daarentegen stellen, zoals aangegeven, dat het databankenrecht *sui generis*, ondanks zijn formele opbouw als intellectueelrechtelijke bescherming, uiteindelijk toch een bescherming toekent die zich richt naar de principes van het ingrijpen rond parasitaire mededinging. Volgens deze interpretaties is aan te nemen dat de afbakening van het object van de bevoegdheid die verleend wordt door het databankenrecht *sui generis* zich richt naar een beoordeling van de relevante concrete omstandigheden. Deze beoordeling gaat niet alleen na of een zintuiglijk waarneembare manifestatie door kennis te verklaren voldoende gelijkenissen vertoont met de verzameling van databank-elementen die voortvloeit uit een bescherming motiverende aggregatie-prestatie. Deze beoordeling gaat ook de concrete omstandigheden na rond het vervaardigen van deze gelijkende manifestatie om zo te kunnen bepalen of het vervaardigen van deze manifestatie *in concreto* steunt op zelfstandige inspanningen dan wel op een aanwending van de bescherming motiverende aggregatie-prestatie. Pas als de door kennis te verklaren voldoende gelijkenissen ook blijken te berusten op een aanwending van de bescherming motiverende aggregatie-prestatie valt de manifestatie binnen het object. Volgens deze interpretaties is de relevante eigenheid van het databankenrecht *sui generis* dat het de principes van het ingrijpen rond parasitaire mededinging een uitwerking geeft die toegespitst is op resultaten van inspanningen om tot een verzameling van elementen te komen die een ‘databank’ uitmaakt.

B. Chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht

Ook bij het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht bepalen de gehanteerde interpretaties rond deze beschermingsregelingen in welke mate zij een relevante eigenheid vertonen op het vlak van de afbakening van het object. De interpretaties die bepalend zijn in dit verband liggen opnieuw in het verlengde van de interpretaties die de eigenheid determineren van deze beschermingsregelingen op het vlak van het toekennen van hun bescherming.

Sommige interpretaties nemen, zoals aangegeven, aan dat het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht zich bewust toespitsen op een specifiek soort resultaten van intellectuele arbeid rond chips, computerprogramma's en de structuur van databanken, met name resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassingen in kenmerken met een functionele beleving gebonden zijn aan de aanwending van een concrete vormgeving. In het verlengde van deze interpretaties wordt dan aangenomen dat binnen deze *sui generis* intellectuele rechten de afbakening van het object steeds dient te gebeuren via een test rond door kennis te verklaren voldoende gelijkenissen die doorgevoerd wordt strikt op het niveau van abstractie van de concrete vormgeving. Deze aanpak geldt daarbij als voortzetting van de conceptuele eigenheid van deze *sui generis* intellectuele rechten op het vlak van het soort resultaten van intellectuele arbeid waarrond ze bescherming verlenen.

Binnen andere interpretaties daarentegen geldt, zoals besproken, dat het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht zich toeleggen op een breder gamma aan resultaten van intellectuele arbeid rond chips, computerprogramma's of de structuur van databanken, met name resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassingen verband houden met een concrete vormgeving dan wel gebonden zijn aan een voldoende geconcretiseerd idee. In navolging van deze interpretaties wordt in de regel dan aangenomen dat binnen deze *sui generis* intellectuele rechten de afbakening van het object dient te gebeuren via een test rond door kennis te verklaren voldoende gelijkenissen die doorgevoerd wordt op het niveau van abstractie van de concrete vormgeving of het geconcretiseerde idee, naargelang wat het beste aansluit bij het toepassingsniveau van het concrete, bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid. Deze benadering wordt daarbij dan niet meteen beschouwd als een bijzondere eigenheid van deze intellectuele rechten.

3.1.2. Bevoegdheid

Ten slotte, wordt ook nagegaan of de *sui generis* intellectuele rechten relevante eigenheden vertonen bij de afbakening van de bevoegdheid die zij verlenen over de zintuiglijk waarneembare manifestaties die binnen het object vallen. Dit vraagt een vergelijking met de afbakening die de relevante overige beschermingsregelingen doorvoeren van de bevoegdheid die zij verlenen over een groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties.

A. Chipsrecht

In het geval van het chipsrecht is het moeilijk om vast te stellen in welke mate de bepalingen rond de categorieën voorbehouden handelingen een relevante eigenheid inhouden op het vlak

van de afbakening van de verleende bevoegdheid. Uiteindelijk blijken namelijk te weinig gezaghebbende aanwijzingen beschikbaar te zijn rond de concrete reikwijdte van de categorieën voorbehouden handelingen binnen het chipsrecht. Dit gebrek aan houvast is vooral te wijten aan de uiterst beperkte rechtspraak rond het chipsrecht.

B. Sui generis intellectuele rechten rond computerprogramma's en databanken

Bij het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* zijn het de gehanteerde interpretaties van hun categorieën voorbehouden handelingen die bepalen in welke mate een relevante eigenheid voorligt op het vlak van de afbakening van de verleende bevoegdheid. Ook hier zijn vooral twee interpretaties belangrijk.

Uit de dominante interpretaties volgt dat de *sui generis* intellectuele rechten rond computerprogramma's en databanken een trend ingeleid hebben tot het verlenen van een duidelijk ruimere bevoegdheid aan de rechthebbende. Eigen aan deze *sui generis* intellectuele rechten is volgens deze interpretaties met name dat zij de rechthebbende bewust een bevoegdheid gingen verlenen die zich in beginsel ook kon uitstrekken tot de volgende soort handelingen: zintuiglijke waarneembare handelingen die een louter gebruikmaken of afgeven inhouden van manifestaties binnen het object die met de toestemming van de rechthebbende in het verkeer gebracht werden. Deze trend geldt daarbij als opmerkelijk aangezien dit soort handelingen binnen het octrooirecht en het auteursrecht traditioneel buiten de limieten vielen van de bevoegdheid verleend aan de rechthebbende. Voor de implementatie van deze trend rekenden de *sui generis* intellectuele rechten rond computerprogramma's en databanken, volgens de dominante interpretaties, vooral op hun breed geformuleerde categorieën voorbehouden handelingen 'reproducen' dan wel 'opvragen'. Volgens de dominante interpretaties zijn deze categorieën voorbehouden handelingen namelijk zo ruim dat ze in beginsel een bevoegdheid verlenen over elke duplicatie van manifestaties binnen het object, ook over de tijdelijke duplicaties die er louter toe dienen om deze manifestaties überhaupt via een computer te kunnen gebruiken of via een netwerk van computers te kunnen afgeven aan een andere persoon. De concrete aanpak bestond er volgens de dominante interpretaties dan in om de rechthebbende via de categorieën voorbehouden handelingen 'reproducen' dan wel 'opvragen' een *de facto* controle te geven over het gebruiken en afgeven van manifestaties binnen het object via computers en om de rechthebbende deze controle enkel te ontnemen in specifieke omstandigheden die gedefinieerd zijn door expliciete beperkingen rond deze categorieën voorbehouden handelingen. Deze aanpak zette zich volgens de dominante interpretaties vervolgens ook door binnen het algemene auteursrecht.

Volgens sommige alternatieve interpretaties is het echter fout om aan te nemen dat in de *sui generis* intellectuele rechten rond computerprogramma's en databanken en in het huidige algemene auteursrecht een opmerkelijke verruiming te lezen is van de bevoegdheid verleend aan de rechthebbende. Deze alternatieve interpretaties nemen namelijk aan dat de reikwijdte van de categorieën voorbehouden handelingen binnen deze beschermingsregelingen bepaalde inherente limieten kent die ook gelden binnen de overige relevante beschermingsregelingen. Deze limieten houden in wezen in dat de rechthebbende aan de categorieën voorbehouden handelingen enkel een bevoegdheid kan ontnemen over zintuiglijk waarneembare handelingen

die een bijkomende mogelijkheid doen ontstaan of aanwenden om van het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te genieten, naast de mogelijkheden daartoe die met de toestemming van deze rechthebbende in het verkeer gebracht werden. De impact van deze limieten speelt, volgens deze alternatieve interpretaties, bijvoorbeeld een belangrijk rol bij het afbakenen van de relevante categorieën voorbehouden handelingen ‘reproducieren’ en ‘opvragen’. Volgens deze alternatieve interpretaties is het op grond van deze limieten uitgesloten om aan te nemen dat deze categorieën voorbehouden handelingen ooit een bevoegdheid zouden verlenen over het volgende soort handelingen rond manifestaties binnen het object die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende: handelingen in het kader van het gebruik of de afgifte van deze manifestaties die louter duplicaties van deze manifestaties teweegbrengen die geen bijkomende mogelijkheid bieden om van het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te genieten. In de uitdrukkelijke beperkingen rond de categorieën voorbehouden handelingen ‘reproducieren’ en ‘opvragen’ die betrekking hebben op gebruik en tijdelijke duplicaties lezen deze alternatieve interpretaties een bevestiging van deze limieten van de initiële bevoegdheid verleend aan de rechthebbende. Volgens deze alternatieve interpretaties, vertonen de *sui generis* intellectuele rechten rond computerprogramma’s en databanken dus geen bijzondere eigenheid op het vlak van de bevoegdheid die zij verlenen.

3.2. Evaluatie van eigenheden

De tweede fase van de uitvoering van de comparatieve toetsing is dan een evaluatie van de relevante eigenheden die de eerste fase vaststelde bij de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken. Deze evaluatie gaat na of deze eigenheden een argument bieden om aan te nemen dat deze *sui generis* intellectuele rechten nauwer of minder nauw aansluiten bij de relevante theoretisch optimale regeling van het intellectuele eigendomsrecht rond chips, computerprogramma’s of databanken.

3.2.1. Referentiepunt van de theoretisch optimale regeling

De theoretisch optimale regeling die als concreet referentiepunt fungeert voor het evalueren van de vastgestelde relevante eigenschappen volgt uit de richtlijnen van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’. Bepalend zijn met name de richtlijnen die deze systematiek formuleert rond de theoretische modellen van valabele en noodzakelijke differentiaties binnen het intellectuele eigendomsrecht. De theoretisch optimale regeling die als referentiepunt fungeert voor de afzonderlijke *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s of databanken is namelijk het theoretische model van een dergelijke valabele en noodzakelijke differentiatie dat, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, het beste in staat is om tegelijk twee voorwaarden te vervullen. De eerste voorwaarde is dat het gaat om een theoretisch model waarvan het inderdaad aangewezen is om dit te implementeren rond resultaten van inspanningen die betrekking hebben op chips, computerprogramma’s of databanken. De tweede voorwaarde is dat het de meest zinvolle aanwending vormt van het concrete *sui generis* intellectuele recht rond chips, computerprogramma’s of databanken om zich toe te leggen op het implementeren van dat specifieke theoretische model, rond resultaten van inspanningen die betrekking hebben op chips, computerprogramma’s of databanken.

A. Chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht

In het geval van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht dient de evaluatie zich, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, dan met name te richten naar het volgende model van een valabele en noodzakelijke differentiatie van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht: het model van een intellectueelrechtelijke bescherming op het niveau van de concrete vormgeving rond resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassingen in kenmerken met een functionele beleving gebonden zijn aan een concrete vormgeving. De vaststelling dat dit theoretische model het wenselijke referentiepunt uitmaakt voor de evaluatie steunt op twee overwegingen. De eerste overweging is dat het aangewezen is om rond chips, computerprogramma’s en de structuur van databanken in de implementatie te voorzien van dit theoretische model. Deze analyse gaat daarbij terug op de observatie dat de ontwikkeling van chips, computerprogramma’s en de structuur van databanken, naast mogelijke andere soorten resultaten van inspanningen, geregeld ook resultaten van intellectuele arbeid inhoudt waarvan de toepassing in kenmerken met een functionele beleving gebonden is aan een concrete vormgeving (bv. resultaten van intellectuele arbeid die specifiek gericht zijn op het ontwikkelen van het concrete driedimensionale patroon van schakelcomponenten in een halfgeleider, de concrete beschrijving van de instructies van een computerprogramma in een bron- of doelcode of de concrete weergave van de onderlinge relaties tussen de eigenschappen van de elementen binnen een databank). Geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ stelt zich rond deze resultaten van intellectuele arbeid een risico op ‘imitatievoordeel’ dat zich enkel passend laat neutraliseren via een beschermingsregeling die het theoretische model implementeert van een intellectueelrechtelijke bescherming op het niveau van de concrete vormgeving rond resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassingen in kenmerken met een functionele beleving gebonden zijn aan een concrete vormgeving. De tweede overweging is dan dat het de meest zinvolle aanwending vormt van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht

om zich toe te leggen op de implementatie van dit theoretische model. Uit de mogelijke interpretaties van deze *sui generis* intellectuele rechten blijkt immers dat zij, binnen het intellectuele eigendomsrecht, het beste bestaande aanknopingspunt bieden om dit model te implementeren in de context van chips, computerprogramma's en de structuur van databanken.

B. Databankenrecht sui generis

In het geval van het databankenrecht *sui generis* dient de evaluatie zich, volgens de systematiek rond 'imitatieoordeel', te richten naar het volgende theoretische model van een valabele en noodzakelijke differentiatie van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht: een ingrijpen tegen 'parasitair kopiëren' dat steeds nagaat of door kennis te verklaren gelijkenissen *in concreto* ook gepaard gaan met 'imitatieoordeel'. De vaststelling dat dit theoretische model het wenselijke referentiepunt uitmaakt voor de evaluatie steunt opnieuw op twee overwegingen. De eerste overweging is dat het aangewezen is om rond de inhoud van databanken in de implementatie te voorzien van dit theoretische model. Deze eerste overweging is gebaseerd op de observatie dat de aggregatie-prestatie die leidt tot de verzameling van elementen die een 'databank' uitmaakt heel vaak een resultaat van handenarbeid inhoudt (bv. het invoeren van elementen in het licht van criteria die geen verder denkwerk vragen). Geredeneerd vanuit de systematiek rond 'imitatieoordeel' stelt zich rond deze resultaten van handenarbeid een risico op 'imitatieoordeel' dat zich enkel passend laat neutraliseren aan de hand van een beschermingsregeling die het theoretisch model implementeert van een ingrijpen tegen 'parasitair kopiëren'. De tweede overweging is dan dat de enige zinvolle aanwending van het databankenrecht *sui generis* erin bestaat om zich, ondanks zijn formele opbouw als intellectueelrechtelijke bescherming, toch toe te leggen op de vereiste implementatie van dit theoretische model van een ingrijpen tegen 'parasitair kopiëren'. Enkel zo is het databankenrecht *sui generis*, volgens de systematiek rond 'imitatieoordeel', ook in staat om passend het risico op 'imitatieoordeel' te neutraliseren rond de handenarbeid die vaak nodig is om tot het verzamelde geheel van elementen te komen dat een 'databank' uitmaakt.

3.2.2. Chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht

In de eerste plaats volgt dan een evaluatie van de vastgestelde relevante eigenheden van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht in het licht van de relevante, theoretisch optimale regeling. Deze evaluatie onderzoekt met name in welke mate deze eigenheden aangeven dat deze beschermingsregelingen nauwer of minder nauw aansluiten bij het relevante, theoretische model van een valabele en noodzakelijke differentiatie van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, met name het model van een intellectueelrechtelijke bescherming op het niveau van de concrete vormgeving rond resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassingen in kenmerken met een functionele beleving gebonden zijn aan een concrete vormgeving. Dit onderzoek vormt dan de basis om te beoordelen of aan te nemen is dat het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, geredeneerd vanuit de systematiek rond 'imitatieoordeel', inderdaad het volgende doen: een bijdrage leveren tot een economisch en deontologisch-natuurrechtelijk

meer gerechtvaardigde investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, rond het soort incorporaties van inspanningen waarop ze betrekking hebben, die ook een voldoende hoge bijdrage is om de formulerings- en interpretatie-inspanningen te overstijgen die ze veroorzaken binnen het intellectuele eigendomsrecht. Deze beoordeling vraagt, zoals aangegeven, om deze beschermingsregelingen te analyseren op het vlak van zowel de inhoud als de gehanteerde precisering en differentiatie van hun relevante gedragsvoorschriften.

A. Inhoud van gedragsvoorschriften

Uit de evaluatie blijkt ten eerste dat, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, de relevante gedragsvoorschriften van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, mits een passende interpretatie, een quasi optimale inhoud kunnen hebben. Het blijkt immers mogelijk om de inhoud van deze gedragsvoorschriften zo te interpreteren dat hun eigenheid erin bestaat dat zij een correcte implementatie geven van het model dat, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, het relevante theoretische model uitmaakt van een valabele en noodzakelijke differentiatie van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Het is met name mogelijk om in deze gedragsvoorschriften de implementatie te lezen van het model van een intellectueelrechtelijke bescherming op het niveau van de concrete vormgeving rond resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassingen in kenmerken met een functionele beleving gebonden zijn aan een concrete vormgeving. Geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, betekent dit dat het mogelijk is om deze gedragsvoorschriften zo te interpreteren dat zij een grote bijdrage leveren tot het passend neutraliseren van ‘imitatievoordeel’ en, langs deze weg, dus ook tot een economisch en deontologisch-natuurrechtelijk meer gerechtvaardigde investeringsbescherming.

Bij deze analyse is de voorwaarde rond een passende interpretatie van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht echter niet te onderschatten. Twee punten zijn hierbij belangrijk.

In de eerste plaats stelt een passende interpretatie belangrijke vereisten aan het interpreteren van de bepalingen rond het toekennen van bescherming en de bepalingen rond de afbakening van het object. Deze bepalingen zijn steeds zo te interpreteren dat ze aansturen op een geëigende ‘denkoperatie rond verschillen’ voor de beslissing rond het toekennen van bescherming en op een geëigende ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ voor de afbakening van het object. Bij deze beide denkoperaties is het met name wezenlijk dat ze doorgevoerd worden strikt op het niveau van abstractie van de concrete vormgeving en dat ze gericht zijn op het traceren van daadwerkelijk ‘imitatievoordeel’ rond resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassingen een functionele beleving kennen.

In de tweede plaats stelt de voorwaarde rond een passende interpretatie ook belangrijke vereisten bij het interpreteren van de bepalingen rond de categorieën voorbehouden handelingen binnen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht. Deze bepalingen zijn steeds zo te interpreteren dat deze *sui generis* intellectuele rechten de rechthebbende in het licht van zijn bescherming motiverend resultaat van

intellectuele arbeid *enkel* maar dan wel *steeds* een exclusieve bevoegdheid verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van manifestaties binnen het object waarvan het stellen het volgende doet: een alternatieve ‘consumptieketen’ doen ontstaan of voortzetten rond dit resultaat van intellectuele arbeid, naast de mogelijke ‘consumptieketens’ rond dit resultaat op basis van welbepaalde incorporaties van dit resultaat, met name op basis van die exacte incorporaties waarrond hij toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht erover. Cruciaal is dat dit dus ook vraagt om de bepalingen rond de categorieën voorbehouden handelingen binnen deze *sui generis* intellectuele rechten steeds zo te interpreteren dat zij de rechthebbende geen intellectueelrechtelijke bevoegdheid verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die louter het volgende doen: de ‘consumptieketens’ voortzetten rond zijn bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid die reeds mogelijk waren op basis van de exacte incorporaties waarrond deze rechthebbende toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht erover.

B. Differentiatie en precisering van gedragsvoorschriften

In het licht van de evaluatie is echter ook vast te stellen dat, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, de relevante gedragsvoorschriften van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht geen optimale precisering en differentiatie van gedragsvoorschriften inhouden binnen het intellectuele eigendomsrecht. Op dit punt is er ruimte voor verbetering.

De gehanteerde mate van precisering binnen de relevante gedragsvoorschriften van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht is, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, in wezen correct. Zoals besproken, is de hogere graad van precisering die eigen is aan het ingrijpen van intellectuele rechten, volgens deze systematiek, immers passend met het oog op het vermijden van ‘imitatievoordeel’ rond resultaten van intellectuele arbeid.

Tot op zekere hoogte, zorgen de relevante gedragsvoorschriften van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, ook voor een wenselijke differentiatie van gedragsvoorschriften binnen het intellectuele eigendomsrecht. Geredeneerd vanuit deze systematiek is het, zoals aangegeven, immers wenselijk dat deze gedragsvoorschriften een aanknopingspunt bieden binnen het intellectuele eigendomsrecht voor een implementatie van het theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming op het niveau van de concrete vormgeving rond resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassingen in kenmerken met een functionele beleving gebonden zijn aan een concrete vormgeving.

Het punt van kritiek, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, is echter dat de relevante gedragsvoorschriften van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht een te hoge graad van differentiatie van gedragsvoorschriften teweegbrengen binnen het intellectuele eigendomsrecht. Het houdt immers een onnodige differentiatie van gedragsvoorschriften in om drie afzonderlijke *sui generis* intellectuele rechten in te zetten daar waar, volgens deze systematiek, steeds hetzelfde theoretische model te

implementeren is van een valabele en noodzakelijke differentiatie van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht.

3.2.3. Databankenrecht *sui generis*

In de tweede plaats volgt dan ook een evaluatie van de vastgestelde relevante eigenheden van het databankenrecht *sui generis* in het licht van de relevante, theoretisch optimale regeling. Deze evaluatie onderzoekt eveneens in welke mate deze eigenheden aangeven dat deze beschermingsregeling nauwer of minder nauw aansluit bij het relevante theoretische model van een valabele en noodzakelijke differentiatie van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht: het model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’. Dit onderzoek vormt dan opnieuw de basis om te beoordelen of aan te nemen is dat het concrete databankenrecht *sui generis*, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, inderdaad het volgende doet: een bijdrage leveren tot een economisch en deontologisch-natuurrechtelijk meer gerechtvaardigde investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, rond het soort incorporaties van inspanningen waarop het betrekking heeft, die ook een voldoende hoge bijdrage is om de formulerings- en interpretatie-inspanningen te overstijgen die het veroorzaakt binnen het intellectuele eigendomsrecht. Deze beoordeling vraagt ook hier om deze beschermingsregeling te analyseren op het vlak van zowel de inhoud als de gehanteerde precisering en differentiatie van zijn relevante gedragsvoorschriften.

A. Inhoud van gedragsvoorschriften

De evaluatie geeft ten eerste aan dat het allerm minst vanzelfsprekend is om de inhoud van de relevante gedragsvoorschriften van het databankenrecht *sui generis* zo te interpreteren dat deze voorschriften, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, ook inderdaad een optimale inhoud hebben. Een interpretatie waarin deze voorschriften een dergelijke optimale inhoud hebben, vraagt immers om in te gaan tegen de formele opbouw van het databankenrecht *sui generis* als intellectueel recht.

Volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ is het namelijk geen valabele optie om het databankenrecht *sui generis*, in navolging van zijn formele opbouw als intellectueel recht, ook te interpreteren als een intellectueelrechtelijke bescherming. Het argument is dat een dergelijke interpretatie als intellectueel recht er kan toe leiden dat het databankenrecht *sui generis* rechthebbenden ook een bevoegdheid verleent over zintuiglijk waarneembare manifestaties die geen ‘imitatievoordeel’ inhouden rond hun bescherming motiverende resultaten van handenarbeid. De redenering achter dit argument is dat een interpretatie als intellectueel recht ook inhoudt dat het object van de verleende bevoegdheid afgebakend wordt via een test die afgaat louter op door kennis te verklaren voldoende gelijkenissen ten aanzien van de referentie-incorporaties van het bescherming motiverend resultaat van inspanningen. Aangezien het databankenrecht *sui generis* echter ook bescherming verleent naar aanleiding van resultaten van handenarbeid (bv. de handenarbeid om van deur tot deur te gaan en mensen naar hun e-mail adres te vragen met het oog op het maken van een lijst met de e-mailadressen van

buurtbewoners) is een dergelijke test rond door kennis te verklaren voldoende gelijkenissen, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, echter niet geschikt om de afbakening van het object accuraat af te stellen op het louter vermijden van ‘imitatievoordeel’. Indien de test rond door kennis te verklaren gelijkenissen aangeeft dat een persoon met *kennis* van de kenmerken die een ‘databank’ ontleent aan een bescherming motiverend resultaat van handenarbeid inderdaad tot een voldoende gelijkende verzameling van elementen kwam dan biedt dit feit, volgens deze systematiek, immers nog geen uitsluitel rond de volgende vraag: of deze persoon überhaupt een aanwending maakte van dit resultaat van handenarbeid om tot de gelijkende verzameling van elementen te komen. Om uitsluitel te krijgen rond deze vraag is het volgens deze systematiek namelijk nodig om ook rekening te houden met de concrete omstandigheden rond het vervaardigen van deze gelijkende manifestatie, in het bijzonder de *in concreto* gehanteerde werkwijze (bv. of deze persoon tot een gelijkende lijst met e-mailadressen van buurtbewoners kwam door een cd-rom met de eerdere lijst erop te kopiëren dan wel door zelf de betrokken buurtbewoners te bevragen). Deze belangrijke toetsing rond de concrete omstandigheden dreigt echter achterwege te blijven indien de afbakening van het object binnen het databankenrecht *sui generis* inderdaad gebeurt via de test rond door kennis te verklaren gelijkenissen die eigen is aan intellectuele rechten. Bij de toepassing van deze test binnen het databankenrecht *sui generis* is er dus concreet het gevaar dat zintuiglijk waarneembare manifestaties tot het object gerekend worden die weliswaar, door kennis te verklaren voldoende gelijkenissen vertonen maar *in concreto* geen aanwending inhouden van het bescherming motiverende resultaat van inspanningen en dus al evenmin een risico inhouden op ‘imitatievoordeel’.

De enige valabele optie bij het interpreteren van het databankenrecht *sui generis* is, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ om deze beschermingsregeling, ondanks zijn formele opbouw als intellectueel recht, te interpreteren als een implementatie van het theoretisch model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’. Het argument is dat enkel deze interpretatie aanstuurt op een afbakening van het object die ook accuraat ‘imitatievoordeel’ traceert rond de resultaten van handenarbeid waarrond het databankenrecht *sui generis* bescherming toekent. Enkel deze interpretatie stuurt immers consequent aan op een analyse van de concrete omstandigheden rond een zintuiglijk waarneembare manifestatie die een door kennis te verklaren voldoende gelijkenis vertoont met de verzameling van elementen van een ‘databank’ die voortvloeit uit een bescherming motiverende aggregatie-prestatie. Enkel deze interpretatie biedt dus een duidelijk aanknopingspunt om bij de afbakening van het object steeds te toetsen of de door kennis te verklaren voldoende gelijkenissen van de manifestatie *in concreto* voortvloeien uit zelfstandige inspanningen dan wel uit een aanwending van de bescherming motiverende aggregatie-prestatie. Dit is belangrijk want enkel als blijkt dat deze manifestatie inderdaad een dergelijke aanwending inhoudt, houdt deze manifestatie ook een risico op ‘imitatievoordeel’ in rond de bescherming motiverende aggregatie-prestatie.

Uiteindelijk is het echter geen onoverkomelijke moeilijkheid om de relevante gedragsvoorschriften van het databankenrecht *sui generis* alsnog passend te interpreteren, dit wil zeggen zo te interpreteren dat ze, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, toch een wenselijke inhoud hebben. De formele opbouw van het databankenrecht *sui generis* als

intellectueel recht maakt het immers niet onmogelijk om deze gedragsvoorschriften alsnog te interpreteren als een correcte implementatie van het theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’.

In de eerste plaats vraagt een passende interpretatie een specifieke interpretatie van de beschermingsvoorwaarde die het databankenrecht *sui generis* stelt rond het voorliggen van een substantiële investering. Een passende interpretatie vraagt om deze beschermingsvoorwaarde te verstaan als een *de minimis* vereiste. Het argument is dat op die manier elke aggregatieprestatie rond een verzameling van elementen die een databank uitmaakt ook de bescherming kan genieten die het databankenrecht *sui generis* biedt tegen daadwerkelijk ‘imitatievoordeel’.

In de tweede plaats vraagt een passende interpretatie ook om een geëigende interpretatie van de bepalingen rond de afbakening van het object van de bevoegdheid verleend aan de rechthebbende. Deze bepalingen zijn zo uit te leggen dat een manifestatie pas binnen het object valt indien blijkt dat de door kennis te verklaren voldoende gelijkenissen ervan met de verzameling van elementen binnen een databank die voortvloeit uit een bescherming motiverende aggregatieprestatie, gelijkenissen zijn die *in concreto* volgen uit een aanwending van deze aggregatieprestatie en niet uit zelfstandige inspanningen.

Ten slotte, vraagt een passende interpretatie ook een specifieke uitlegging van de bepalingen rond de categorieën voorbehouden handelingen binnen het databankenrecht *sui generis*. Deze bepalingen zijn steeds zo te interpreteren dat deze beschermingsregeling de rechthebbende in het licht van zijn bescherming motiverende aggregatieprestatie *enkel* maar dan wel *steeds* een exclusieve bevoegdheid verleent over zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van de manifestaties binnen het object waarvan het stellen het volgende doet: een alternatieve ‘consumptieketen’ doen ontstaan of voortzetten rond dit resultaat van inspanningen, naast de mogelijke ‘consumptieketens’ rond dit resultaat op basis van welbepaalde incorporaties van dit resultaat, met name op basis van die exacte incorporaties waarrond hij toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht. Cruciaal is dat dit dus ook hier vraagt om de bepalingen rond de categorieën voorbehouden handelingen binnen deze beschermingsregeling steeds zo te interpreteren dat zij de rechthebbende geen intellectueelrechtelijke bevoegdheid verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die louter het volgende doen: de ‘consumptieketens’ voortzetten rond zijn bescherming motiverende aggregatieprestatie die reeds mogelijk waren op basis van de exacte incorporaties waarrond deze rechthebbende toestemde in een afstand van zijn feitelijke macht erover.

B. Differentiatie en precisering van gedragsvoorschriften

Bij de evaluatie is bovendien ook vast te stellen dat, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, de relevante gedragsvoorschriften van het databankenrecht *sui generis* geen optimale precisering en differentiatie van gedragsvoorschriften inhouden binnen het intellectuele eigendomsrecht. Deze gedragsvoorschriften scoren erg slecht op dit punt.

In de eerste plaats geldt, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, dat het moeite vraagt om de correcte graad van precisering te lezen in de relevante gedragsvoorschriften van het databankenrecht *sui generis*. De formele opbouw van het databankenrecht *sui generis* als intellectueel recht stuurt, zoals aangegeven, immers aan op een interpretatie waarin deze gedragsvoorschriften de hoge graad van precisering hanteren die eigen is aan intellectuele rechten (bv. bij de afbakening van het object via de test rond door kennis te verklaren voldoende gelijkenissen). Zoals reeds uitgelegd, is het echter nodig om aan te nemen dat deze gedragsvoorschriften het theoretisch model van een ingrijpen rond ‘parasitair kopiëren’ implementeren. Dit vraagt dus ook om aan te nemen dat ze de lagere graad van precisering hanteren die eigen is aan dit ingrijpen (bv. een afbakening van het object in het licht van een beoordeling van de concrete omstandigheden).

Daarnaast volgt uit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dat een wenselijke interpretatie van de inhoud van de relevante gedragsvoorschriften van het databankenrecht *sui generis* onvermijdelijk een onnodige differentiatie van gedragsvoorschriften inhoudt binnen het intellectuele eigendomsrecht. Een wenselijke interpretatie van deze gedragsvoorschriften vraagt, zoals aangegeven, immers om het databankenrecht *sui generis* het theoretische model te laten implementeren van een ingrijpen rond ‘parasitair kopiëren’. Dit theoretische model van een valabele en noodzakelijke differentiatie van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht laat zich echter reeds correcter implementeren via het ingrijpen rond ‘parasitaire mededinging’. Vanuit die optiek is het dus onnodig dat het databankenrecht *sui generis* ook nog eens ditzelfde model implementeert.

4. Conclusie

De uitvoering van de comparatieve toetsing laat dan uiteindelijk een antwoord toe op de onderzoeksvraag. De uitvoering van deze toetsing laat namelijk een antwoord toe op de vraag of de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, vanuit normatief juridisch oogpunt, inderdaad een zinvolle bijdrage leveren tot een investeringsbescherming door het intellectuele eigendomsrecht ‘op maat’ van chips, computerprogramma’s en databanken.

Rond het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht valt het antwoord op de onderzoeksvraag overwegend positief uit. Het antwoord luidt dat aannemelijk is dat deze beschermingsregelingen, mits een passende interpretatie, een zinvolle bijdrage toe te schrijven is tot een investeringsbescherming door het intellectuele eigendomsrecht ‘op maat’ van chips, computerprogramma’s en de structuur van databanken. Een passende

interpretatie verwijst daarbij naar een interpretatie die gericht is op het correct implementeren van het theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming op het niveau van de vormgeving rond resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassingen in kenmerken met een functionele beleving gebonden zijn aan de toepassing van een concrete vormgeving. Wat de doorslag geeft voor deze overwegend positieve beoordeling van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht is de overweging dat deze *sui generis* intellectuele rechten een erg zinvolle bijdrage toe te schrijven is tot een investeringsbescherming ‘op maat’ op grond van het intellectuele eigendomsrecht. Deze overweging steunt daarbij op de analyse dat deze *sui generis* intellectuele rechten een aanknopingspunt bieden voor een noodzakelijk soort intellectueelrechtelijke investeringsbescherming die anders dreigt te ontbreken binnen het intellectuele eigendomsrecht. Het punt van kritiek is echter dat het enkel onnodige formulerings- en interpretatie-inspanningen veroorzaakt om drie afzonderlijke *sui generis* intellectuele rechten in te zetten daar waar in wezen telkens dezelfde soort intellectueelrechtelijke investeringsbescherming gevraagd is.

Rond het databankenrecht *sui generis* daarentegen valt het antwoord op de onderzoeksvraag overwegend negatief uit. Het antwoord is dat sterk te betwijfelen is of deze beschermingsregeling een zinvolle bijdrage toe te schrijven is tot een investeringsbescherming door het intellectuele eigendomsrecht ‘op maat’ van de inhoud van databanken. Dit antwoord steunt op de analyse dat een belangrijke herinterpretatie nodig is van het databankenrecht *sui generis* opdat deze beschermingsregeling inderdaad een wenselijke investeringsbescherming zou verschaffen rond de inhoud van databanken. Voor een dergelijke wenselijke investeringsbescherming wordt het met name nodig geacht om het databankenrecht *sui generis* zo te interpreteren dat het in wezen dezelfde soort investeringsbescherming nastreeft als het ingrijpen rond ‘parasitaire mededinging’. Het is op basis van die vaststelling dat dan sterk betwijfeld wordt of het databankenrecht *sui generis* inderdaad een bijdrage toe te schrijven is tot een investeringsbescherming ‘op maat’ van de inhoud van databanken die ook de formulerings- en interpretatie-inspanningen overstijgt die gepaard gaan met deze beschermingsregeling.

“De wenselijkheid van de investeringsbescherming geboden door de sui generis intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken”

Inleiding

De komst van geautomatiseerde, digitale dataverwerking door middel van computers bracht belangrijke veranderingen teweeg. Dit zorgde voor ongekeerde en waardevolle mogelijkheden om gegevens te beheren en ter beschikking te stellen¹.

Om passend te reageren op de ontwikkelingen rond geautomatiseerde, digitale dataverwerking, achtten wetgevers het in de jaren 1980 tot 1990 nodig om de bestaande beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht uit te breiden met ‘*sui generis*’ intellectuele rechten, dit wil zeggen intellectuele rechten ‘van een eigen soort’². In sommige van deze gevallen, profileerden de betrokken wetgevers uitdrukkelijk het *sui generis* karakter van de betrokken intellectuele rechten. Dit was bijvoorbeeld het geval bij de intellectueelrechtelijke bescherming rond chips en bij het databankenrecht *sui generis* rond de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken. De formele classificatie of het uitdrukkelijk aanhalen van de kwalificatie *sui generis*, zijn volgens ons echter niet de gepaste criteria om het betrokken fenomeen te vatten³. Een criterium dat zich richt naar de inhoud van de geïntroduceerde beschermingsregelingen is hier meer op zijn plaats. In die zin is naar onze mening aan te nemen dat de introductie van dergelijke *sui generis* intellectuele rechten zich voordeed telkens wanneer zich het volgende voordeed: de introductie van een omvattende, intellectueelrechtelijke beschermingsregeling die divergeerde van de bestaande beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht om zo een bescherming ‘op maat’ na te streven van een bepaalde categorie incorporaties van inspanningen⁴. Volgens dit

¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: V. MILLER, *Understanding digital culture*, Los Angeles, SAGE Publications, 2011, p. 20 (“*Digital databases can provide an almost infinite set of possibilities for the retrieval, filtering and organisation of data.*”); J. SERRAO, M. DIAS en J. DELGADO, “Using service-oriented architectures towards rights management interoperability.” in T. SOBH (ed.), *Innovations and advanced techniques in computer and information sciences and engineering*, Dordrecht, Springer, 2007, p. 519 (“*This digital information revolution has influenced decisively the way content is created, captured, modified and used.*”) en R. LEWIS en S. LEWIS, *The power of art*, Belmont, Thomson Wadsworth, 2009, p. 133 (“*The Computer Age has changed so much in our world; it is not surprising that it has changed the art world as well.*”). Vergelijk echter ook: R. MERGES, *Justifying Intellectual Property*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2011, p. 24 (“*Scholars of the digital era have preached that ‘the Internet changes everything,’ and indeed there have been huge changes in the way creative works are delivered to people, and in the things people can do with them once they have them. But the new technologies of dissemination have not changed one important fact: creative works still require effort, and (in many cases) a projection of the individual will, or personality.*”).

² Zie bijvoorbeeld SAMUELSON, die aanneemt dat ‘*sui generis*’ zoveel betekent als “*Of its own kind of class; i.e., the only one of its own kind; peculiar.*” P. SAMUELSON, “Creating a New Kind of Intellectual Property: Applying the Lessons of the Chip Law to Computer Programs”, *Minnesota Law Review* 1985-1986, p. 471, voetnoot 2.

³ In dezelfde zin bijvoorbeeld: BRISON en TRIALLE die schrijven dat het principe van een assimilatie van computerprogramma’s aan werken van letterkunde, vooral een strategisch doel had, namelijk dat computerprogramma’s internationale bescherming zouden verdienen op grond van de Conventie van Bern. F. BRISON en J.-P. TRIALLE, “La nouvelle loi sur la protection des programmes d’ordinateur, dans le sillage de la loi sur le droit d’auteur”, *J.T.* 1995, p. 143. Vergelijk op dit punt ook BERGER, die stelt: “*Der Rückgriff der Datenbank-Richtlinie auf das Urheberrecht ist nicht sachlich begründet, sondern nur vor dem Hintergrund internationaler Verträge zu verstehen.*” C. BERGER, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach der EG-Richtlinie vom 11. 3. 1996”, *GRUR* 1997, p. 173.

⁴ Vergelijk op dit vlak de typering van de kwalificatie ‘*sui generis*’ bij intellectuele rechten en beschermingsregimes bij bijvoorbeeld: KARJALA, die schrijft: “*During this period, numerous sui generis statutes have been adopted (and many more have been proposed), designed to give protection to specific subject matters*

criterium menen wij dat in België, in de jaren 1980 tot 1990, als reactie op de komst van geautomatiseerde, digitale dataverwerking, achtereenvolgens *sui generis* intellectuele rechten geïntroduceerd werden rond chips, computerprogramma's en databanken.

In het geval van het intellectuele recht rond chips of 'topografieën van halfgeleiders' werd daarbij vrij duidelijk geopteerd voor de introductie van een *sui generis* intellectueel recht. De Europese Richtlijn Chips⁵, de directe aanzet voor de Belgische wetgeving, liet nochtans in het midden of de omzetting van de uitgewerkte beschermingsregeling 'op maat' van 'topografieën van halfgeleiders', diende te gebeuren binnen een *sui generis* intellectueel recht of op grond van bestaande beschermingsregimes⁶. De Amerikaanse Semiconductor Chip Protection Act⁷, wereldwijd de eerste wetgeving rond chips, had eerder echter al de trend gezet om rond chips een *sui generis* intellectueel recht te voorzien. In navolging van dit Amerikaanse voorbeeld⁸ opteerte de Belgische wetgever er dan ook voor om een *sui generis* intellectueel recht te introduceren rond chips, binnen op zichzelf staande wetgeving⁹. Ook de wetgevers van vele andere Europese lidstaten kozen voor een *sui generis* intellectueel recht rond chips dat vervat lag binnen op zichzelf staande wetgeving¹⁰. Het *sui generis* karakter van de

that arguably did not fit within either of the two major intellectual property paradigms." D. KARJALA, "Distinguishing Patent and Copyright Subject Matter", *Connecticut Law Review* 2003, p.440; DEPOORTER, die spreekt van "*sui generis or special purpose intellectual property laws*" B. DEPOORTER, "The Several Lives of Mickey Mouse: The Expanding Boundaries of Intellectual Property Law", *Virginia Journal of Law & Technology* 2004, p.7; WESTKAMP, die "*sui generis protection*" impliciet typeert als "*it allows a bespoke solution to specific problem[s]*." G. WESTKAMP, "Convergence of Intellectual Property Rights and the Establishment of 'Hybrid' Protection under TRIPs", te raadplegen op: www.copyright.bbk.ac.uk/contents/publications/workshops/theme2/westkamp.pdf, p. 5 (laatst geraadpleegd op 23 maart 2009); JÄNICH, die met betrekking tot "*protection by means of a new sui generis property right*" schrijft: "*This could differ from patent law in terms of the content of protection, for instance the protected period, and could be adjusted closely to the existing need for protection*". V. JÄNICH, "Sui Generis Rights for Business Methods", *IIC* 2004, p. 391.

⁵ De bescherming voor topografieën van halfgeleiderproducten volgt voor de Lidstaten van de Europese Gemeenschap uit Richtlijn (EEG) nr. 54/87 van de Raad van 16 december 1986 betreffende de rechtsbescherming van topografieën van halfgeleiderproducten, *P.B. L* 24 van 27 januari 1987, p. 36-40 (Hierna: Richtlijn Chips); Deze richtlijn werd in België aanvankelijk omgezet door de Wet van 10 januari 1990 betreffende de rechtsbescherming van topografieën van halfgeleiderproducten, *B.S.* 26 januari 1990, 1093, erratum: *B.S.*, 23 februari 1990, 3394 (Hierna: Chipswet). Later werden de bepalingen van deze wet opgenomen in het Wetboek van Economisch Recht van 28 februari 2013, *BS* 29 maart 2013, p. 19975 (Hierna: WER).

⁶ Het oorspronkelijke Voorstel Richtlijn Chips had het nog over "*de bescherming van oorspronkelijke topografieën van halfgeleiderproducten op grond van het auteursrecht of van een specifieke vorm van bescherming*". Zie: Europese Commissie, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van topografieën van halfgeleiderproducten, COM (85) 775 def., Brussel, 12 april 1989; *P.B. C* 360 van 31 december 1985, p. 15. Zie in dit verband bijvoorbeeld: H. COHEN JEHORAM, De niet-harmoniserende Europese Richtlijn en het Nederlandse wetsontwerp chipsbescherming, *NJB* 1987, p. 505; In de uiteindelijke Richtlijn Chips komt de vermelding van een dergelijke keuzemogelijkheid rond een bescherming met betrekking tot chips op grond van het auteursrecht of van een specifieke vorm van bescherming niet meer voor, evenmin als enige andere typering van de aard van de beschermingsregeling voor chips. Artikel 2.1. Richtlijn Chips stelt met name enkel: "*De Lid-Staten beschermen topografieën van halfgeleiderproducten door middel van wettelijke bepalingen waarbij exclusieve rechten worden verleend overeenkomstig het bepaalde in deze richtlijn.*".

⁷ Semiconductor Chip Protection Act van 8 november 1984, *Pub. L. No. 98-620, tit. III, 98 Stat. 3347* (Ingevoegd in §§ 901-914 binnen Titel 17 United States Code, Hoofdstuk 9).

⁸ Met betrekking tot de 'voorbeeldfunctie' van de Amerikaanse Semiconductor Chip Protection Act voor alle latere (ontwerp)teksten rond de intellectueelrechtelijke bescherming van chips, zie bijvoorbeeld: H. COHEN JEHORAM, "De niet-harmoniserende Europese Richtlijn en het Nederlandse wetsontwerp chipsbescherming", *NJB* 1987, p.502; Ontwerp van wet betreffende de rechtsbescherming van topografieën van halfgeleiderproducten van 25 juli 1989, *Parl. St. Senaat* 1988-1989, nr 762-1, p. 1 e.v..

⁹ Belgische Wet van 10 januari 1990 betreffende de rechtsbescherming van topografieën van halfgeleiderproducten, *B.S.* 26 januari 1990, 1093.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld: de Nederlandse "*Wet van 28 oktober 1987, houdende regelen inzake de bescherming van oorspronkelijke topografieën van halfgeleiderproducten*", *Stb.* 1987, 485 (Hierna: Nederlandse Chipswet); het Duitse "*Gesetz vom 22. Oktober 1987 über den Schutz der Topographien von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen*", *BGBI. I* p. 2294 (Hierna: Duitse Chipswet) en de Franse "*Loi n°87-890 du 4 novembre 1987 relative à la protection des topographies de produits semi-conducteurs et à l'organisation de l'Institut national*

geïntroduceerde intellectuele rechten rond chips, blijkt daarbij dan met name uit de volgende elementen: in de betrokken regelgeving werd telkens een omvattende, intellectueelrechtelijke beschermingsregeling geïntroduceerd naast de bestaande beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, met als argument dat een divergentie tegenover deze bestaande beschermingsregelingen nodig was om een aangewezen inhoudelijke beschermingsregeling uit te werken ‘op maat’ van chips¹¹. Het *sui generis* karakter van het geïntroduceerde intellectuele recht rond chips, vormde op zijn beurt dan telkens het argument om aan te nemen dat dit intellectuele recht buiten het toepassingsgebied en de verplichtingen valt van de grote, multilaterale verdragen rond intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging¹².

de la propriété industrielle” *JORF* 5 november 1987, 12920 (Later opgenomen in een afzonderlijk hoofdstuk rond “produits semi-conducteurs”, van de “Code de la propriété intellectuelle”, met name in de de artikelen L622-1 tot en met L 622-7 Code de la propriété intellectuelle (loi n° 92-597 du 1er Juillet 1992)). In bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk werd aanvankelijk geopteerd voor een op zichzelf staande wetgeving rond de bescherming van chips (“*The Semiconductor Products (Protection of Topography) Regulations 1987*” van 20 augustus 1987, *S.I.* 1987 No. 1497) maar werd later echter besloten om in een koppeling te voorzien tussen de wetgeving rond de bescherming van chips en de regeling rond het “*Design Right*” binnen de *Copyright, Designs and Patents Act 1988* (Zie: “*The Design Right (Semiconductor Topographies) Regulations 1989*” van 29 juni 1989, *S.I.* 1989 No. 1100); Voor een uitgebreide bespreking van de verhouding tussen de “*The Design Right (Semiconductor Topographies) Regulations 1989* en de *Copyright, Designs and Patents Act 1988* verwijzen we hier naar A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 29 e.v.).

¹¹ Zie bijvoorbeeld: House Report of 1984 van 15 mei 1984, H.R. Rep. No. 781, 98th Cong., 2nd Sess. 1984, 1984 U.S.C.C.A.N. (p.5750), p. 5735, (Hierna: ‘House Report on the Semiconductor Chip Protection Act’) (“*Protection of semiconductor chip products by a sui generis approach, rather than through extension of Copyright Act to admittedly utilitarian objects, carries with it a number of benefits in addition to providing requisite protection.*”). Vergelijk ook de overwegingen rond de eigenheden van chips in bijvoorbeeld: Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van topografieën van halfgeleiderproducten, COM (85) 775 def., Brussel, 12 april 1989; *PB C* 360 van 31 december 1985, p. 14, eerste overweging en Belgische Senaat, Ontwerp van wet betreffende de rechtsbescherming van topografieën van halfgeleiderproducten van 25 juli 1989, *Parl. St.* Senaat 1988-1989, nr 762-1, p. 6 e.v.. Naast de specifieke bepaling van het object, topografie van een halfgeleiderproduct in art 1, a) en b) Richtlijn Chips, ziet de rechtsleer het *sui generis* karakter van de beschermingsregeling rond chips daarbij, in het bijzonder in de criteria voor het toekennen van bescherming van art 2.2. Richtlijn Chips (Zie in die zin bijvoorbeeld: H. VANHEES, "Het Belgische sui generis beschermingsregime voor chips: een nieuw industrieel eigendomsrecht", *R.W.* 1989-1990, p.1276), de uitzondering op de exclusieve rechten in art 3 en 4 Richtlijn Chips, met betrekking tot de analyse en evaluatie van beschermde topografieën (Zie in die zin bijvoorbeeld: T. DREIER, "Development of the Protection of Semiconductor Integrated Circuits", *IIC* 1988, p. 460 e.v.) en, tenslotte, de uitzondering op de exclusieve rechten in art 5.6. Richtlijn Chips, ten voordele van de persoon, die te goeder trouw een halfgeleiderproduct verwerft dat een beschermde topografie incorporeert (Zie in die zin bijvoorbeeld: A. MEIJBOOM, "Das niederländische Gesetz über den Schutz von Halbleitertopographien", *GRURInt* 1988, p.928 e.v.).

¹² Zie: Titel 17, Hoofdstuk 9, § 914 United States Code en ‘House Report on the Semiconductor Chip Protection Act’, p. 5756; Art. 3, lid 7-8 en Artikel 10, lid 2 Richtlijn Chips. Vergelijk ook bijvoorbeeld: Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van topografieën van halfgeleiderproducten, COM (85) 775 def., Brussel, 12 april 1989; *PB C* 360 van 31 december 1985, p. 14. Wat concrete regelingen betreft op dit vlak zie bijvoorbeeld: art. XI.324.-XI.326. WER (oud art. 6-8 Chipswet) en §2, lid 6 Duitse Chipswet. Met betrekking tot de verhouding tussen de Amerikaanse Semiconductor Chip Protection Act en grote multilaterale verdragen rond intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging zie bijvoorbeeld: R. KASTENMEIER en M. REMINGTON, *The Semiconductor Chip Protection Act of 1984: A Swamp or Firm Ground?*, *Minn. L. Rev.* 1985-1986, p. 461 e.v en H. COHEN JEHORAM, *De niet-harmoniserende Europese Richtlijn en het Nederlandse wetsontwerp chipsbescherming*, *NJB* 1987, p.503 e.v... Met betrekking tot de verhouding tussen de intellectueelrechtelijke bescherming van chips en deze grote multilaterale verdragen rond intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging, zie bijvoorbeeld: T. DREIER, "Development of the Protection of Semiconductor Integrated Circuits", *IIC* 1988, p. 446 en 452; M. FLAMÉE en H. VANHEES, "Une Approche Européenne de la protection des "chips", *R.I.D.E.* 1989, p. 83 (Deze auteurs maken met name de analyse dat de Chipsrichtlijn de vraag rond de verhouding van de intellectueelrechtelijke bescherming rond chips en de grote multilaterale verdragen rond het intellectuele eigendomsrecht ‘ontwijkt’ en doorspeelt naar de Lidstaten).

Bij de intellectueelrechtelijke bescherming rond ‘computerprogramma’s’, het computerprogramma-auteursrecht, werd volgens ons eveneens een *sui generis* intellectueel recht geïntroduceerd¹³, zij het op veel subtielere wijze. Het is hierbij de Richtlijn Computerprogramma’s die de concrete aanzet gaf tot deze meer subtielere introductie van een *sui generis* intellectueel recht¹⁴. De Richtlijn Computerprogramma’s deed dit met name door tegelijk twee dingen te doen. Enerzijds zoekt de Richtlijn Computerprogramma’s uitdrukkelijk aansluiting bij het toepassingsgebied en de verplichtingen van de Conventie van Bern rond auteursrechtelijk beschermde werken van letterkunde en kunst¹⁵. Anderzijds stellen we echter vast dat de Richtlijn Computerprogramma’s, binnen de grenzen om aansluiting te kunnen vinden bij de Conventie van Bern¹⁶, een omvattende beschermingsregeling uitwerkte¹⁷ ‘op maat’ van computerprogramma’s¹⁸, waaruit andere beleidskeuzes spraken als de beleidskeuzes, die golden binnen het toenmalige, traditionele auteursrecht¹⁹.

¹³ In dezelfde zin, de analyse bij: A. STROWEL, "La loi belge du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur: vers un droit d'auteur *sui generis*?", *R.I.D.A.* 1995, p.173 e.v.. Vergelijk ook: HUGENHOLTZ, die de intellectueelrechtelijke bescherming van computerprogramma’s catalogeert onder ‘divergentie’ in de vorm van “*tailor made regimes*” binnen de bestaande intellectuele rechten. P. HUGENHOLTZ, “Convergence and Divergence in Intellectual Property Law: The Case of the Software Directive” in W.F. KORTHALS ALTES, E.J. DOMMERING, P.B. HUGENHOLTZ, J.J.C. KABEL (eds.), *Information Law towards the 21st Century*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 319.

¹⁴ De bescherming voor computerprogramma’s volgt voor de Lidstaten van de Europese Gemeenschap uit Richtlijn (EEG) nr 250/91 van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *P.B. L* 122 van 17 mei 1991, p. 42-46 (Hierna: Richtlijn Computerprogramma’s). Deze richtlijn werd in België aanvankelijk omgezet door de Wet houdende omzetting in Belgisch recht van de Europese richtlijn van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *B.S.* 27 juli 1994, 19315 (Hierna: Wet Computerprogramma’s). Later werden de bepalingen van deze wet opgenomen in het Wetboek van Economisch Recht van 28 februari 2013, *BS* 29 maart 2013, p. 19975 (Hierna: WER).

¹⁵ Art. 1 Richtlijn Computerprogramma’s bepaalt in dit verband met name: “*Overeenkomstig deze richtlijn worden computerprogramma's door de Lid-Staten auteursrechtelijk beschermd als werken van letterkunde in de zin van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst.*”. Zie ook art. XI.294. WER (oud art 1 Wet Computerprogramma’s) dat voorschrijft: “*Overeenkomstig het bepaalde in Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's worden computerprogramma's, het voorbereidend materiaal daaronder begrepen, auteursrechtelijk beschermd en gelijkgesteld met werken van letterkunde in de zin van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst.*”.

¹⁶ In de Overwegingen bij de Richtlijn Computerprogramma’s luidt het in dit verband uitdrukkelijk: “*Overwegende dat, om in overeenstemming te blijven met de bepalingen van de Berner Conventie tot bescherming van literaire en artistieke werken, de bescherming zal worden verleend gedurende het leven van de auteur en voor de duur van vijftig jaren te rekenen vanaf 1 januari van het jaar volgend op diens dood, of in het geval van een anoniem werk of een werk onder pseudoniem voor de duur van vijftig jaren te rekenen vanaf 1 januari van het jaar volgend op dat waarin het werk voor het eerst is gepubliceerd;*”. Art 8 Richtlijn Computerprogramma’s voorziet daarom in een beschermingsduur van, in beginsel, vijftig jaar na het overlijden van de langstlevende maker van het computerprogramma. Voor de kritiek dat deze beschermingsduur niet passend is met betrekking tot computerprogramma’s, zie bijvoorbeeld: M. LEHMANN, “Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen”, *GRURInt* 1991, p. 335.

¹⁷ De Richtlijn Computerprogramma’s kan in haar overwegingen dan wel stellen dat ze slechts in een beperkte regeling voorziet rond computerprogramma’s, zoals de betrokken overweging echter zelf aangeeft omvat deze ‘beperkte’ regeling wel: “*voorschriften waarin wordt geregeld wie en wat moet worden beschermd, op grond van welke exclusieve rechten beschermde personen hun toestemming voor bepaalde handelingen kunnen verlenen of deze kunnen verbieden, alsmede de duur van de bescherming;*”.

¹⁸ Zie in dit verband hoe de specifieke problemen rond computerprogramma’s en de aard van computerprogramma’s als verklaring moeten dienen om de voorgestelde bepalingen te verantwoorden in bijvoorbeeld: Europese Commissie, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, COM(1988) 816 definitief, Brussel 17 maart 1989, p. 12; Europese Commissie, Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, COM(1990) 509 definitief, Brussel 3 december 1990, p. 9; DE VISSCHER en MICHAUX bijvoorbeeld, stellen uitdrukkelijk dat geen enkele rechtsauteur aan de vaststelling voorbij kan, dat de bescherming voor computerprogramma's in vergelijking met het algemene auteursrecht ‘bijzondere’ regels bevat. F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du Droit d'Auteur et des Droits Voisins*, Brussel, Bruylant, 2000, p. 215.

¹⁹ FLAMMÉE en BRISON schrijven uitdrukkelijk: “*Het regime dat door de E.G.- Commissie werd uitgewerkt, is niet in overeenstemming met het gangbare auteursrecht*” en spreken van een ‘grondslagenprobleem’. M. FLAMÉE

Hoewel het gebruikelijk is om aan te nemen dat de Richtlijn Computerprogramma's een uitbreiding inhield van het traditionele auteursrecht tot computerprogramma's²⁰, menen wij dat de combinatie van beide zonet vermelde elementen integendeel tot de volgende conclusie dwingt: de Richtlijn Computerprogramma's introduceerde een *sui generis* intellectueel recht rond computerprogramma's dat weliswaar met het oog op de toepassing van de Conventie van Bern, formeel te kwalificeren is als *een* auteursrechtelijke bescherming rond werken van letterkunde²¹. Deze formele kwalificatie van de intellectueelrechtelijke bescherming rond computerprogramma's als *een* auteursrechtelijke bescherming in de zin van de Conventie van Bern is daarbij volgens ons te verklaren door het volgende streven: het streven om de internationale afspraken rond het verlenen van een bescherming aan niet-onderdanen op grond van het traditionele auteursrecht, ook toepassing te laten vinden rond het verlenen van een intellectueelrechtelijke bescherming rond computerprogramma's aan niet-onderdanen²². Uit de concrete

en F. BRISON, "Auteursrecht toegepast op computerprogrammatuur: een grondslagenprobleem", *TBBR* 1992, p. 464-480; Verschillende auteurs hebben er in dit verband reeds op gewezen dat, op het ogenblik van de introductie van de Richtlijn Computerprogramma's, minstens andere beleidskeuzes als de beleidskeuzes binnen het toenmalige, traditionele auteursrecht de optie beheersten om: enerzijds, in art 4, a) Richtlijn Computerprogramma's, de 'permanente of tijdelijke reproductie' van een computerprogramma onder de exclusieve rechten van de rechthebbende te laten vallen, met als implicatie initieel ook elk gebruiken, elk observeren en elk, zogeheten, 'decompileren' van het beschermd computerprogramma, onder de exclusieve rechten van de rechthebbende te laten vallen, en daarbij, anderzijds, via specifieke uitzonderingen op de exclusieve rechten van de rechthebbende, het gebruik (art 5.1. Richtlijn Computerprogramma's), het observeren (art 5.3. Richtlijn Computerprogramma's) en het decompileren (art 6 Richtlijn Computerprogramma's) van het beschermd computerprogramma, mogelijk te maken zonder dat daartoe de toestemming vereist is van de rechthebbende, zij het echter enkel voor personen, die over de specifieke hoedanigheid beschikken van, respectievelijk, "*rechtmatige verkrijger*", "*rechtmatige gebruiker*", en "*licentiehouders of ...een ander die het recht heeft om een kopie van het programma te gebruiken*". Zie in die zin bijvoorbeeld: A. STROWEL, "La loi belge du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur: vers un droit d'auteur *sui generis*?", *R.I.D.A.* 1995, p.227 (Die deze bepalingen uitdrukkelijk aanhaalt als een argument voor het *sui generis*-karakter van het intellectuele recht met betrekking tot computerprogramma's) en S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 447 e.v.; Hierbij is echter wel op te merken dat, na de Richtlijn Computerprogramma's uit 1991, met name in 2001 de Richtlijn Informatiemaatschappij (Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, *P.B. L* 167 van 22 juni 2001, p. 10-19) een soortgelijke optie om, enerzijds, de "*tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie*" onder het exclusieve recht van de rechthebbende te laten vallen (art. 2 Richtlijn Informatiemaatschappij) en, anderzijds, in specifieke uitzonderingen te voorzien voor een "rechtmatig gebruik" (art. 5.1. Richtlijn Informatiemaatschappij) ook ingang heeft doen vinden binnen het traditionele auteursrecht. Zie in dit verband: S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 449 e.v..

²⁰ Zie bijvoorbeeld: B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p.31; A. PUTTEMANS, "Au bout du droit d'auteur: la nouvelle protection juridique des programmes d'ordinateur", *T.B.H.* 1995, p.769; M. LEHMANN, "Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen", *GRURInt* 1991, p. 328 e.v..

²¹ In dezelfde zin dat de Richtlijn Computerprogramma's aanleiding gaf tot een *sui generis* intellectueel recht rond computerprogramma's, bijvoorbeeld: A. STROWEL, "La loi belge du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur: vers un droit d'auteur *sui generis*?", *R.I.D.A.* 1995, p.120 en p. 225 e.v.; Vergelijk ook C. CARON, "Les interfaces graphiques des logiciels à la mode communautaire", *Communication Commerce électronique*, n° 5, Mai 2011, comm. 42, nr. 1. ("*On sait, en effet, que si le logiciel est assimilé à une oeuvre littéraire par référence au code source et au code objet (V. ADPIC, art. 10.1), il n'en cultive pas moins un particularisme certain au sein du droit d'auteur, à tel point qu'il évoque même un corps quasi-étranger au sein de cette discipline.*").

²² In die zin ook bijvoorbeeld BRISON en TRIALLE die volgens ons zeer terecht stellen dat het principe van een assimilatie van computerprogramma's aan werken van letterkunde, vooral een strategisch doel had, namelijk dat computerprogramma's internationale bescherming zouden verdienen op grond van de Conventie van Bern. F. BRISON en J.-P. TRIALLE, "La nouvelle loi sur la protection des programmes d'ordinateur, dans le sillage de la loi sur le droit d'auteur", *J.T.* 1995, p. 143; Met betrekking tot het gegeven dat de toepasselijkheid van de Conventie van Bern en de daarin voorziene regeling een uitdrukkelijke doelstelling was bij het uitwerken van de Richtlijn Computerprogramma's, zie bijvoorbeeld: Europese Commissie, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, COM(1988) 816 definitief, Brussel 17 maart 1989,

beschermingsregeling van de Richtlijn Computerprogramma's blijkt volgens ons echter dat deze richtlijn, inhoudelijk gezien een *sui generis* intellectueel recht introduceerde rond computerprogramma's. Uit deze concrete beschermingsregeling blijkt immers, zoals zonet aangegeven, een omvattende, intellectueelrechtelijke beschermingsregeling rond computerprogramma's, die divergeerde van de bescherming geboden door de bestaande beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, om zo een bescherming 'op maat' na te streven van computerprogramma's²³.

Ook bij de omzetting van de Richtlijn Computerprogramma's bleek het idee te overheersen dat de geïntroduceerde beschermingsregeling toegespitst was op computerprogramma's en zich niet zomaar liet inpassen binnen het traditionele auteursrecht. De omzetting van de Richtlijn Computerprogramma's in de Europese Lidstaten gaf immers aanleiding tot afzonderlijke wetgeving rond computerprogramma's²⁴ of tot specifieke bepalingen binnen het auteursrecht, die enkel van toepassing zijn op computerprogramma's²⁵. Wat beide benaderingen betreft, stellend we overigens vast dat sommige nationale wetgevers op die manier bewust wilden vermijden, dat de specifieke bepalingen rond computerprogramma's en de daarin vervatte beleidsopties, een invloed zouden uitoefenen op de bescherming, die andere incorporaties van inspanningen genieten onder het traditionele auteursrecht²⁶. De formele kwalificatie van de intellectueelrechtelijke bescherming rond computerprogramma's

p.12 en p.14 (o.a. p.14, punt 4.0.: "*Whatever the theoretical merits of 'sui generis' legislation in this field might be, they are far outweighed by the advantages of the existence of these international conventions*").

²³ Deze analyse vindt volgens ons overigens ook steun in het BSA-arrest van het Europees Hof van Justitie. In dit BSA-arrest geeft het Hof met name aan dat de 'auteursrechtelijke bescherming' op grond van de Richtlijn Computerprogramma's en het 'gemeenrechtelijke auteursrecht' waarop de Richtlijn Informatiemaatschappij betrekking heeft, twee onderscheiden beschermingsregelingen zijn. Zie: H.v.J. 22 december 2010, C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury*, *Jur.* 2010, I-13971, (44. *In dit verband moet worden nagegaan of de grafische gebruikersinterface van een computerprogramma onder de bescherming van het gemeenrechtelijk auteursrecht valt op grond van richtlijn 2001/29. ... 51 In het licht van het bovenstaande dient op de eerste vraag te worden geantwoord, dat de grafische gebruikersinterface geen uitdrukkingwijze van een computerprogramma vormt in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 91/250 en dat hij niet onder de auteursrechtelijke bescherming valt die deze richtlijn aan computerprogramma's toekent. Niettemin kan een dergelijke interface als werk wel onder de auteursrechtelijke bescherming vallen van richtlijn 2001/29, indien hij een eigen intellectuele schepping van zijn auteur vormt.*)

²⁴ Wat een voorbeeld betreft van afzonderlijke wetgeving rond computerprogramma's, zie de Belgische Wet houdende omzetting in Belgisch recht van de Europese richtlijn van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *B.S.* 27 juli 1994, 19315.

²⁵ Wat voorbeelden betreft van specifieke bepalingen binnen het nationale auteursrecht, die veelal quasi-woordelijk de inhoudelijke beschermingsregeling van de Richtlijn Computerprogramma's overnemen en die enkel van toepassing zijn op computerprogramma's, zie bijvoorbeeld de omzetting van de art 4, 5 en 6 Richtlijn Computerprogramma's in: art L.122-6 en L.122-6-1 van de Franse Code de la propriété intellectuelle; § 69, c tot en met 69, e van de Duitse Auteurswet (Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273)), waarbij deze artikelen zich met name situeren binnen "*Abschnitt 8. Besondere Bestimmungen für Computerprogramme*" van "*Teil 1 Urheberrecht*"; art 45, h tot en met 45 m van de Nederlandse Auteurswet (Wet van 23 september 1912, houdende nieuwe regeling van het auteursrecht, *Stb.* 1912, 308) waarbij deze artikelen zich met name situeren binnen "*Hoofdstuk VI. Bijzondere bepalingen betreffende computerprogramma's*" en, wat specifiek art. 5 en 6 Richtlijn Computerprogramma's, in art 50, A tot en met 50, C van de Britse Copyright, Designs and Patents Act 1988 (1988 c. 48).

²⁶ Onder verwijzing naar Parl. Hand., Kamer, 30 maart 1994/33, p.1385 geven BRISON en TRIAILLE aan dat er schrik bestond dat het algemene auteursrecht "besmet" zou worden door de bescherming voor computerprogramma's die weinig geschikt geacht wordt voor het voorwerp van het algemene auteursrecht. F. BRISON en J.-P. TRIAILLE, "La nouvelle loi sur la protection des programmes d'ordinateur, dans le sillage de la loi sur le droit d'auteur", *J.T.* 1995, p. 141; STROWEL spreekt het vermoeden uit dat bij de keuze voor een afzonderlijke wetgeving in België impliciet ook overwegingen meespeelden rond de bijzondere aard van computerprogramma's in vergelijking met de typische auteursrechtelijke werken. A. STROWEL, "La loi belge du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur: vers un droit d'auteur *sui generis*?", *R.I.D.A.* 1995, p.181.; In dezelfde zin DE VISSCHER en MICHAUX die schrijven: "*C'est d'ailleurs la raison pour laquelle d'aucuns ne regrettent pas que la question ait fait l'objet d'une loi distincte.*" F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du Droit d'Auteur et des Droits Voisins*, Brussel, Bruylant, 2000, p. 215; Andere mening: PUTTEMANS, die benadrukt: "*Il faut insister une fois encore sur le fait que la séparation physique des deux textes – la loi générale sur le droit d'auteur, et la loi spécifique aux programmes d'ordinateur – ne tient pas à une raison de fond.*" A. PUTTEMANS, "Au bout du droit d'auteur: la nouvelle protection juridique des programmes d'ordinateur", *T.B.H.*

als een auteursrechtelijke bescherming in de zin van de Conventie van Bern, mag volgens ons dus de analyse niet in de weg staan dat de intellectueelrechtelijke bescherming rond computerprogramma's, het computerprogramma-auteursrecht, inhoudelijk gezien de introductie inhield van een *sui generis* intellectueel recht²⁷.

Ten slotte werden ook rond databanken intellectueelrechtelijke beschermingsregelingen geïntroduceerd, die, met het oog op een bescherming 'op maat' van databanken, divergeerden van de bestaande beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht. Het was de Richtlijn Databanken die hierbij de toon aangaf²⁸. Deze Richtlijn Databanken, voorziet met name in een tweesporig concept²⁹ voor een intellectueelrechtelijke bescherming rond 'databanken'³⁰. Het eerste spoor bestaat daarbij in de introductie van een databankenrecht *sui generis* rond de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken³¹. Dit databankenrecht *sui generis* heeft daarbij

1995, p.769; Met betrekking tot bijvoorbeeld de regeling binnen de Duitse Auteurswet, schrijft LOEWENHEIM: "Darüber hinaus wollte der Gesetzgeber aber auch Ausstrahlungen der Sonderregelungen für Computerprogramme auf das allgemeine Urheberrecht möglichst vermeiden (AmtlBegr. BTDrucks. 12/4022 S. 8) Das verbietet zumindest im Grundsatz eine Berücksichtigung der Sonderregelungen für Computerprogramme bei der Auslegung des übrigen UrhG." U. LOEWENHEIM, "Abschnitt 8. Besondere Bestimmungen für Computerprogramme" in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p.1330

²⁷ Vergelijk op dit punt ook: H.v.J. 22 december 2010, C-393/09, (*Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury*), r.o. 28 ("Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de grafische gebruikersinterface van een computerprogramma een uitdrukkingswijze van dit programma vormt in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 91/250, zodat hij de in deze richtlijn neergelegde auteursrechtelijke bescherming van computerprogramma's geniet.") en r.o. 44 ("In dit verband moet worden nagegaan of de grafische gebruikersinterface van een computerprogramma onder de bescherming van het gemeenrechtelijk auteursrecht valt op grond van richtlijn 2001/29.") en H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*) r.o. 56 ("Vervolgens moet eraan worden herinnerd dat richtlijn 2009/24, die specifiek de rechtsbescherming van computerprogramma's betreft, een *lex specialis* vormt ten opzichte van richtlijn 2001/29.") en r.o. 60 ("Uiteraard moeten de in de richtlijnen 2001/29 en 2009/24 gebruikte begrippen in beginsel dezelfde betekenis hebben (...). Zo uit artikel 4, lid 2, van richtlijn 2001/29, uitgelegd in het licht van de punten 28 en 29 van de considerans van deze richtlijn en het Auteursrechtverdrag, waaraan richtlijn 2001/29 uitvoering moet geven (...), echter al mocht volgen dat voor de onder die richtlijn vallende werken de uitputting van het distributierecht enkel geldt voor tastbare zaken, zou die omstandigheid, nu de wetgever van de Unie in de concrete context van richtlijn 2009/24 een andere wil tot uitdrukking heeft gebracht, de uitlegging van artikel 4, lid 2, van deze laatste richtlijn niet beïnvloeden.").

²⁸ Richtlijn (EG) nr. 9/96 van het Europese Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *P.B.* L 77 van 27 maart 1996, p. 20-28; (Hierna: Richtlijn Databanken); De Richtlijn Databanken werd in België aanvankelijk omgezet door de Wet van 10 augustus 1998 houdende omzetting in Belgisch gerechtelijk recht van de Europese richtlijn van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *B.S.*, 14 november 1998, 36913 en de Wet van 31 augustus 1998 houdende omzetting in Belgisch recht van de Europese richtlijn van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *B.S.*, 14 november 1998, 36914 (Hierna: Wet Databanken). Later werden de bepalingen van deze wet opgenomen in het Wetboek van Economisch Recht van 28 februari 2013, *BS* 29 maart 2013, p. 19975 (Hierna: WER).

²⁹Zie wat de analyse van een 'tweesporig concept' betreft, bijvoorbeeld: J. GASTER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken. Kommentar zur Richtlinie 96/6/EG mit Erläuterungen zur Umsetzung in das deutsche und österreichische Recht*, Keulen, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1999, p. 24, nr. 3 en C. BERGER, "Der Schutz elektronischer Datenbanken nach der EG-Richtlinie vom 11. 3. 1996", *GRUR* 1997, p.171; Zie ook: Het idee van een "two-tier approach" voor de bescherming van databanken was reeds aanwezig in het oorspronkelijke Voorstel voor een Richtlijn Databanken. Europese Commissie, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van databanken, COM (92) 24 def., - SYN 393, Brussel, 13 mei 1992, p.34, punt 5.3.1..

³⁰ De Richtlijn Databanken verstaat onder het begrip "databank", zowel in het licht van de bescherming met betrekking tot databanken als verzameling van elementen, als in het licht van de toepassing van het auteursrecht met betrekking tot de structuur van 'databanken', "een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen, systematisch of methodisch geordend en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk". Zie: art. 1(2) en overweging 13 en 14 Richtlijn Databanken; Zie ook: art. I.13., 6° WER (oud art. 2, 1° Wet Databanken en art. 20bis, lid 3 Auteurswet (Wet betreffende het auteursrecht en de naburige rechten van 30 juni 1994, *B.S.*, 27 juli 1994, 19297)).

³¹ Zie: "Hoofdstuk III Recht *sui generis*" van de Richtlijn Databanken dat specifiek gewijd is aan de bescherming van databanken als verzameling van elementen. In de Wet Databanken vonden we de specifieke bescherming voor databanken als verzameling van elementen terug in: "Hoofdstuk II Recht van de producenten van databanken",

met name betrekking op het aspect van de databank, dat haar inhoud bestaat uit een verzameling van elementen, die het resultaat is van bepaalde inspanningen om tot deze verzameling te komen³². Het tweede spoor is een auteursrechtelijke bescherming rond de ‘structuur’ van ‘databanken’³³, het databanken-auteursrecht, met name rond de keuze of de rangschikking van de binnen deze databank verzamelde elementen³⁴.

In het geval van het databankenrecht *sui generis* rond de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken, is duidelijk dat het daarbij gaat om een *sui generis* intellectueel recht³⁵. De Europese wetgever introduceerde immers een omvattende inhoudelijke beschermingsregeling rond ‘databanken’, die, met het argument om een

met name in art. 2-18 Wet Databanken. Zie in de huidige WER: Boek XI. - Intellectuele eigendom, Titel 7. Databanken (met name art. XI.305. e.v. WER).

³² Zie in dit verband: Art. 7.1. Richtlijn Databanken en art. XI.306., lid 1 WER (oud art. 3, lid 1 Wet Databanken). Wat de bepaling van het voorwerp van het ‘recht sui generis’ met betrekking tot databanken, sluiten wij ons met name aan bij LEISTNER, die dit voorwerp omschrijft als "*die Datenbank als Substrat der in ihr verkörperten immateriellen Investitionsleistung*", zie: M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 148. Het is deze bepaling van het voorwerp van het ‘recht sui generis’ met betrekking tot databanken, die ons er toe brengt om dit ‘recht sui generis’ aan te duiden als een bescherming met betrekking tot databanken als verzameling van elementen. Zie echter ook andere opvattingen rond de bepaling van het voorwerp van het ‘recht sui generis’ met betrekking tot databanken, bijvoorbeeld bij: C. BERGER, "Der Schutz elektronischer Datenbanken nach der EG-Richtlinie vom 11. 3. 1996", *GRUR* 1997, p.172; B. MICHAUX, *Droit des bases de données*, Brussel, Wolters Kluwer Belgium, 2005, p. 9 en 104 en M. VOGEL, "Abschnitt 6. Schutz des Datenbankherstellers" in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p.1644.

³³ "Hoofdstuk II Auteursrecht" van de Richtlijn Databanken is specifiek gewijd aan de bescherming voor de structuur van databanken. In de Wet Databanken vonden we de specifieke bescherming voor de structuur van databanken terug in: "Hoofdstuk III. Wijzigingen in de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten", met name in de art. 19-33 Wet Databanken, die wijzigingen doorvoerden aan de Auteurswet. Zie in de huidige WER: Boek XI. - Intellectuele eigendom, Titel 5. - Auteursrecht en naburige rechten, Hoofdstuk 2 – Auteursrecht, Afdeling 5. - Bijzondere bepalingen betreffende databanken (met name Art. XI.186. e.v. WER).

³⁴ Zie: art 3.1. Richtlijn Databanken en art. XI.186. WER (oud art. 20 bis Auteurswet). Wat de ‘structuur’ van databanken betreft als het voorwerp van de auteursrechtelijke bescherming, zie overweging (15) Richtlijn Databanken die stelt: "*Overwegende dat het enige criterium om te bepalen of een databank in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming moet zijn dat zij door de keuze of de rangschikking van haar inhoud een eigen intellectuele schepping van de maker vormt; dat deze bescherming betrekking heeft op de structuur van de databank;*"; Zie in dit verband: M. DAVISON, *The legal protection of databases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 50 en 81 en H. HABERSTUMPF, "Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz", *GRUR* 2003, p.15 e.v.; De auteursrechtelijke bescherming voor de ‘structuur’ van databanken, in navolging van de Richtlijn Databanken, betreft volgens ons meerbepaald de incorporatie van het ‘weefsel’ dat, als resultaat van de keuze of rangschikking, de verzamelde elementen verbindt. Vergelijk in dit verband, LEISTNER, die schrijft: "*Eben dieses sich in der Auswahl und Anordnung manifestierende gedankliche "Gewebe" einer Sammlung ist es, welches auch die Richtlinie urheberrechtlich schützen will, sofern es eine persönliche geistige Schöpfung darstellt.*" M. LEISTNER, "Der neue Rechtsschutz des Datenbankherstellers - Überlegungen zu Anwendungsbereich, Schutzvoraussetzungen, Schutzzumfang sowie zur zeitlichen Dauer des Datenbankherstellerrechts gemäß §§ 87a ff. UrhG", *GRUR Int.* 1999, p. 821.

³⁵ In dit verband is op te merken dat er in de rechtsleer discussie bestaat of het *aangewezen* om het ‘recht sui generis’ rond databanken als verzameling van elementen te interpreteren als een intellectueelrechtelijke bescherming dan wel als een toepassing van de principes van het recht inzake oneerlijke mededinging rond parasitaire mededinging. Zie in dit verband bijvoorbeeld: G. WESTKAMP, "Protecting Databases Under US and European Law - Methodical Approaches to the Protection of Investments Between Unfair Competition and Intellectual Property Concepts", *IIC* 2003, p. 772 e.v.; M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 96/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz*, München, Verlag C.H. Beck, 2000, p. 128 e.v.; Uit de Richtlijn Databanken blijkt echter dat deze uiteindelijk beoogde om het ‘recht sui generis’ rond databanken uit te bouwen tot een volwaardig intellectueel recht. Zie in die zin ook: P. HUGENHOLTZ, "De Databankrichtlijn eindelijk aanvaard. Een zeer kritisch commentaar", *Computerrecht* 1996, p. 131-138.

‘bescherming op maat’ te creëren van databanken³⁶, nadrukkelijk³⁷ afstand nam van de toen bestaande beschermingsregelingen binnen de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging. Bij de omzetting van de Richtlijn Databanken opteerden vele Europese Lidstaten er voor om de bescherming van ‘databanken’ als verzameling van elementen te regelen binnen op zichzelf staande wetgeving³⁸. Ook hier vormde het *sui generis* karakter van het geïntroduceerde intellectuele recht rond databanken, telkens het argument om aan te nemen dat dit intellectuele recht buiten het toepassingsgebied en de verplichtingen valt van de grote, multilaterale verdragen rond intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging³⁹

³⁶ De toelichting bij het oorspronkelijke Voorstel Richtlijn Databanken stelt in het algemeen: “*It is intended by this Directive to regulate the specific problems which arise as a result of the use of electronic data processing equipment for the storage of “information”, in the widest sense of that term.*” Europese Commissie, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van databanken, COM (92) 24 def., Brussel, 13 mei 1992, Deel I, p.19, punt 3.1.1.. Uit deze toelichting bij het oorspronkelijke Voorstel Richtlijn Databanken, met name uit het onderdeel “5.0. *The choice of Legal regime*”, blijkt bovendien dat bij het uitwerken van het tweesporig concept voor de bescherming van ‘databanken’, waarvan het ‘recht sui generis’ met betrekking tot databanken als verzameling van elementen deel uitmaakt, de Commissie bezorgd was met betrekking tot “...*determining which legal framework would offer the most advantageous protection to databases*”; Europese Commissie, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van databanken, COM (92) 24 def., Brussel, 13 mei 1992, p.31, punt 5.1.1.; Het specifieke van de het ‘recht sui generis’ met betrekking tot databanken, als verzameling van elementen, ligt daarbij, volgens ons, in het bijzonder in: het ‘object’ van dit recht, dat volgt uit art. 7 en art.1 Richtlijn Databanken; in de criteria voor het toekennen van bescherming, die art. 7 Richtlijn Databanken vooropstelt; in de bepalingen rond de ‘rechtmatige gebruiker’, met name in art. 8 Richtlijn Databanken, met betrekking tot de rechten en verplichtingen van de rechtmatige gebruiker, en in art. 9 Richtlijn Databanken, dat het genot van de uitzonderingen op de exclusieve rechten, enkel laat toekomen aan personen, die de hoedanigheid hebben van een ‘rechtmatige gebruiker’ Vergelijk op dit punt: M. LEISTNER, “Der neue Rechtsschutz des Datenbankherstellers - Überlegungen zu Anwendungsbereich, Schutzvoraussetzungen, Schutzzumfang sowie zur zeitlichen Dauer des Datenbankherstellerrechts gemäß §§ 87a ff. UrhG”, *GRURInt* 1999, p.819-820 (met betrekking tot de ‘Schwerpunkte’ van het ‘recht sui generis’ met betrekking tot databanken, als verzameling van elementen); Zie ook de indeling van de bespreking van het ‘recht sui generis’ met betrekking tot databanken, als verzameling van elementen bij bijvoorbeeld: H. SENDROWSKI, “Zum Schutzrecht „sui generis“ an Datenbanken”, *GRUR* 2005, p.369-377; P. HUGENHOLTZ, “De Databankrichtlijn eindelijk aanvaard. Een zeer kritisch commentaar”, *Computerrecht* 1996, p. 131 e.v..

³⁷ Het hoofdstuk van de Richtlijn Databanken, dat specifiek gewijd is aan de bescherming van databanken als verzameling van elementen draagt als opschrift uitdrukkelijk “*Hoofdstuk III Recht sui generis*”.

³⁸ Wat de regeling van de bescherming van ‘databanken’ als verzameling van elementen betreft binnen op zichzelf staande wetgeving, zie bijvoorbeeld: de Belgische “*Wet van 31 augustus 1998 houdende omzetting in Belgisch recht van de Europese richtlijn van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken*”, *B.S.*, 14 november 1998, 36914; de Nederlandse “*Wet van 8 juli 1999, houdende aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken*”, *Stb* 1999, 303 en de regeling rond het ‘Database Right’ in de Britse “*The Copyright and Rights in Databases Regulations 1997*” van 18 december 1997, *S.I.* 1997 No. 3032. Zie echter de regeling van de bescherming van ‘databanken’ als verzameling van elementen in § 87, a tot en met § 87, e in de Duitse Auteurswet, met name binnen “Abschnitt 6. Schutz des Datenbankherstellers” in “Teil 2 Verwandte Schutzrechte” van de Duitse Auteurswet; Vergelijk ook de regeling van de bescherming van ‘databanken’ als verzameling van elementen in art. L341-1 tot en met L.343-7 van de Code de la propriété intellectuelle, die met name te situeren zijn in “*Titre IV: Droits des producteurs de bases de données*” van “*Livre III: Dispositions générales relatives au droit d’auteur, aux droits voisins et droits des producteurs de bases de données*”, binnen het eerste deel van de Code de la propriété intellectuelle, met name het deel rond “*La propriété littéraire et artistique*”.

³⁹ Zie in dit verband: Art 11, lid 3 en overweging 56 Richtlijn Databanken; Opmerkelijk is dat de Toelichting bij het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken binnen het onderdeel “6.0. *The International framework*” enkel in gaat op de verhouding van de auteursrechtelijke bescherming voor de structuur van databanken ten aanzien van de grote multilaterale verdragen rond intellectuele rechten. Europese Commissie, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van databanken, COM (92) 24 def., Brussel, 13 mei 1992, Deel I, p.36, punt 6.1.1. e.v.; Wat de verhouding betreft tussen het ‘recht sui generis’ met betrekking tot databanken als verzameling van elementen, uit de Richtlijn Databanken en de zonet vermelde verdragen, zie bijvoorbeeld: J. GASTER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken. Kommentar zur Richtlinie 96/6/EG mit Erläuterungen zur Umsetzung in das deutsche und österreichische Recht*, Keulen, Berlijn, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag,

De auteursrechtelijke bescherming dan rond de ‘structuur’ van ‘databanken’⁴⁰, het databanken-auteursrecht, bevindt zich, volgens ons, daarentegen in de schemerzone tussen, een toepassing van het traditionele auteursrecht en de introductie van een *sui generis* intellectueel recht. De gebruikelijke analyse bestaat er in dat de Richtlijn Databanken, een harmonisatie doorvoert van het traditionele auteursrecht binnen de Europese Lidstaten rond een specifiek object, met name de structuur van ‘databanken’⁴¹. Het idee is dan met name dat de Europese wetgever de uiteenlopende bescherming die het traditionele auteursrecht binnen de Europese Lidstaten biedt rond verzamelingen van elementen, harmoniseerde met betrekking tot die verzamelingen van elementen die ook een ‘databank’ uitmaakten⁴². We stellen echter ook vast dat de Europese wetgever bij deze ‘harmonisatie’ uitdrukkelijk rekening hield met de specifieke kenmerken van ‘databanken’⁴³ en bij het uitwerken van een auteursrechtelijke bescherming ‘op maat’ van de structuur van databanken op bepaalde punten beleidskeuzes maakte, die afweken van deze, die het toenmalige, traditionele auteursrecht beheersten binnen de Europese Lidstaten⁴⁴. Bij de omzetting

1999, p. 168 e.v. en W. CORNISH, “1996 European Community Directive on Database Protection”, *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts* 1996, p. 10.

⁴⁰ “Hoofdstuk II Auteursrecht” van de Richtlijn Databanken is specifiek gewijd aan de bescherming voor de structuur van databanken. In de Wet Databanken vonden we de specifieke bescherming voor de structuur van databanken terug in: “Hoofdstuk III. Wijzigingen in de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten”, met name in de art. 19-33 Wet Databanken, die wijzigingen doorvoerden aan de Auteurswet. Zie in de huidige WER: Boek XI. - Intellectuele eigendom, Titel 5. - Auteursrecht en naburige rechten, Hoofdstuk 2 – Auteursrecht, Afdeling 5. - Bijzondere bepalingen betreffende databanken (met name Art. XI.186. e.v. WER).

⁴¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: J. GASTER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken. Kommentar zur Richtlinie 96/6/EG mit Erläuterungen zur Umsetzung in das deutsche und österreichische Recht*, Keulen, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1999, p. 24; Zie overweging (4) Richtlijn Databanken: “Overwegende dat de auteursrechtelijke bescherming van databanken in de Lid-Statens thans door de wetgeving of in de jurisprudentie op verschillende wijze wordt geboden, en dat, zolang de wetgeving van de Lid-Statens blijft verschillen wat betreft de omvang en de voorwaarden van de bescherming, dergelijke niet-geharmoniseerde intellectuele-eigendomsrechten tot gevolg kunnen hebben dat het vrije verkeer van goederen en diensten binnen de Gemeenschap wordt belemmerd;” In dit verband is op te merken dat het hoofdstuk van de Richtlijn Databanken dat de artikelen bevat, die specifiek gewijd zijn aan de bescherming voor de structuur van databanken inderdaad ook gewoon de titel draagt “Hoofdstuk II Auteursrecht”.

⁴² Vergelijk op dit punt ook Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van databanken, COM (92) 24 def., Brussel, 13 mei 1992, Deel I, p.34, punt 5.3.1. (“... In this way existing legal structures in the Member States can be easily used or amended to include databases as a protected work under copyright legislation and existing case law as to the protection of collections or compilations of works in paper or electronic form can be drawn upon.”).

⁴³ De toelichting bij het oorspronkelijke Voorstel Richtlijn Databanken stelt in het algemeen: “It is intended by this Directive to regulate the specific problems which arise as a result of the use of electronic data processing equipment for the storage of “information”, in the widest sense of that term.” Europese Commissie, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van databanken, COM (92) 24 def., Brussel, 13 mei 1992, Deel I, p.19, punt 3.1.1.; Uit deze toelichting bij het oorspronkelijke Voorstel Richtlijn Databanken, met name uit het onderdeel “5.0. The choice of Legal regime”, blijkt bovendien dat bij het uitwerken van het tweesporig concept voor de bescherming van ‘databanken’, waarvan de auteursrechtelijke bescherming voor de structuur van databanken deel uitmaakt, de Commissie bezorgd was met betrekking tot “...determining which legal framework would offer the most advantageous protection to databases”; Europese Commissie, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van databanken, COM (92) 24 def., Brussel, 13 mei 1992, p.31, punt 5.1.1..

⁴⁴ Zie bijvoorbeeld: C. BERGER, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach der EG-Richtlinie vom 11. 3. 1996”, *GRUR* 1997, p.176 (“Anders als das herkömmliche Schutzsystem, das die Vielfältigkeit und Verbreitung bzw. die öffentliche Wiedergabe an die Zustimmung des Urhebers bindet, den Werkgenuß hingegen grundsätzlich nicht, erfaßt Art. 5a) der Richtlinie die schlichte Werknutzung. Die Umsetzung der Datenbank-Richtlinie wird in diesem Punkt zu einer Veränderung des deutschen Urheberrechts führen.”); Op het ogenblik van de introductie van de Richtlijn Databanken, beheersten minstens andere beleidskeuzes, als de beleidskeuzes binnen het toenmalige, traditionele auteursrecht, de optie om, enerzijds, in art 5, a) Richtlijn Databanken, de ‘permanente of tijdelijke reproductie’ van de structuur van een databank onder de exclusieve rechten van de rechthebbende te laten vallen, met als implicatie, initieel ook elk gebruik van de beschermde structuur van een databank onder de exclusieve rechten van de rechthebbende te laten vallen, en daarbij, anderzijds, via een specifieke uitzondering op de exclusieve rechten van de rechthebbende in art 6.1 Richtlijn Databanken, het verrichten van de handelingen “die noodzakelijk zijn om toegang te krijgen tot en normaal gebruik te maken van de inhoud van de databank” ook zonder de toestemming van de rechthebbende mogelijk te maken, zij het enkel voor personen, die over de

van het auteursrechtelijke luik van de Richtlijn Databanken, gaf dit overigens opnieuw veelal aanleiding tot specifieke bepalingen binnen het auteursrecht van de Europese Lidstaten, die enkel van toepassing zijn met betrekking tot de structuur van verzamelingen van gegevens of elementen, die kwalificeren als ‘databanken’ in de zin van de Richtlijn Databanken⁴⁵. Er werd ook reeds geopperd dat de keuze om de intellectueelrechtelijke bescherming rond de structuur van databanken onder te brengen binnen het traditionele auteursrecht in wezen opnieuw te verklaren is door het volgende streven: het streven om de internationale afspraken rond het verlenen van een bescherming aan niet-onderdanen op grond van het traditionele auteursrecht, ook toepassing te laten vinden rond het verlenen van een intellectueelrechtelijke bescherming rond de structuur van ‘databanken’ aan niet-onderdanen⁴⁶. In het kader van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, is het volgens ons, dan ook nodig om minstens steeds aandacht te hebben voor de intellectueelrechtelijke bescherming van de structuur van databanken. Dit is volgens ons ook aangewezen om de interactie te verstaan tussen het databankenrecht *sui generis* rond de aggregatie-prestatie in databanken en het databanken-auteursrecht rond de structuur van databanken, binnen het tweesporige concept voor een intellectueelrechtelijke bescherming rond ‘databanken’.

De introductie in de jaren 1980 en 1990 van zoveel *sui generis* intellectuele rechten was nu een uiterst opmerkelijke evolutie binnen het intellectuele eigendomsrecht. Tot dan toe, was het immers eerder de regel geweest om, in het licht van nieuwe soorten incorporaties van inspanningen een beroep te doen op de bestaande categorieën beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, die reeds eind 19^e, begin 20^e eeuw ontwikkeld waren⁴⁷. Deze traditionele beschermingsregelingen waren dan met name het auteursrecht, het octrooirecht, het merkenrecht, het gebruiksmodellenrecht, het tekeningen en modellenrecht en het recht inzake oneerlijke

specifieke hoedanigheid beschikken van “*rechtmatige gebruiker*”. Zie in die zin bijvoorbeeld: S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 448; Hierbij herhalen we echter de opmerking dat, na de Richtlijn Databanken uit 1996, met name in 2001, de Richtlijn Informatiemaatschappij (Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, *P.B.* L 167 van 22 juni 2001, p. 10-19) een soortgelijke optie om, enerzijds, de “*tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie*” onder het exclusieve recht van de rechthebbende te laten vallen (art. 2 Richtlijn Informatiemaatschappij) en, anderzijds, in specifieke uitzonderingen te voorzien voor een “*rechtmatig gebruik*” (art. 5.1. Richtlijn Informatiemaatschappij) ook ingang heeft doen vinden binnen het traditionele auteursrecht. Zie in dit verband: S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 449 e.v..

⁴⁵ Wat een voorbeeld betreft van specifieke bepalingen binnen het nationale auteursrecht, die veelal quasi-woordelijk de inhoudelijke beschermingsregeling van de Richtlijn Databanken overnemen en die enkel van toepassing zijn met betrekking tot de structuur van verzamelingen van gegevens of elementen, die kwalificeren als ‘databanken’ in de zin van de Richtlijn Databanken, zie bijvoorbeeld, zie bijvoorbeeld de omzetting van de art 6.1. Richtlijn Databanken in: art. XI.188. WER (oud art. 20 quater van de Belgische Auteurswet), dat zich situeert binnen de “*Afdeling 5 Bijzondere bepalingen betreffende databanken*”; Artikel 24, a van de Nederlandse Auteurswet; § 55a Duitse Auteurswet; Article L122-5, 5^o van de Franse Code de la propriété intellectuelle en art. 50 D van de Britse Copyright, Designs and Patents Act.

⁴⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld BERGER, die stelt: “*Der Rückgriff der Datenbank-Richtlinie auf das Urheberrecht ist nicht sachlich begründet, sondern nur vor dem Hintergrund internationaler Verträge zu verstehen.*” C. BERGER, “*Der Schutz elektronischer Datenbanken nach der EG-Richtlinie vom 11. 3. 1996*”, *GRUR* 1997, p.173; Vergelijk op dit punt ook het Voorstel Richtlijn Databanken dat de keuze om de structuur van databanken te beschermen onder het auteursrecht onder andere als volgt motiveert: “*The advantages of the national treatment regime provided by the Berne Convention can be enjoyed, as can the possibilities offered by that Convention of allowing for certain exceptions to the author’s exclusive rights in favour of users for example in its Articles 2, 9, and 10.*” Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van databanken, COM (92) 24 def., Brussel, 13 mei 1992, Deel I, p.34, punt 5.3.2.

⁴⁷ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld SAMUELSON, die met betrekking tot de introductie van het *sui generis* intellectuele recht rond chips opmerkt: “*The creation of a sui generis form of intellectual property law was a somewhat radical approach for Congress to take. In the past, Congress had virtually always incorporated new subject matters into either the patent or copyright laws rather than creating a new form of legal protection.*” P. SAMUELSON, “*Creating a New Kind of Intellectual Property: Applying the Lessons of the Chip Law to Computer Programs*”, *Minnesota Law Review* 1985-1986, p. 471.

mededinging⁴⁸. Daarbij stellen we vast dat er een grote bereidheid was om deze traditionele beschermingsregelingen toe te passen ten aanzien van nieuwe soorten incorporaties van inspanningen. Er was met name vaak een grote bereidheid om de noties, die de betrokken categorieën intellectuele rechten hanteerden, ruim te interpreteren⁴⁹. Daarnaast werd ook aanvaard dat éézelfde categorie intellectueel recht toepassing kon vinden ten aanzien van zeer uiteenlopende soorten incorporaties van inspanningen⁵⁰. Het gevolg was dat er lange tijd een grote continuïteit bestond in de categorieën beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht. Tot midden jaren 1980 was het zeer uitzonderlijk geweest dat de traditionele beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht uitgebreid werden met nieuwe categorieën intellectuele rechten om een intellectueelrechtelijke bescherming te voorzien rond een nieuwe categorie van incorporaties van inspanningen. Tot dan toe had zich dit enkel voorgedaan bij de introductie van het kwekersrecht⁵¹ en bij de introductie van de naburige rechten⁵². In de jaren 1980 en 1990 was het plots echter helemaal niet meer uitzonderlijk dat wetgevers

⁴⁸ Wat het ontstaan van deze ‘traditionele’ categorieën van intellectuele rechten betreft, eind 19^e, begin 20^e eeuw, zie bijvoorbeeld: O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht. Band 1: Allgemeiner Teil u. Personenrecht*, Leipzig (o.a.), 1895, p. 726 e.v. (m.b.t. “Zeichenrechte”), p. 748 e.v. (m.b.t. “Urheberrechte”) en p. 848 e.v. (m.b.t. “Das erfinderrecht”); J. KOHLER, *Musterrecht. Geschmacks- und Gebrauchsmusterrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1909, 114 p.; E. PICARD, “Introduction. Des éléments primitifs et essentiels d'un droit. – De la classification originaire des droits. – Des droits intellectuels à ajouter comme quatrième terme à la division classique des droits en personnels, réels et d'obligation.” in E. PICARD en N. D'HOFFSCHMIDT (eds.) *Pandectes Belges : encyclopédie de législation, de doctrine et de jurisprudence belges*, Brussel, Larcier, 1879, tome 2, p.XIV e.v.; Vergelijk op dit vlak ook de typering van het auteursrecht, het octrooirecht en het merkenrecht als ‘model systems’ bij W. CORNISH en D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 9-10.

⁴⁹ Zie in dit verband bijvoorbeeld: M. VOGEL, “Einleitung. IV. Geschichte des Urheberrechts” in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p.43 e.v.; J. MALKAN, “What is a copy?”, *Cardozo Arts & Entertainment. Law Journal*, 2005-2006, p.423-424; S. DUSOLLIER, “Le droit de destination: une espèce franco-belge vouée à la disparition”, *Propriétés Intellectuelles*, 2006, p.284 (waar zij met betrekking tot het auteursrechtelijke reproductierecht en recht op publieke mededeling wijst op hun “*élasticité propre à répondre aux défis des développements technologiques*”); R. NACK, *Die Patentierbare Erfindung unter denn sich Wandelnden Bedingungen von Wissenschaft und Technologie*, Keulen, Berlijn, Bonn, München, Carl Heymanns, 2002, 331 p..

⁵⁰ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld SCOTCHMER, die er op wijst dat “*general-purpose intellectual property regimes such as copyrights and patents*” toepassing vinden op zodanig uiteenlopende soorten incorporaties van inspanningen dat zij te kampen hebben met het “*Problem of One-size-fits-all*”. S SCOTCHMER, *Innovation and Incentives*, The MIT Press, 2004, Cambridge, Massachusetts, p. 117.

⁵¹ Het kwekersrecht met betrekking tot plantensoorten en –rassen kreeg voor het eerst een internationale codificatie in het Verdrag van Parijs tot bescherming van kweekprodukten van 2 december 1961 (UPOV-Verdrag), B.S. 29 december 1976, nr 1961120250. In het Belgische recht werd het kwekersrecht geregeld in de Wet tot bescherming van kweekprodukten van 20 mei 1975, B.S., 5 september 1975 (Zie: huidig art. XI.104 e.v. WER). In 1994 zag ook een communautair kwekersrecht het licht. (Zie: Verordening (EG) nr. 2100/1994 van de Raad van 27 juli 1994 inzake het communautaire kwekersrecht, P.B. L 227 van 1 september 1994, p.1); Wat dit kwekersrecht betreft kan geargumenteed worden dat het hierbij om de introductie ging van een *sui generis* intellectueel recht rond plantensoorten en –rassen. Zie in die zin bijvoorbeeld: G. WESTKAMP, “TRIPS Principles, Reciprocity and the Creation of *Sui-Generis*-Type Intellectual Property Rights for New Forms of Technology”, *Journal of World Intellectual Property* 2003, p. 843-844; Met betrekking tot de eigen logica van het kwekersrecht, die veelal verband houdt met gebruiken binnen de landbouw, zie bijvoorbeeld: M. LLEWELYN en M. ADCOCK, *European Plant Intellectual Property*, Oxford, Hart, 2006, p.21 e.v. en p.457 e.v..

⁵² De naburige rechten kregen een internationale regeling in het Verdrag van Rome inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisatie van 26 oktober 1961, B.S. 10 november 1999, 41892 (Hierna: Conventie van Rome); In vele landen werd de regeling rond de naburige rechten ingepast binnen de regeling rond het auteursrecht. Zie in dit verband bijvoorbeeld de regeling rond de naburige rechten in: “*Hoofdstuk II Naburige rechten*” van de Auteurswet en “*Teil 2 Verwandte Schutzrechte*” van het Duitse *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*; In sommige landen werd de regeling rond de naburige rechten daarentegen ingepast binnen afzonderlijke wetgeving. zie bijvoorbeeld de Nederlandse *Wet van 18 maart 1993, houdende regelen inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen of van eerste vastleggingen van films en omroeporganisaties en wijziging van de Auteurswet 1912*, *Stb.* 1993, 244; De rechtsleer zal er vaak op wijzen dat de introductie van de naburige rechten vanuit rechtssystematisch oogpunt een geheel nieuw en eigen concept inhield. De reden hiervoor is met name dat de naburige rechten om hun bescherming toe te kennen, in tegenstelling tot de bestaande intellectuele rechten, geen kwantitatieve of

sui generis intellectuele rechten introduceerden rond nieuwe categorieën incorporaties van inspanningen. In relatief korte tijd deden, zoals aangegeven, nieuwe *sui generis* intellectuele rechten hun intrede met betrekking tot chips, computerprogramma's en databanken.

De rechtsleer analyseerde de opmerkelijke introductie van zoveel *sui generis* intellectuele rechten reeds als kenmerkend voor een nieuwe aanpak binnen het intellectuele eigendomsrecht: het nastreven van een doorgedreven

kwantitatieve vereisten stellen aan het resultaat van inspanningen dat blijkt uit de relevante incorporaties van inspanningen. Zie in die zin bijvoorbeeld: R. HILTY, "The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces" in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p. 36 e.v.; Vergelijk ook LEISTNER die de naburige rechten typeert door het feit dat zij "bestimmte typischerweise investitionsintensive Produkte, wie eben Tonträger, Rundfunksendungen und Filme, objektbezogen per se schützen" en daarbij louter afgaan op het "Verkörperingsobjekt der technisch-organisatorisch-unternehmerischen Leistung". M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 139 en p.140; Sommige auteurs gaan zelfs zover om de naburige rechten te analyseren als de introductie van een *sui generis* intellectueel recht rond , zie in die zin bijvoorbeeld: G. WESTKAMP, "TRIPS Principles, Reciprocity and the Creation of *Sui-Generis*-Type Intellectual Property Rights for New Forms of Technology", *Journal of World Intellectual Property* 2003, p. 832-833; De overheersende analyse is echter toch dat er een belangrijke verwantschap en inhoudelijk gelijkenis bestaat tussen de naburige rechten en het auteursrecht. In de rechtsleer is het met name gebruikelijk er op te wijzen dat tussen de incorporatie van inspanningen die in aanmerking komen voor het auteursrecht en deze die in aanmerking komen voor de naburige rechten, hetzij een verwantschap bestaat op het vlak van het ontwaren van enige 'persoonlijke inbreng', hetzij een functionele verwantschap bestaat, in de zin dat de inspanningen die aanleiding kunnen geven tot een bescherming door de naburige rechten, inspanningen zijn die het creëren of in brede zin verspreiden mogelijk maken van de incorporaties van inspanningen die aanleiding kunnen geven tot auteursrechtelijke bescherming. Zie in dit verband met name: F. BRISON, *Het naburige recht van de uitvoerende kunstenaar*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2001, p.2-3; J. CORBET, *Auteursrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1997, p.92, vnt 229; J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, p. 642; G. SCHRICKER, "Einleitung" in G. SCHRICKER(ed.), *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p.14; W. CORNISH en D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 8; Wat de inhoudelijke overeenkomsten betreft tussen de regelingen rond het auteursrecht en de naburige rechten, zie bijvoorbeeld: W. CORNISH en D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 8-9; G. SCHRICKER "Einleitung" in G. SCHRICKER (ed.), *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p. 15; D. VISSER, *Naburige rechten van uitvoerende kunstenaars, fonogrammenproducenten, filmproducenten en omroeporganisaties*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, p. 2. Vergelijk in dit verband bijvoorbeeld ook de inhoudelijke en woordelijke gelijkenissen tussen, enerzijds, de artikelen XI.165. en XI.166 WER (oude artikelen 1 en 2 Auteurswet), met betrekking tot de rechten van de auteur, en, anderzijds, de artikelen XI.204. en XI.205 WER (oude artikelen 34 en 35 Auteurswet) met betrekking tot de rechten van uitvoerende kunstenaars. De zonet aangehaalde verwantschap en inhoudelijke gelijkenis tussen de naburige rechten en het auteursrecht maakt volgens ons dat de naburige rechten eerder in het verlengde liggen van het auteursrecht en een omvattende regeling nastreven rond de exploitatie van 'creatieve' incorporaties van inspanningen dan dat zij daadwerkelijk als een *sui generis* intellectueel recht willen divergeren van het bestaande auteursrecht. Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: D. VISSER, *Naburige rechten van uitvoerende kunstenaars, fonogrammenproducenten, filmproducenten en omroeporganisaties*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, p. 2; Het gegeven dat de naburige rechten om hun bescherming toe te kennen geen kwantitatieve of kwalitatieve vereisten stellen aan het resultaat van inspanningen dat blijkt uit een relevante incorporatie van inspanningen is volgens ons eerder te zien in het verlengde van de evolutie om ook binnen het auteursrecht steeds lagere kwalitatieve vereisten te stellen voor het toekennen van bescherming. Wat deze evolutie in het auteursrecht betreft, zie bijvoorbeeld: P. HUGENHOLTZ (et al.), *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy. Final report*. Amsterdam, Institute for Information Law, Universiteit van Amsterdam, 2006, p.37; G. SCHRICKER, "Abschied von der Gestaltungshöhe im Urheberrecht?" in J. BECKER (ed.), *Wanderer zwischen Musik, Politik und Recht. Festschrift für Reinhold Kreile zu seinem 65. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos Verlag Gesellschaft, 1994, p.715-722; Zie in dit verband ook: G. SCHULZE, "Werturteil und Objektivität im Urheberrecht - - Die Feststellung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit am Beispiel der "kleinen Münze" -", *GRUR* 1984, p. 400 e.v. en D. GERVAIS, "Feist goes global: a comparative analysis of the notion of originality in copyright law", *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 2002, p. 974.

specialisatie van de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht⁵³. Deze specialisatie bestaat er dan met name in dat bijkomende *sui generis* intellectuele rechten geïntroduceerd werden rond specifieke incorporaties van inspanningen om te bereiken dat het geheel van de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging beter in staat is om steeds een bescherming te bieden ‘op maat’ van onderscheiden categorieën incorporaties van inspanningen⁵⁴. KOKTVEDGAARD vat zijn observatie van deze trend als volgt samen: “*The present trend is to create new sorts of rights according to requirements*”⁵⁵.

In het licht van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken is de wenselijkheid van een dergelijke specialisatie van het intellectuele eigendomsrecht door middel van *sui generis* intellectuele rechten nu echter steeds ter discussie blijven staan. De achtergrond van deze verdeeldheid is doorgaans de bezorgdheid dat een onwenselijke ‘expansie’ van het intellectuele eigendomsrecht te vermijden is⁵⁶. Deze bezorgdheid knoopt aan bij de vaststelling dat de bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht de laatste decennia een gestage verruiming kende⁵⁷. De concrete bezorgdheid rond een onwenselijke ‘expansie’

⁵³ Voor een typering van *sui generis* intellectuele rechten als een vorm van ‘specialisatie’ in het licht van de bestaande intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging, zie bijvoorbeeld: WESTKAMP, die *sui generis* intellectuele rechten analyseert als een mogelijkheid tot een “*bespoke solution to a specific problem*” G. WESTKAMP, “Convergence of Intellectual Property Rights and the Establishment of ‘Hybrid’ Protection under TRIPs”, in F. Macmillan (ed.), “*New Directions in Copyright: Volume 1*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, p. 111; HILTY en GEIGER, die observeren: “*a sui generis solution results in quite a number of advantages, especially the high flexibility within the elaboration of appropriate rules,...*” R. HILTY en C. GEIGER, “Patenting Software? A Judicial and Socio-Economic Analysis”, *IIC* 2005, p. 644; De auteurs van de IVIR-studie rond *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, die onder andere met betrekking tot de Richtlijn computerprogramma’s en de Richtlijn Databanken spreken van een “*technology specific approach*” die zij omschrijven als “*Different rules apply depending on the technical nature of the subject matter concerned or the technical character of the medium used to exploit it.*” P. HUGENHOLTZ et al., *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy. Final report*, (Studie in opdracht van de Europese Commissie DG Interne Markt), Amsterdam, Instituut voor Informatie Recht, Universiteit van Amsterdam, 2006, p.19; DEPOORTER, die spreekt van “*sui generis or special purpose intellectual property laws*” B. DEPOORTER, “The Several Lives of Mickey Mouse: The Expanding Boundaries of Intellectual Property Law”, *Virginia Journal of Law & Technology* 2004, p.7; P. HUGENHOLTZ, “Convergence and Divergence in Intellectual Property Law: The Case of the Software Directive” in W.F. KORTHALS ALTES, E.J. DOMMERING, P.B. HUGENHOLTZ, J.J.C. KABEL (eds.), *Information Law towards the 21st Century*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 319.

⁵⁴ Vergelijk op dit vlak KARJALA, die schrijft “*During this period, numerous sui generis statutes have been adopted (and many more have been proposed), designed to give protection to specific subject matters that arguably did not fit within either of the two major intellectual property paradigms.*” D. KARJALA, “Distinguishing Patent and Copyright Subject Matter”, *Connecticut Law Review* 2003, p. 440.

⁵⁵ M. KOKTVEDGAARD, “The Universe of Intellectual Property”, *GRUR Int.*, 1996, p. 296.

⁵⁶ Zie in dit verband bijvoorbeeld: J. SPOOR, *De Gestage Uitbreiding van Merk, Werk en Uitvinding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1990, 64 p; M. KOKTVEDGAARD, “The Universe of Intellectual Property”, *GRUR Int.*, 1996, p.296 e.v.; J. HUYDECOPER, “Waarom bescherming en waarom zoveel soorten?”, *B.I.E.* 1997, p. 33 e.v.; P. GYERTYÁNFY, “Expansion des Urheberrechts – und kein Ende?”, *GRUR Int.*, 2002, p. 556; R. BAKELS, “Van software tot erger: op zoek naar de grenzen van het octrooirecht”, *IER* 2003, p.213-221; W. GROSHEIDE, “Grenzen aan de groei door te snoeien op maat” in D. VISSER en D. VERKADE (eds), *Een eigen, oorspronkelijk karakter. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor*, Amsterdam, DeLex, 2007, p. 111 e.v.; M. DE COCK BUNING en E. NUMANN, “De gestage wildgroei van het auteursrecht. Een hoge snelheidstrein dreigt te ontsporen” in D. VISSER en D. VERKADE (eds), *Een eigen, oorspronkelijk karakter. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor*, Amsterdam, DeLex, 2007, p. 25 e.v..

⁵⁷ Zie bijvoorbeeld: DEPOORTER, die schrijft: “*If one was pressed to describe the history of intellectual property law in one word, it would not be hard to do. The word that comes to mind is “expansion.*” B. DEPOORTER, “The Several Lives of Mickey Mouse: The Expanding Boundaries of Intellectual Property Law”, *Virginia Journal of Law & Technology* 2004, p. 6; W. CORNISH, “The Expansion of Intellectual Property Rights” in G. SCHRICKER, T. DREIER en A. KUR (eds.), *Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, p.9 e.v.; LEMLEY, die schrijft: “*Intellectual property law is expanding on an almost daily basis as new rights are created or existing rights are applied to give intellectual property owners rights that they never would have had in an earlier time.*” M. LEMLEY, “Romantic Authorship and the Rhetoric of Property”, *Texas Law Review* 1997, p. 898-99; KUR, die schrijft: “*It has nearly become a truism to say that we are living in a phase characterised by the expansion of IP rights.*”, A. KUR, “Further legal analysis and debate concerning the

van het intellectuele eigendomsrecht vloeit dan voort uit de perceptie dat deze verruiming ook tot het volgende leidde: een toename van de gevallen waarin de omvang van de verleende bescherming of het feit op zich om bescherming te verlenen, gezien de kenmerken van de betrokken incorporaties van inspanningen en het daarin vervatte resultaat van inspanningen, een ongerechtvaardigd ruime bescherming inhoudt⁵⁸.

Hét argument dat aangehaald wordt om de *sui generis* intellectuele rechten te verantwoorden is dan met name dat deze toelaten om een bescherming ‘op maat’ te introduceren van specifieke soorten incorporaties van inspanningen⁵⁹. Dergelijke *sui generis* beschermingsregelingen zouden het intellectuele eigendomsrecht dan meer bepaald de nodige flexibiliteit bieden om telkens die bescherming ‘op maat’ uit te werken die een ‘wenselijke’ expansie van het intellectuele eigendomsrecht inhoudt⁶⁰. Bij een dergelijke ‘wenselijke’ expansie gaat het dan met name om een expansie van het intellectuele eigendomsrecht tot alle incorporaties van inspanningen waarrond een dergelijke bescherming inderdaad aangewezen is, zonder daarbij aanleiding te geven tot een ongerechtvaardigd ruime bescherming.

De voornaamste kritiek op de *sui generis* intellectuele rechten daarentegen is dat zij in de praktijk evengoed een ongerechtvaardigd ruime bescherming toekennen⁶¹ en de toepassing van het intellectuele eigendomsrecht

relationship of copyright and trademark exceptions: Does/should trademark law prohibit conduct to which copyright exceptions apply? – General Report" in J. GINSBURG en J. BESEK (ed.), *Adjuncts and Alternatives to Copyright. Proceedings of the ALAI Congress June 13-17, 2001*, New York, Columbia University, 2002, p..

⁵⁸ SPOOR geeft bijvoorbeeld uitdrukkelijke aan dat, naarmate de reikwijdte van de intellectuele rechten toeneemt, ook “het aantal gevallen groeit waarin het ingrijpen van deze rechten niet meer het meest adequate antwoord biedt” J. SPOOR, *De Gestage Uitbreiding van Merk, Werk en Uitvinding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1990, p.55; Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld ook MERGES en REYNOLDS, die in dit verband stellen: “As an increasing amount of society’s wealth is tied up in intangible assets, strong, clear property rights can make a good deal of sense. But it is also possible to have too much of a good thing, and our society is in danger of reaching that point.” R. MERGES en G. REYNOLDS, “The Proper Scope of the Copyright and Patent Power”, *Harvard Journal on Legislation* 2000, p. 45; Voor een toetsing van de wenselijkheid van het concrete ingrijpen dat voortvloeit uit de ‘expansie’ van het intellectuele eigendomsrecht aan de rechtvaardigingen voor het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging, zie bijvoorbeeld: J. HUYDECOPER, “Waarom bescherming en waarom zoveel soorten?”, *B.I.E.* 1997, p. 34; F. GROSHEIDE, *Auteursrecht op Maat*, Deventer, Kluwer, 1986, p. 128 e.v. (waar deze auteur het onderdeel rond “*Rechtmatigheid en doelmatigheid*” uitwerkt als maatstaf voor de verder behandeling van het thema ‘*Auteursrecht op Maat*’); E. DERCLAYE, *The legal protection of databases: a comparative analysis*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2008, p. 10 e.v.; Zie voor een dergelijke toetsing specifiek aan de utilitaristische rechtvaardigingen: W. LANDES en R. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge, Massachusetts, and London, England, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p. 410 en p. 422 en M. LEMLEY, “Property, Intellectual Property, and Free Riding”, *Texas Law Review* 2005, p. 1059; Vergelijk op dit punt ook: A. QUAEVLIEG, “Beschermingsdrift: Een studie naar feiten en achtergronden rond sweat of the brow- of prestatiebescherming”, *B.I.E.* 1996, (Deel II) p.55 e.v. (m.b.t. de ‘*Rehabilitatie*’ van *traditionele legitimaties*’, met name de argumenten van nut en rechtvaardigheid); R. BAKELS, “Van software tot erger: op zoek naar de grenzen van het octrooirecht”, *IER* 2003, p. 220 (m.b.t. “*de motivering van de begrenzing van het octrooirecht*”).

⁵⁹ Doorheen de verantwoording die wetgevers gaven rond de introductie van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, was het argument dat dit een bescherming ‘op maat’ toeliet, zoals aangegeven een constante.

⁶⁰ Zie bijvoorbeeld: HILTY en GEIGER die opmerken dat: “*a sui generis solution results in quite a number of advantages, especially the high flexibility within the elaboration of appropriate rules*” R. HILTY en C. GEIGER, “Patenting Software? A Judicial and Socio-Economic Analysis”, *IIC* 2005, p. 644; In dezelfde zin WESTKAMP, die schrijft: “*it should also be noted that the creation of sui generis protection, in many cases, will be advantageous wi[hl]e it may reduce systematic frictions in national law and, perhaps more importantly, since it allows a bespoke solution to specific problem[s].*” G. WESTKAMP, “Convergence of Intellectual Property Rights and the Establishment of ‘Hybrid’ Protection under TRIPs”, te raadplegen op: www.copyright.bbk.ac.uk/contents/publications/workshops/theme2/westkamp.pdf, p. 5; Vergelijk op dit punt ook SCOTCHMER, die er op wijst dat intellectuele rechten met het “*Problem of One-size-fits-all*” kampen wanneer zij zich onvoldoende kunnen specialiseren, S SCOTCHMER, *Innovation and Incentives*, The MIT Press, 2004, Cambridge, Massachusetts, p. 117.

⁶¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: U. LOEWENHEIM, “Abschnitt 8. Besondere Bestimmungen für Computerprogramme” in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p.1328 e.v.; G. WESTKAMP, “Protecting Databases Under US and European Law – Methodical Approaches to the Protection of Investments Between Unfair Competition and Intellectual Property Concepts”, *IIC* 2003, p. 802; P.B.

bovendien ook nog eens complexer maken. Bij de kritiek rond een toenemende complexiteit gaat het er dan met name om dat hun nieuwe normen aanleiding geven tot bijkomende interpretatie- en afbakeningsvragen bij de toepassing van de verschillende beschermingsregels binnen het intellectuele eigendomsrecht⁶². De *sui generis* intellectuele rechten rond chips en de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken krijgen daarbij overigens ook nog eens het specifieke verwijt dat zij hun *sui generis* karakter uitspeelden om niet onder het toepassingsgebied en de verplichtingen te vallen van de multilaterale verdragen rond het intellectuele eigendomsrecht⁶³. Alles samen is er dus ook de opvatting dat de *sui generis* intellectuele rechten als het ware de ergst vorm zijn van een onwenselijk expansie van het intellectuele eigendomsrecht.

De voorstanders van de *sui generis* intellectuele rechten menen dat deze kritiek grotendeels onterecht is. Volgens hen valt niet te ontkennen dat de *sui generis* intellectuele rechten, zeker in vergelijking tot de alternatieven, bijdragen tot een bescherming ‘op maat’ van de betrokken incorporaties van inspanningen⁶⁴. De bijkomende interpretatie- en afbakeningsvragen die volgen uit de introductie van de *sui generis* intellectuele rechten, wegen volgens hen op tegen de meer gerechtvaardigde bescherming die dit toelaat rond specifieke soorten incorporaties van inspanningen⁶⁵. In de concrete gevallen waar de *sui generis* intellectuele rechten afstand nemen van de grote multilaterale verdragen rond het intellectuele eigendomsrecht, is dit volgens hen niet in strijd met deze verdragen⁶⁶. Het gaat volgens hen immers niet op om aan te nemen dat het toepassingsgebied van deze verdragen geen grenzen heeft en dus elke soort incorporatie van inspanningen zou omvatten.

De discussie rond wenselijkheid van de concrete *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken en bij uitbreiding de wenselijkheid van een doorgedreven specialisatie van

HUGENHOLTZ, “De Databankrichtlijn eindelijk aanvaard: een zeer kritisch commentaar”, *Computerrecht* 1996, p. 131-138; J. REICHMAN, “Legal Hybrids between the Patent and Copyright Paradigms”, *Columbia Law Review* 1994, p. 2500 e.v.; R. Risberg, “Five Years Without Infringement Litigation Under the Semiconductor Chip Act: Unmasking The Spectre of Chip Piracy In An Era of Diverse and Incompatible Process Technologies”, *Wisconsin Law Review* 1990, p. 277.

⁶² Zie in dit verband bijvoorbeeld: BERSANI die stelt: “*L’opinion majoritaire peut se résumer en disant qu’un droit sui generis rendrait le système de protection plus complexe et que la confusion qui en résulterait serait préjudiciable à tous, d’autant que la création de droits sui generis (topographies de semi-conducteurs, bases de données) s’est avérée peu concluante.*” F. BERSANI (et al.) , “Rapport du groupe de travail interministériel : ‘Quelles protections pour les logiciels’”, Parijs, 13 juli 2001, p.13 (te raadplegen op <http://www.energie.minefi.gouv.fr/observat/innov/carrefour/rapgrtravail.pdf>); QUAEDVLIEG die schrijft: “*As ever more hybrids emerge, the system of copyright and of intellectual property threatens to become opaque and confused because of their seemingly disorganised, rampant growth. Legal science cannot content itself with observing individual hybrids and their behaviour. We must inquire into the phenomenon as a whole.*” A. QUAEDVLIEG, “Three Times a Hybrid. Typecasting Hybrids Between Copyright and Industrial Property”, in J. KABEL en G. MOM (eds.), *Intellectual Property and information Law. Essays in honour of Herman Cohen Jehoram*, Den Haag, Kluwer, 1998, p. 47; J. REICHMAN, “Legal Hybrids between the Patent and Copyright Paradigms”, *Columbia Law Review* 1994, p. 2505.

⁶³ Zie in die zin bijvoorbeeld: W. CORNISH, “1996 European Community Directive on Database Protection”, *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts* 1996, p. 10; P. GELLER, “Geistiges Eigentum auf dem Weltmarkt: Welche Bedeutung hat die Streitbeilegung nach TRIPS?”, *GRUR Int* 1995, p.941-942; H. COHEN JEHORAM, De niet-harmoniserende Europese Richtlijn en het Nederlandse wetsontwerp chipsbescherming, *NJB* 1987, p. 503.

⁶⁴ In dit verband kunnen we opnieuw verwijzen naar de verantwoording die wetgevers gaven dat de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken nodig waren als een bescherming ‘op maat’ rond de betrokken incorporaties van inspanningen.

⁶⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: KASTENMEIER en REMMINGTON, R. KASTENMEIER en M. REMMINGTON, “The Semiconductor Chip Protection Act of 1984: A Swamp or Firm Ground?”, *Minnesota. Law Review* 1985-1986, respectievelijk p. 442 e.v.; Het House Report, lijkt in dit verband de opvatting te verdedigen dat minstens op termijn de interpretatie van de nieuwe normen geen problemen zal stellen. Het House Report stelt immers: “*There is no reason for believing that a sui generis approach will provide any less encouragement or stability within the field of semiconductor chip design*” House Report, p. 5755.

⁶⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: G. WESTKAMP, “TRIPS Principles, Reciprocity and the Creation of *Sui-Generis*-Type Intellectual Property Rights for New Forms of Technology”, *Journal of World Intellectual Property* 2003, p.827 e.v.; J. GASTER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken. Kommentar zur Richtlinie 96/6/EG mit Erläuterungen zur Umsetzung in das deutsche und österreichische Recht*, Keulen, Berlijn, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1999, 168 e.v.; Vergelijk op dit punt ook: M. FLAMÉE en H. VANHEES, “Une Approche Européenne de la protection des ‘chips’”, *R.I.D.E.* 1989, p. 72.

het intellectuele eigendomsrecht door *sui generis* intellectuele rechten is blijven voort sluimeren. We stellen in dit verband echter vast dat sinds midden jaren 1990 de voorstellen om bijkomende *sui generis* intellectuele rechten te introduceren niet meer resulteerden in concrete regelgeving.

In dit proefschrift, voeren wij nu een normatieve, juridische analyse uit rond de vraag of de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, met het oog op het bieden van een investeringsbescherming, een wenselijke specialisatie inhouden binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht. Het onderwerp dat wij behandelen betreft dus specifiek de *sui generis* intellectuele rechten, die in de jaren 1980 tot 1990 geïntroduceerd werden als reactie op de komst van geautomatiseerde, digitale dataverwerking en die de aanleiding vormden voor de rechtsleer om te spreken van een nieuwe trend binnen het intellectuele eigendomsrecht: een doorgedreven specialisatie van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. De wenselijkheid van de specialisatie doorgevoerd door de betrokken *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken bespreken we daarbij echter in het licht van het huidige intellectuele eigendomsrecht en niet vanuit een historisch perspectief. Ons referentiepunt om de wenselijkheid te beoordelen van deze *sui generis* intellectuele rechten is dus niet de inhoud van de overige beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht zoals deze bestond op het ogenblik van de introductie van elk van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten maar wel de huidige inhoud ervan.

Met onze vraag rond de 'wenselijkheid' van de specialisatie doorgevoerd door de betrokken *sui generis* intellectuele rechten, willen we concreet achterhalen of deze intellectuele rechten, rekening houdend met de betrokken, bestaande beschermingsregelingen binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht, een zinvolle bijdrage leveren tot een investeringsbescherming 'op maat' van chips, computerprogramma's en databanken. Vanuit die optiek gaan we dus niet specifiek in op de verenigbaarheid van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken met de grote multilaterale verdragen rond intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging. De eigenlijke verenigbaarheid van deze *sui generis* intellectuele rechten met deze verdragen is, volgens ons, immers veeleer een kwestie van de reikwijdte van de betrokken verdragsverplichtingen en minder een kwestie van de geschiktheid van de betrokken beschermingsregelingen om in een passende, intellectueelrechtelijke investeringsbescherming te voorzien rond chips, computerprogramma's en databanken.

De vraag of de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, met het oog op het bieden van een investeringsbescherming, een wenselijke specialisatie inhouden binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht, beantwoorden we, zoals aangegeven, aan de hand van een normatieve, juridische analyse. Deze analyse bestaat er concreet in dat we de betrokken rechtsregels interpreteren en hen vervolgens evalueren in het licht van het volgende criterium: de mate waarin zij coherent zijn in het licht van theorieën, die aangeven hoe deze rechtsregels, als *middel*, kunnen bijdragen tot het bereiken van de *doelen* die het recht behoort te bereiken. Onze normatieve, juridische analyse steunt in dat opzicht dus ook op een functionele benadering, die rechtsregels analyseert als een *middel* om bepaalde *doelstellingen* te bereiken in het licht van bepaalde *feitelijke omstandigheden*⁶⁷.

Onze bespreking van de wenselijkheid van de specialisatie, doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken is daarnaast ook gekenmerkt door een specifieke focus. Deze focus is omvat verschillende aspecten.

In de eerste plaats betreft deze focus de concrete regelgeving rond intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging', die we opnemen binnen de bespreking. In dit verband geldt dat we dit onderwerp in beginsel belichten in het licht van het Belgische recht, zij het dat we daarbij ook verwijzen naar het Franse, Nederlandse, Britse en Duitse recht, in de gevallen waar dit bijdraagt tot het beantwoorden van onze vraagstelling. In zoverre de regelingen rond de betrokken *sui generis* intellectuele rechten in de zonet vermelde landen, in belangrijke mate hun oorsprong vinden in de betrokken Europese Richtlijnen, zullen deze Europese Richtlijnen echter als uitgangspunt dienen voor de bespreking.

⁶⁷ Vergelijk met betrekking tot deze benadering, bijvoorbeeld: M. McCONVILLE en W. HONG CHUI, *Research methods for law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2007, p. 91.

In de tweede plaats houdt de specifieke focus van ons bespreking in dat we de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ in hoofdzaak analyseren als een middel om, conform utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, in een specifieke soort investeringsbescherming te voorzien met betrekking tot bepaalde incorporaties van inspanningen⁶⁸. Zoals later uitgebreider aan bod komt, stellen we immers vast dat dit streven om in een dergelijke specifieke soort investeringsbescherming te voorzien, vandaag de dag de belangrijkste constante is doorheen de *doelstellingen* van de geïntroduceerde *sui generis* intellectuele rechten, de traditionele categorieën intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijk mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’.

In de derde plaats kenmerkt de specifieke focus van ons bespreking zich ook door een object- en handelingsgebonden focus. Deze object- en handelingsgebonden focus houdt in dat we bij de analyse van de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht specifiek focussen op de objecten en de handelingen, die onder hun ingrijpen vallen. Anders gezegd, staan we bij deze analyse dus niet uitdrukkelijk stil bij vragen rond de personen die de betrokken beschermingsregelingen kunnen inroepen. Deze keuze voor deze object- en handelingsgebonden focus is dan met name ingegeven vanuit de optiek om de wenselijkheid van de *sui generis* intellectuele rechten passend te kunnen plaatsen tegenover het probleem van een onwenselijke ‘expansie’ van het intellectuele eigendomsrecht. Het idee daarbij is dan met name dat de evoluties die maatgevend zijn bij de verruiming van de bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht uiteindelijk evoluties zijn rond de objecten en de handelingen die onder de betrokken beschermingsregelingen vallen. Bij deze ‘expansie’ gaat het er immers vooral om dat de bescherming op grond van de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht in twee opzichten een verruiming doormaakte: enerzijds een verruiming in de zin dat zich een toename voordeed van de objecten, de soorten incorporaties van inspanningen die bescherming konden genieten onder het intellectuele eigendomsrecht, en, anderzijds een verruiming in de zin dat de beschermingsomvang die incorporaties van inspanningen konden genieten onder het intellectuele eigendomsrecht omvangrijker werd. Deze ruimere beschermingsomvang hield dan met name concreet in dat de betrokken bescherming zich ging uitstrekken tot een groter bereik van aan beschermde incorporaties van inspanningen gelijkende, andere objecten of een meer omvattende controle bood over handelingen ten aanzien van deze concrete incorporatie van inspanningen en deze daaraan gelijkende objecten⁶⁹. Gezien de aard van de betrokken ‘expansie’, menen wij dan ook dat de zonet

⁶⁸ In dit verband is er met name rekening mee te houden dat zowel het leveren van intellectuele inspanningen als het leveren van handenarbeid om een incorporatie van deze inspanningen te vervaardigen en op de markt te brengen beiden te kwalificeren als een ‘investeren’. In beide gevallen zal een persoon zijn middelen – bijvoorbeeld zijn tijd en energie die hem toelaat om de betrokken inspanningen te leveren – *niet* aanwenden om een onmiddellijke behoeftebevrediging te realiseren, maar integendeel ‘investeren’ in het vervaardigen van een incorporatie van inspanningen, waarvan hij hoopt dat de verkoopprijs hem uiteindelijk in staat stelt om een hoger behoeftebevrediging te realiseren. De specifieke soort investeringsbescherming die bij het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging aan de orde is menen we hierbij met name als volgt te kunnen typeren: een regelgevend ingrijpen om er voor te zorgen, dat individuen, die de inspanningen deden om incorporaties van inspanningen te vervaardigen, op het vlak van hun mogelijkheden om deze inspanningen te recupereren door de opbrengst uit ruiltransacties rond deze incorporaties van inspanningen, niet de invloed zouden ondervinden van handelingen van ander individuen ten aanzien van deze incorporaties van inspanningen of bepaalde daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties, indien deze handelingen in het licht van deze invloed op bezwaren zouden stuiten vanuit utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen. Vergelijk op dit punt, bijvoorbeeld: R. HILTY, "The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces" in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p.45, A. KAMPERMAN SANDERS, *Unfair Competition Law. The Protection of Intellectual Creativity*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 113.

⁶⁹ Voor de vaststelling van deze beide vormen van een verruiming van de bescherming op grond van de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, zie de toelichting bij de notie ‘expansie’ van het intellectuele eigendomsrecht bij bijvoorbeeld: DEPOORTER, die enerzijds de evolutie “*expansion*”, die het intellectuele eigendomsrecht doormaakte, illustreert door te schrijven: “*Statutory and adjudicatory law-making initiatives have steadily resulted in the creation of new intellectual property rights and the extension of existing doctrines of intellectual property rights to subject matter previously outside of the grab of intellectual property law.*” en anderzijds in het kader van de notie “*expansion of intellectual property law*” ook wijst op de fenomenen “*creating new intellectual property rights on material previously outside the scope of intellectual property law*” en “*enhancing and adding to existing protection*”, B. DEPOORTER, "The Several Lives of Mickey Mouse: The Expanding Boundaries of Intellectual Property Law", *Virginia Journal of Law & Technology* 2004, respectievelijk

beschreven object- en handelingsgebonden focus een goede en voldoende basis vormt om de wenselijkheid van de *sui generis* intellectuele rechten inderdaad te kunnen plaatsen tegenover het probleem van een onwenselijke ‘expansie’ van het intellectuele eigendomsrecht. Hierbij is overigens op te merken dat de specifieke object- en handelingsgebonden focus niet uit het oog verliest dat de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht er uiteindelijk steeds op gericht zijn om de onderlinge verhoudingen tussen personen te regelen met betrekking tot objecten en het stellen van handelingen⁷⁰. Het is enkel zo dat we bij de analyse van de onderscheiden beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht focussen op de specifieke objecten en handelingen die onder hun ingrijpen vallen.

Een laatste, belangrijk aspect van de specifieke focus van ons bespreking is dat we er voor opteren om het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ en intellectuele rechten consequent te beschrijven en te ontleden in het licht van grootheden die relevant zijn voor deze beide vormen van ingrijpen. Aansluitend bij de zonet vermelde object- en handelingsgebonden focus kiezen we er dan met name voor om het ingrijpen van de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht ten aanzien van ‘objecten’ en ‘handelingen’ consequent te analyseren in het licht van de volgende grootheden: ‘zintuiglijkwaarneembare manifestaties’, ‘aan de mens interne bewustzijnsfenomenen’, ‘het resultaat van inspanningen’ en ‘incorporaties van inspanningen’.

Het begrip ‘zintuiglijk waarneembare manifestatie’ dat wij daarbij hanteren is ruim op te vatten. Ons criterium voor het ‘zintuiglijk waarneembaar’ zijn binnen deze notie, is met name dat het uiteindelijk mogelijk is voor meerdere mensen, om, via hun zintuigen, door een directe of een indirecte waarneming, empirische kennis te verkrijgen rond het bestaan van de manifestatie en haar kenmerken. In die zin zijn bijvoorbeeld ook elektrische spanningsverschillen of verschillen in het patroon van magnetisering van een oppervlak, volgens ons, zintuiglijk waarneembaar. Het is immers uiteindelijk mogelijk voor meerdere mensen, om, via hun zintuigen, door een directe of een indirecte waarneming, empirische kennis te verkrijgen rond het bestaan en de kenmerken van deze spanningsverschillen of dit patroon van magnetisering. Een ‘manifestatie’ binnen de notie ‘zintuiglijk waarneembare manifestatie’ kan voor ons zowel verwijzen naar objecten als naar handelingen, ongeacht of zij kort of lang bestaan, die in de zonet vermelde zin, zintuiglijk waarneembaar zijn. Hierbij is dus op te merken dat onze invulling van de notie ‘zintuiglijk waarneembare manifestatie’ in de regel ruimer uitvalt dan de betekenis die binnen het intellectuele eigendomsrecht doorgaans gegeven wordt aan de noties van een ‘materieel⁷¹’, ‘fysisch⁷²’, ‘lichamelijk⁷³’ of ‘tastbaar⁷⁴’ object. Meestal zullen deze noties van ‘materieel’, ‘fysisch’ ‘lichamelijk’ of

p.6 en p. 41; CORNISH, die de expansie van het intellectuele eigendomsrecht ontleed in het licht van twee, elkaar veelal overlappende evoluties, met name enerzijds een “*expansion of scope of existing rights*” en anderzijds een “*expansion of subject matter*”, die zich voordoet zowel binnen bestaande intellectuele rechten als tengevolge van het creëren van nieuwe intellectuele rechten. W. CORNISH, “The Expansion of Intellectual Property Rights” in G. SCHRICKER, T. DREIER en A. KUR (eds.), *Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, p. 9 e.v..

⁷⁰ Vergelijk op dit punt: GORDON, die schrijft: “...*the essence of IP law is person-to-person, not person-to-thing.*” W. GORDON, “Intellectual Property” in P. CAN en M. TUSHNET (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 619.

⁷¹ Zie wat deze notie betreft bijvoorbeeld: art. L122-3 Franse Code de la propriété intellectuelle (“*La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l’oeuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d’une manière indirecte.*”); art. 17, (2) Britse Copyright, Designs and Patents Act 1988 (“*Copying in relation to a literary, dramatic, musical or artistic work means reproducing the work in any material form.*”); S. DUSOLLIER, *Droit d’Auteur et Protection des Oeuvres dans l’Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 333.

⁷² Zie voor het gebruik van deze notie bijvoorbeeld: Toelichting bij het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, COM(1997) 628 definitief, Brussel 21 januari 1998, p. 16 (“*In legal terms, it is generally accepted that the distribution right, which only applies to the distribution of physical copies does not cover the act of transmission.*”) (Hierna: Voorstel Richtlijn Informatiemaatschappij)

⁷³ Zie wat deze notie betreft bijvoorbeeld: § 15 Duitse Auteurswet (“(1) *Der Urheber hat das ausschließliche Recht, sein Werk in körperlicher Form zu verwerten; ... (2) Der Urheber hat ferner das ausschließliche Recht, sein Werk in unkörperlicher Form öffentlich wiederzugeben (Recht der öffentlichen Wiedergabe).*”).

⁷⁴ Zie voor het gebruik van deze notie bijvoorbeeld: overweging 28 Richtlijn Informatiemaatschappij (“(28) *De bescherming van het auteursrecht uit hoofde van deze richtlijn omvat het uitsluitende recht zeggenschap over de distributie van het werk uit te oefenen, wanneer dit in een tastbare zaak is belichaamd.*”); F. GOTZEN, *Bespreking*

'tastbaar' object binnen het intellectuele eigendomsrecht immers een zodanige invulling krijgen dat ze bijvoorbeeld niet slaan op geluidsgolven of elektrische spanningsverschillen⁷⁵. Binnen onze notie van een 'zintuiglijk waarneembare manifestatie' zullen bijvoorbeeld geluidsgolven of elektrische spanningsverschillen daarentegen wel als zintuiglijk waarneembare manifestaties kunnen kwalificeren. Het is immers uiteindelijk steeds mogelijk voor meerdere mensen, om, via hun zintuigen, door een directe of een indirecte waarneming, empirische kennis te verkrijgen rond het bestaan en de kenmerken van de betrokken geluidsgolven en elektrische spanningsverschillen.

De notie van aan de mens interne bewustzijnsfenomenen dan, verwijst naar gebeurtenissen en ervaringen van mensen, die zich afspelen puur in hun psyche. In die zin zijn deze aan de mens interne bewustzijnsfenomenen, te onderscheiden van de zintuiglijk waarneembare manifestaties, die deze bewustzijnsfenomenen uitlokken of waartoe deze bewustzijnsfenomenen aanleiding geven.

In de context van het ingrijpen van de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond parasitaire mededinging zullen met name de volgende aan de mens interne bewustzijnsfenomenen centraal staan. In de eerste plaats gaat het dan met name om de aan de mens interne bewustzijnsfenomenen bij het leveren van de inspanningen om een zintuiglijk waarneembare manifestatie bepaalde kenmerken te geven. Het betreft dan bijvoorbeeld de aan de schrijver interne, gebeurtenissen en ervaringen, bij het schrijven van een roman. In dit verband zal met name veel aandacht uitgaan naar het fenomeen van intellectuele arbeid, veelal gecontrasteerd met het fenomeen van handenarbeid⁷⁶. Intellectuele arbeid verwijst hierbij, volgens ons, dan met name naar het aan de mens interne denkwerk om een zintuiglijk waarneembare manifestatie bepaalde kenmerken te kunnen geven. Handenarbeid slaat daarbij voor ons op de inspanningen, die de vorm aannemen van aan de mens externe, zintuiglijk waarneembare handelingen om de zintuiglijk waarneembare kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties te wijzigen. In de tweede plaats gaat het om de aan de mens interne bewustzijnsfenomenen die mensen ervaren bij hun gebruik van bepaalde kenmerken van een zintuiglijk waarneembare manifestatie. In dit verband kan gedacht worden aan de, aan de lezer interne, gebeurtenissen en ervaringen, bij het lezen van een roman. Op dit vlak zal het met name bijvoorbeeld belangrijk zijn om aandacht te hebben voor de aan de mens interne ervaring van behoeftebevrediging, die bepaalde kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties kunnen teweegbrengen.

Hierbij is op te merken dat het feit dat de, zonet vermelde, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen op zich, geen zintuiglijk waarneembare veruiterlijking kennen, ook maakt dat het niet mogelijk is om empirische kennis te verkrijgen rond deze bewustzijnsfenomenen⁷⁷. Hoogstens zijn hypothesen mogelijk rond het bestaan en de

van art. 1 Auteurswet in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet. De Belgische auteurswet. Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2006, p.8 ("Het eerste vermogensrecht van de auteur is het reproductierecht in de brede zin. Dit recht dekt diverse exploitatiehandelingen die betrekking hebben op een tastbaar exemplaar van een werk.") en p.13 ("Het omvat 'ongeacht welk procédé' van communicatie waarmee een werk in een niet tastbare vorm voor een publiek waarneembaar kan worden gemaakt.").

⁷⁵ Dit is in het bijzonder zo als het gaat om de vereiste van een 'materieel', 'fysisch' 'lichamelijk' of 'tastbaar' object in de context van de toepassing van de uitputtingsleer. Zie in die zin bijvoorbeeld: R. HILTY, "Der Softwarevertrag - ein Blick in die Zukunft - Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software", *MMR* 2003, p. 12; Voorstel Richtlijn Informatiemaatschappij, p 16 ("In legal terms, it is generally accepted that the distribution right, which only applies to the distribution of physical copies does not cover the act of transmission.").

⁷⁶ Dit onderscheid tussen handenarbeid en intellectuele arbeid kent binnen het domein van de intellectuele rechten een vrij algemene aanvaarding. De Commissie maakt in het Groenboek een onderscheid tussen "goods having the character primarily of staple commodities" en "goods to which considerable value has been added through the application of technology, skill and creativity". Commissie, Groenboek over het auteursrecht en de uitdagingen der technologie. Problemen op het gebied van het auteursrecht die een onmiddellijke aanpak behoeven. COM (Def) 171/1988, Brussel 7 juni 1988; *In de loop van de geschiedenis groeide er eensgezindheid dat intellectuele arbeid fundamenteel verschillend was van fysieke arbeid en dat ook intellectuele arbeid om een juridische regeling vroeg*. B. SHERMAN en L. BENTLEY, *The Making of Modern Intellectual Property Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 15-16; De moeilijkheden om deze abstracte begrippen in kaart te brengen en af te bakenen hebben er echter voor gezorgd dat de rechtsleer en wetgevers ondanks het belang van deze begrippen veelal een wijde boog maken rond het definiëren ervan.

⁷⁷ NORDELL stelt bijvoorbeeld met betrekking tot het auteursrecht: "Die psychischen Vorgänge, die zu einer kreativen Schöpfung führen, sind doch im wesentlichen unzugänglich. Versuche, die psychischen Abläufe zu erklären, die zu literarischen oder künstlerischen Schöpfungen führen, müssen daher in der Regel mißlingen. Das

kenmerken van deze bewustzijnsfenomenen, in het licht van de kenmerken van de zintuiglijk waarneembare manifestaties, die hen uitlokken of waartoe ze aanleiding geven⁷⁸.

Het begrip ‘resultaat van inspanningen’, vervolgens, verwijst dan in brede zin naar het resultaat van inspanningen van personen, bedoeld om zintuiglijk waarneembare manifestaties bepaalde kenmerken te verlenen, ongeacht of dit concrete resultaat voorlopig enkel een concreet, aan de mens intern bewustzijnsfenomeen betreft dan wel of dit resultaat reeds een zintuiglijk waarneembare manifestatie met de betrokken kenmerken betreft. Het ‘resultaat van inspanningen’ kan dus zowel verwijzen naar een resultaat dat puur intellectuele arbeid betreft, een resultaat dat pure handenarbeid betreft, als een resultaat van de combinatie van intellectuele arbeid en handenarbeid.

Onder het begrip ‘incorporatie van inspanningen’, ten slotte, verstaan wij dan meer bepaald een ‘zintuiglijk waarneembare manifestatie’, waarvan de zintuiglijk waarneembare kenmerken voortvloeien uit een bepaald ‘resultaat van inspanningen’⁷⁹. Hierbij is aan te nemen dat de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een ‘zintuiglijk waarneembare manifestatie’ zowel kunnen voortvloeien uit het resultaat van pure handenarbeid als uit de combinatie van het resultaat van intellectuele arbeid en het resultaat van handenarbeid.

Door het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ en het ingrijpen van intellectuele rechten te ontleden in het licht van gemeenschappelijk grootheden opteren we voor een alternatief voor de gebruikelijke analyse die aanneemt dat er als het ware een breuklijn loopt op het vlak van de ‘realiteit’ waarop beide vormen van ingrijpen betrekking hebben.

De gebruikelijke analyse bestaat er met name in dat een onderscheid te maken is tussen het ingrijpen van de intellectuele rechten enerzijds en het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ anderzijds, naargelang dit ingrijpen enkel betrekking heeft op de realiteit van zintuiglijk waarneembare objecten of handelingen of ook op de autonome geestelijke realiteit van de ‘immateriële goederen’⁸⁰. Wat de intellectuele rechten betreft, is het immers gebruikelijk om aan te nemen dat zij een rechthebbende een exclusieve bevoegdheid verlenen met als ‘object’ een concreet ‘immaterieel goed’ en dat dit gegeven de basis vormt voor de wijze waarop zij de verhoudingen tussen personen regelen rond zintuiglijk waarneembare manifestaties⁸¹. Een dergelijke ‘immaterieel goed’ verwijst in deze analyse dan met name naar een

urheberrechtliche Schaffen kann vielleicht als "Black Box" aufgefaßt werden, über deren Inhalt die erforderliche Kenntnis fehlt, um überhaupt allgemeinere Aussagen zu den Schutzvoraussetzungen des Urheberrechts machen zu können. P. NORDELL, "Das Kriterium der Doppelschöpfung im schwedischen Recht - Theorie und Praxis", *GRUR Int.* 1997, p.110-116; QUAEDVLIEG wijst erop dat het niet opgaat om in de fase van het maken van een werk een onderscheid te maken tussen verschillende vormen van creativiteit. QUAEDVLIEG stelt uitdrukkelijk dat dit meer een opgave voor een psycholoog is dan voor een jurist. A. QUAEDVLIEG, *Auteursrecht op techniek. De auteursrechtelijke bescherming van het technisch aspect van industriële vormgeving en computerprogrammatuur*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1987, p. 22.

⁷⁸ Zelfs binnen de theorie rond immateriële goederen, is aanvaard dat mensen aangewezen zijn op de zintuiglijk waarneembare incorporaties van het immateriële goed om deze autonome geestelijk realiteit te kunnen kennen. TROLLER Schrijft in dit verband bijvoorbeeld: "Weil sie nicht körperliche Erscheinungen vertreten, sondern lediglich durch diese wahrgenommen werden, benötigen wir die sinnlichen Mitteilungsträger (Tone, Noten, Worte, Farben, Linien, Flächen, Körper usw.), um das Immaterialgut zu erkennen." A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Basel und Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p. 58.

⁷⁹ Ook dit is ruim te verstaan. Bijvoorbeeld in het geval van het teken dat als ‘merk’ fungeert, is dan aan te nemen dat de inspanningen om dit teken een dergelijk onderscheiden vermogen te geven, hun neerslag krijgen in de capaciteit van een zintuiglijk waarneembare manifestaties met de kenmerken van dit teken, om de waren en diensten van een onderneming te onderscheiden.

⁸⁰ In die zin bijvoorbeeld: T. SAMBUC, "Einleitung" in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p. 407.

⁸¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: R. KRAßER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht –*, München, C.H. Beck, 2009, Kapitel I, II. Die Erfindung als Gegenstand des Patents, randnr. 2; S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 377 e.v.; F. GOTZEN, *Het Bestemmingsrecht van de auteur*, Brussel, Larcier, 1975, p.72; J. KOHLER, *Musterrecht. Geschmacks- und Gebrauchsmusterrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1909, p.52; E. PICARD, "Introduction. Des éléments Primitifs et essentiels d'un droit. – De la classification originaire des droits. – Des droits intellectuels à ajouter comme quatrième terme à la division classique des droits en

geestelijke realiteit, die resulteert uit de inspanningen van een persoon en die een autonoom bestaan heeft ten aanzien van zintuiglijk waarneembare objecten of handelingen⁸². Binnen moderne opvattingen met betrekking tot het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, is het gebruikelijk om aan te nemen dat het hier om een ingrijpen gaat dat direct inwerkt op de verhoudingen tussen personen rond zintuiglijk waarneembare manifestaties⁸³. De analyse die ook voor de verklaring van dit ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging een beroep deed op het concept van ‘immateriële goederen’ is in onbruik geraakt⁸⁴.

De alternatieve analyse waarvoor wij opteren verklaart het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ en van intellectuele rechten nu echter binnen éénzelfde realiteit die zowel ‘zintuiglijk waarneembare manifestaties’ omvat als ‘aan de mens interne bewustzijnsfenomenen’. In dit opzicht sluiten we aan bij de kritiek die een minderheid binnen de rechtsleer reeds leverde op het hanteren van het concept van een autonome realiteit van ‘immateriële’ goederen bij het verklaren van het ingrijpen van intellectuele rechten⁸⁵. Gebruik makend van de zonet omschreven noties ‘zintuiglijk waarneembare manifestaties’, ‘aan de mens interne bewustzijnsfenomenen’, ‘het resultaat van inspanningen’ en ‘incorporaties van inspanningen’ menen we dan dat het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ en van de

personnels, réels et d'obligation." in E. PICARD en N. D'HOFFSCHMIDT (eds.) *Pandectes Belges : encyclopédie de législation, de doctrine et de jurisprudence belges*, Brussel, Larcier, 1879, tome 2, p.XXVIII-p.XXIX

⁸² Zie met betrekking tot deze notie, bijvoorbeeld: A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Basel und Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p. 55; A. KOPFF, "Die Schutzsysteme im Immaterialgüterrecht", *GRURInt* 1983, p. 352.

⁸³ Moderne opvattingen rond het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ nemen immers aan dat dit ingrijpen, in beginsel, aansluit bij het juridische concept van een ‘objectiefrechtelijke plicht’, waaraan personen een relatieve bevoegdheid kunnen ontleenen om, in een concreet geval, van andere personen de naleving te eisen van dit verbod. Zie in dit verband, bijvoorbeeld: SCHÜNEMANN, die het recht inzake oneerlijke mededinging typeert als: “*objektiv-rechtlichen Wettbewerbsverhaltensnormen*”, W. SCHÜNEMANN, "Kapitel 1. Allgemeine Bestimmungen" in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p.474; ROUBIER, die in verband met het recht inzake oneerlijke mededinging schrijft: “*Mais il existe aussi une autre action en justice, qu'on appelle l'action en concurrence déloyale, qui ne correspond pas à la défense d'un droit antérieurement recherché et établi, mais qui est seulement une réaction accordée par l'ordre juridique contre une conduite critiquable d'un concurrent.*” P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Parijs, Librairie du Recueil Sirey, 1952, p.307; Binnen moderne opvattingen rond het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ is dit ingrijpen daarbij gericht op het vrijwaren van een ‘goed’ functionerende markt om zo tegemoet te komen aan de interesses van consumenten, producenten en het algemene belang. Zie in dit verband bijvoorbeeld: Brussel 7 december 2006, *T.B.H.* 2007, p.580 (p.582: “*Le droit à une concurrence loyale a pour objet le bon fonctionnement du marché en tant que tel, et non la protection de prestations créatives (créations de formes et innovations techniques).*”); Zie bijvoorbeeld ook: H. COUSY, J. STUYCK en W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht XIII. Handels- en economisch recht. Deel 1: Ondernemingsrecht voorafgegaan door Economisch Grondslagenrecht*, Brussel Story-Scientia, 1989, Volume A, p. 42 (“*Een economische rechtsorde die een belangrijke regelende plaats inruimt voor een op de mededinging gesteund marktmechanisme, dient niet alleen de individuele mededingingsvrijheid van de marktdeelnemers te vrijwaren maar ook de mededinging als marktform.*”); R. HILTY, "The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces" in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p.1 e.v.; W. SCHÜNEMANN, “Allgemeine Bestimmungen” in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p. 492-493; D. FERRIER, "Concurrence déloyale et concurrence illégale" in Y. SERRA (ed), *La concurrence déloyale. Permanence et devenir*, Parijs, Dalloz, 2001, p. 54.

⁸⁴ Zie in dit verband bijvoorbeeld: M. LEISTNER, *Richtiger Vertrag und Lauterer Wettbewerb: Eine grundlagenorientierte Studie unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Perspektive*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 211 e.v..

⁸⁵ Zie bijvoorbeeld: O. MAGNUSSEN, *Naboretlige Studier*, Kopenhagen, Gads, 1950, 303 p.; S. BERGSTRÖM, *Uteslutande rätt att förfoga över verket*, Uppsala, A.-B. Lundequistska Bokhandeln, 1954, 183 p.; M. KOKTVEDGAARD, *Konkurrencepraegede Immaterialretspositioner. Bidrag til loeren om de lovsbestemte enerettigheder og ders forhold til den almene konkurrenceret*, Kopenhagen, Juristforbundets Forlag, 1965, 463 p.; A. ROSS, “Ophavsrettens grundbegreben”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1945, p. 340 e.v.; In dit verband gaat onze bijzondere dank uit naar Goedele Vermaelen, voor het vertalen van de relevante passages uit de werken van de betrokken rechtsleer.

intellectuele rechten zich met name als volgt laat beschrijven binnen éénzelfde realiteit. Het ingrijpen van intellectuele rechten houdt, volgens ons, archetypisch in dat, indien een bepaalde incorporatie van de inspanningen van een persoon blijkt geeft van het vereiste resultaat van inspanningen, zij deze persoon een exclusieve bevoegdheid verlenen rond het stellen van bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van deze incorporatie van inspanningen en ten aanzien van bepaalde andere, daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties. Het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ houdt, naar onze mening, archetypisch in dat iedereen een verbod opgelegd wordt om bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen te stellen, met name daden van mededinging die verband houden met een kopiëren van de incorporaties van de inspanningen van een andere persoon, in omstandigheden, die deze zintuiglijk waarneembare handelingen tot onrechtmatige daden van mededinging maken.

Onze concrete beweegredenen om binnen ons onderzoek afstand te nemen van de gebruikelijke analyse rond het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ is dan met name de volgende: de breuklijn rond de realiteit van het betrokken ingrijpen binnen deze gebruikelijk analyse werkt volgens ons onnodig storend bij een analyse van de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren binnen het grotere geheel van het intellectuele eigendomsrecht. Onze vraag rond de wenselijkheid van de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het grotere geheel van het intellectuele eigendomsrecht vraagt immers om hun ingrijpen te analyseren tegenover zowel het ingrijpen van andere categorieën intellectuele rechten als het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. Deze analyse zal volgens ons veel accurater zijn indien het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ daarbij consequent ontleed worden in het licht van gemeenschappelijke grootheden binnen éénzelfde realiteit. Omdat de gebruikelijk analyse van het betrokken ingrijpen dit niet toelaat opteren we dus voor een alternatieve analyse in dit verband.

In het licht van de zonet omschreven benadering en focus, opteren we nu concreet voor de volgende structuur om ons antwoord te bespreken op de specifieke vraag of de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, met het oog op het bieden van een investeringsbescherming, een wenselijke specialisatie inhouden binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht. In een eerste deel (Deel I), geven we aan welke toetsing, volgens ons, in beginsel het meest aangewezen is om, binnen een normatieve juridische analyse en vanuit de optiek van het verlenen van een investeringsbescherming, de specialisatie te evalueren die *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht. Een tweede deel (Deel II), is er vervolgens op gericht om de gehanteerde parameters en referentiepunten te concretiseren binnen de toetsing die, volgens ons, in beginsel het meest aangewezen is met het oog op het beantwoorden van onze onderzoeksvraag. In een derde deel (Deel III), komt dan de eigenlijke toetsing aan bod van de wenselijkheid van de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, op het vlak van het verlenen van een investeringsbescherming. Deze concrete toetsing in het derde deel, laat ons dan uiteindelijk toe om, in ons besluit, een gefundeerd antwoord te formuleren op onze onderzoeksvraag.

Deel I: Een passende toetsing van de wenselijkheid van de specialisatie doorgevoerd door de nieuwe *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken

Een correcte evaluatie van de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, is enkel mogelijk in het licht van een passende toetsing. In dit onderdeel tonen we daarom aan welke toetsing, volgens ons, in beginsel aangewezen is voor het doorvoeren van deze evaluatie. Om dit te doen, gaan we als volgt te werk. In de eerste plaats (1.) geven we een overzicht van de problematiek rond de introductie van de *sui generis* intellectuele rechten met betrekking tot chips, computerprogramma's en databanken. Hierbij is het vooral de bedoeling om de factoren in kaart te brengen, die eerder reeds als relevant bestempeld werden om de wenselijkheid te toetsen van de specialisatie doorgevoerd door deze *sui generis* intellectuele rechten. Vervolgens (2) bespreken we dan onze analyse rond het ontwerp van de meest aangewezen toetsing om te oordelen over de wenselijkheid van de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken. Tot slot (3) maken we dan een korte synthese rond het ontwerp van deze toetsing en de uitwerking en toepassing ervan binnen de verdere bespreking.

1. Overzicht van de problematiek rond de introductie van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken

Een correcte beoordeling van de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken vereist, zoals gezegd, inzicht in de factoren die de wenselijkheid van deze specialisatie beïnvloeden. Daarom gaan we in dit onderdeel in op de factoren die reeds als relevant bestempeld werden in dit verband. In de eerste plaats (1.1.) bespreken we vanuit die optiek de kenmerken van chips, computerprogramma's en databanken. De specifieke kenmerken van chips, computerprogramma's en databanken dienden immers reeds vaak als argument om de introductie van *sui generis* intellectuele rechten te motiveren. In de tweede plaats (1.2.) behandelen we de overwegingen van wetgevers en van de rechtsleer op het ogenblik dat de vraag voorlag rond het uitwerken van een passende bescherming rond chips, computerprogramma's en databanken op grond van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging. Ten slotte (1.3.) gaan we in op de evaluatie die anderen reeds maakten van de specialisatie door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken en van het concept van een doorgedreven specialisatie binnen het intellectuele eigendomsrecht door *sui generis* intellectuele rechten.

1.1. De kenmerken van chips, computerprogramma's en databanken

Met de beschrijving van de kenmerken van chips, computerprogramma's en databanken, begeven we ons op het domein van de informatietechnologie⁸⁶ en voornamelijk op het domein van de geautomatiseerde, digitale verwerking van data door middel van computers. Daarbij gaat het er in essentie om dat machines in staat zijn om de hen gepresenteerde data op te slaan, eventueel aan logische bewerkingen te onderwerpen en vervolgens opnieuw weer te geven.

De mogelijkheid waarover machines beschikken om aan geautomatiseerde, digitale dataverwerking te doen gaat daarbij in hoofdzaak terug op een combinatie van drie elementen. Ten eerste zijn machines in staat om informatie te verwerken, omwille van de mogelijkheid om uiteenlopende data te vatten in een uniforme, binaire weergave van deze data. Een dergelijke binaire weergave gaat terug op het binaire talstelsel. Via dit binaire talstelsel is het mogelijk om alle decimale getallen weer te geven in een opeenvolging van '1' en '0' waarbij de positie van de '1' of '0' aangeeft welke machten van twee, wel of net niet bij elkaar op te tellen zijn om tot het betrokken decimale getal te komen. De meest rechtse positie binnen een binair getal, staat daarbij dan voor 2^0 , en van rechts naar links staan de posities dan achtereenvolgens voor 2^1 , 2^2 , 2^3 , 2^4 , etc.. Het binaire getal '101', geeft dan bijvoorbeeld aan dat het gaat om de som van 2^2 en 2^0 , wat overeenkomt met het decimaal getal '5'. Wanneer letters nu een bepaalde

⁸⁶ Zie in dit verband bijvoorbeeld FRENCH die "Information Technology" omschrijft als "the technology which supports activities involving the creation, storage, manipulation and communication of information together with their related methods, management and application." C. FRENCH, *Oliver and Chapman's Data Processing and Information Technology*, London, DP Publications, 1996, p. 2.

getalwaarde toegewezen krijgen, bijvoorbeeld 'e'= 3, is het vervolgens ook mogelijk om, door middel van een binaire weergave van de betrokken letters, bijvoorbeeld '101'= 'e', ook geschreven data in een binaire weergave te vatten⁸⁷. Op die manier is het uiteindelijk dus mogelijk om uiteenlopende informatie te vatten in een uniforme binaire weergave. Op het niveau van de concrete machines, die aan geautomatiseerde dataverwerking doen, is deze binaire weergave van data dan met name opgebouwd uit tweevoudige toestanden met een onderscheiden drempelwaarde, van zintuiglijk waarneembare manifestaties. Het gaat dan met name bijvoorbeeld om een 'hoge' en een 'lage' elektronische spanning, het 'aan' of 'uit' zijn van schakelaar, etc..

Ten tweede zijn machines, in staat om op geautomatiseerde wijze logische bewerkingen uit te voeren ten aanzien van binair weergegeven data, door daarbij terug te vallen op Booleaanse logische bewerkingen. Deze Booleaanse logische bewerkingen gaan terug op drie basis logische bewerking, met name de bewerking 'EN', 'OF' en 'NIET'⁸⁸. De 'EN'-bewerking, heeft betrekking op twee inputs en houdt in logische termen in dat de uitkomst van de bewerking enkel 'waar' is als beide inputs 'waar' zijn. De 'OF'-bewerking, heeft eveneens betrekking op twee inputs en houdt in logische termen in dat het resultaat van deze logische bewerking 'waar' is, van zodra één van beide inputs 'waar' is. De 'NIET'-bewerking heeft betrekking op één input en houdt in dat de uitkomst 'waar' is als de input 'niet waar' is en de dat het resultaat van deze logische bewerking 'niet waar' is als de input 'waar' is. Daarbij is het ook mogelijk om deze 'EN'-, 'OF'- en 'NIET'-bewerkingen achtereenvolgens met elkaar te combineren. Machines zijn daarbij dan met name in staat om de zonet vermelde Booleaanse logische bewerkingen uit te voeren, doordat hun componenten in staat zijn om de hen, in een bepaalde opeenvolging van drempelwaarden, gepresenteerde informatie, automatisch aan een manipulatie van de betrokken drempelwaarden te onderwerpen die overeenkomt met de gevraagde 'EN'-, 'OF'-, 'NIET'-bewerkingen⁸⁹.

Ten derde zijn machines in staat om automatisch taken van dataverwerking uit te voeren omdat hun functioneren beheerst wordt door een 'algoritme'. Een 'algoritme' is een geordende reeks ondubbelzinnige en uitvoerbare bewerkingen om in een eindig aantal bewerkingen een bepaalde taak uit te voeren⁹⁰. Wat de automatische dataverwerking betreft, geeft een 'algoritme' de machine dus de instructies rond de stappen, die ze achtereenvolgens moet uitvoeren om een taak van dataverwerking tot een goed einde te brengen.

In wat volgt, beschrijven we nu hoe chips, computerprogramma's en elektronische databanken op grond van de zonet vermelde pijlers, aan geautomatiseerde, digitale dataverwerking doen. Omdat het toepassingsgebied van de

⁸⁷ Het komt er dan decimaal getal '1', wat overeenkomt met 2^0 , komt dan overeen met het binaire getal '0000', het decimaal getal '2', wat overeenkomt met 2^1 , het decimaal getal '3', wat overeenkomt met de som van 2^1 en 2^0 , komt dan overeen met het binaire getal '0010', etc.. Voor een uitgebreide bespreking van de weergave van decimale getallen aan de hand van het binair talstelsel verwijzen we naar bijvoorbeeld:

⁸⁸ Voor een vergelijkbare schema's, van zogheten 'truth tables' zie bijvoorbeeld: S. SHIVA, *Introduction to logic design*, New York (o.a.), Dekker, 1998, p. 52 en A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 265.

⁸⁹ De toepassing van de Booleaanse 'EN'-, 'OF'-, 'NIET'-bewerkingen rond 'waar' en 'niet waar', kunnen immers op de volgende manier ontleed worden als een wijziging van binaire drempelwaarden '1' en '0':

Bewerkingen	Inputs		Resultaat
'EN'- bewerking	0	0	0
	0	1	0
	1	0	0
	1	1	1
'OF'- bewerking	0	0	0
	0	1	1
	1	0	1
	1	1	1
'NIET'- bewerking	1		0
	0		1

⁹⁰ Zie in dit verband de definitie van een 'algoritme' bijvoorbeeld bij: G. BROOKSHEAR, *Inleiding informatica*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2005, p. 176 ("Een algoritme is een geordende reeks, ondubbelzinnige, uitvoerbare stappen die een proces beschrijven") A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p.213 ("An algorithm is 'an unambiguous statement of the actions required to solve a problem in a finite number of steps'"). I. BAINBRIDGE, *Introduction to information technology law*, Harlow, Pearson Longman, 2008, p. xxi ("Algorithm: a structured set of rules or operations defining a logical solution to a problem or a methodology to achieve some end result.).

Richtlijn Databanken zich echter niet beperkt tot elektronische databanken⁹¹, zullen wij de bespreking rond databanken echter ook oentrekken tot niet-elektronische databanken.

A. Chips

‘Chips’ of ‘geïntegreerde halfgeleiderschakelingen’ zijn elektronische schakelingen waarvan de schakelcomponenten en de geleiders die deze schakelcomponenten verbinden, geïntegreerd zijn binnen één stuk halfgeleidend materiaal⁹². Het bijzondere aan ‘chips’ is nu dat hun schakelcomponenten erg klein zijn, met name kleiner als één duizendste van een millimeter. Zo kunnen binnen een stuk halfgeleidend materiaal van een tiental vierkante millimeter bijvoorbeeld meerdere tienduizenden schakelcomponenten vervat liggen⁹³.

In dit onderdeel bespreken we nu achtereenvolgens (A.1.) het functioneren van chips, (A.2.) het ontwikkelingsproces van chips en (A.3.) de zogeheten ‘reverse engineering’ van chips.

A.1. Het functioneren van chips

De functie van een ‘chip’ of ‘geïntegreerde halfgeleiderschakeling’ bestaat er in om de data die ze ontvangt in de vorm van binaire, elektronische spanningsverschillen, op te slaan of te onderwerpen aan logische bewerkingen⁹⁴. Het opslaan van de data, vervat in de binaire patronen van elektronische spanningsverschillen gebeurt daarbij dan concreet als binaire ‘aan’/‘uit’-patronen van schakelcomponenten. Het uitvoeren van logische bewerkingen gebeurt daarbij dan concreet door schakelcomponenten die fungeren als ‘logische poorten’ in de zin van de hierboven vermelde Booleaanse ‘EN’-, ‘OF’-, ‘NIET’-bewerkingen. Deze schakelcomponenten zullen de binaire waarden van de hen gepresenteerde data, de betrokken elektronische spanningsverschillen, daarbij dan met name automatisch aan een manipulatie onderwerpen die overeenkomt met de gevraagde ‘EN’-, ‘OF’-, ‘NIET’-bewerkingen. Naargelang de logische bewerking die zij uitvoeren worden de betrokken schakelcomponenten dan met name aangeduid als ‘EN’-poorten, ‘OF’-poorten, ‘NIET’-poorten, ‘NIET/OF’-poorten, etc..

De schakelcomponenten die centraal staan bij het functioneren van chips, zijn daarbij opgebouwd uit zones halfgeleidend materiaal waarvan de capaciteit om elektriciteit te geleiden, verhoogd of verlaagd werd door het gericht inbrengen, zogeheten ‘doperen’, van chemische stoffen. Het gevolg van deze operatie is dat, binnen het stuk halfgeleidend materiaal, driedimensionale zones gecreëerd worden waarvan, naargelang de elektriciteit geleidende eigenschappen van de ingebrachte chemische stof, het doorlaten of net niet doorlaten van elektrische stroom zal afhangen van het aanbrengen van een hoge of een lage stroomspanning. Het bouwen van dergelijke zones maakt het mogelijk om verschillende soorten schakelcomponenten te creëren die, naargelang hun driedimensionale vorm en chemische samenstelling, op specifieke wijze zullen reageren op elektronische spanningsverschillen. Binnen een ‘geïntegreerde halfgeleiderschakeling’ wordt de driedimensionale vorm en de chemische samenstelling van schakelcomponenten daarbij dan met name gevarieerd om hen het volgende te laten doen: op een specifieke wijze reageren op de hen, in de vorm van binaire patronen van elektronische spanningsverschillen, geïntroduceerde data. De driedimensionale vorm en de chemische samenstelling van een schakelcomponent worden dan bijvoorbeeld zo vastgelegd dat dit schakelcomponent op deze data reageert als een ‘EN’-poort of net als een ‘NIET/OF’-poort, enz.. Bij een ‘geïntegreerde halfgeleiderschakeling’ ligt het ‘algoritme’ rond de door deze schakeling te vervullen taak dus concreet geïncorporeerd in de wijze waarop geleiders, binnen het halfgeleidend materiaal, verbindingen maken tussen verschillende soorten schakelcomponenten waarvan het functioneren bepaald is door hun driedimensionale vorm en chemische samenstelling.

⁹¹ Zie in dit verband: art 1.2 Richtlijn Databanken en overweging 13 en 14 Richtlijn Databanken.

⁹² Zie in die zin bijvoorbeeld: J. TURLEY, *The essential guide to semiconductors*, New Jersey, Prentice Hall, 2003, p. 4 e.v..

⁹³ E.-P. HEILEIN, *Die Bedeutung des Rechtsschutzes für integrierte Halbleiterschaltkreise in der Praxis. Prognose und Probleme eines sondergesetzlichen Schutzes*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2003, p.23, voetnoot 18.

⁹⁴ Zie wat deze indeling betreft, bijvoorbeeld: V. RAJARAMAN en R. RADHAKRISHNAN, *Digital Logic and Computer Organization*, New Dehli, Prentice-Hall of India, 2006, p. 71 e.v. en 129 e.v.; S. SHIVA, *Computer design and architecture*, New York (o.a.), Dekker, 2000, p. 11 en A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p.288 e.v.; Vergelijk echter ook de indeling bij J. TURLEY, *The essential guide to semiconductors*, New Jersey, Prentice Hall, 2003, p. 7.

A.2. Het ontwikkelingsproces van chips

Het ontwikkelingsproces van 'geïntegreerde halfgeleiderschakelingen' is er nu doorgaans op gericht om tot een verbinding en driedimensionale plaatsing te komen van soorten schakelcomponenten binnen een stuk halfgeleidend materiaal die de betrokken schakeling toelaat om zo klein mogelijk te blijven en haar taak niettemin zo efficiënt mogelijk te volbrengen⁹⁵. Om tot een dergelijk resultaat te komen, omvat het ontwikkelingsproces daarbij een belangrijke ontwerpfase, alvorens de schakeling, in het eigenlijke fabricageproces, kan aangebracht worden binnen een stuk halfgeleidend materiaal.

De ontwerpfase van geïntegreerde halfgeleiderschakelingen omvat verschillende stappen. Eenmaal de eisen vastliggen waaraan de geïntegreerde halfgeleiderschakelingen moet voldoen, de specificaties, zijn binnen deze ontwerpfase doorgaans met name de volgende stadia te onderscheiden. Een eerste stap, het zogeheten 'system design', bestaat er in om, op grond van de specificaties, de taken vast te leggen die de chip zal moeten vervullen en deze taken om te zetten in algoritmes. Vervolgens wordt het 'system design'-ontwerp dan, binnen het zogeheten 'functional design', verder ontleed naar functionele gehelen waarvan de functies ook overeenkomen met functies die concrete schakelcomponenten kunnen waarnemen. In een volgende stap wordt het 'functional design'-ontwerp dan omgezet in een 'logic design'-ontwerp, door een logische ontleding van de volgens het 'functional design'-ontwerp concreet uit te voeren functies. Daarna wordt binnen het 'circuit design', op grond van het 'logic design'-ontwerp, een ontwerp gemaakt van een schakeling met concrete schakelcomponenten en hun onderlinge verbindingen. In een laatste stap van de ontwerpfase, het 'layout out design', wordt dan een ontwerp gemaakt van het concrete driedimensionale patroon dat het meest aangewezen is om de schakelcomponenten en de geleiders die deze schakelcomponenten verbinden, te positioneren binnen het halfgeleidend materiaal. Hierbij is op te merken dat, naarmate de ontwerpstadia dichter bij het 'layout out design' komen ook steeds vaker een beroep gedaan wordt op computers om de ontwerparbeid te vergemakkelijken, met name via zogeheten 'computer aided design (CAD)'⁹⁶.

Het eigenlijke fabricageproces van chips, met name het aanbrengen van de schakeling binnen een stuk halfgeleidend materiaal, gebeurt doorgaans door middel van een fotolithografisch proces. De eerste stap binnen dit fotolithografisch proces bestaat er in een lichtgevoelige stof aan te brengen op een stuk halfgeleidend materiaal. Vervolgens wordt dan, voor een lichtbron, een zogeheten 'masker' bevestigd met daarin, naargelang het te implementeren 'lay out design', bewust aangebrachte uitsparingen. De volgende stap bestaat er dan in om het licht van de lichtbron, doorheen deze uitsparingen, op het stuk halfgeleidend materiaal te laten schijnen met de lichtgevoelige stof waardoor dus sommige zones belicht worden en andere niet. Daarna krijgt het stuk halfgeleidend materiaal met de lichtgevoelige stof een behandeling, die maakt dat de lichtgevoelige stof verdwijnt op de belichte zones en blijft hangen op de niet-belichte plaatsen. De volgende stap houdt dan in dat een stof aangebracht wordt op het stuk halfgeleidend materiaal die in de belichte zone, waar de lichtgevoelige stof verdwenen is, uitsparingen weg bijt, in het halfgeleidend materiaal. Na deze behandeling worden de op het stuk halfgeleidend materiaal aangebrachte stoffen verwijderd, met inbegrip van de resterende lichtgevoelige stof die, op de niet belichte zone, als bescherm laag fungeerde tegen de bijtende stof. De volgende stap bestaat er dan in om chemische stoffen aan te brengen in de gecreëerde uitsparingen van het halfgeleidend materiaal met het oog op het bouwen van schakelcomponenten. Het gaat hierbij dan, zoals aangegeven om chemische stoffen die, naargelang hun elektriciteit geleidende eigenschappen, maken dat de behandelde zones bij het aanbrengen daarop van een hoge of een lage stroomspanning, net wel of net geen elektrische stroom doorlaten. Een soortgelijk

⁹⁵ Vergelijk in die zin bijvoorbeeld: L. RASKIND, "Reverse Engineering, Unfair Competition, and Fair Use", *Minnesota Law Review* 1985-1986, p. 402.

⁹⁶ Wat deze beschrijving van de ontwerpfase van geïntegreerde halfgeleiderschakelingen betreft, verwijzen we bijvoorbeeld naar: D. HODGES, H. JACKSON en R. SALEH, *Analysis and design of digital integrated circuits*, Boston, McGraw-Hill Higher Education, 2003, p. 2 e.v.; S. RAVIKUMAR, *Parallel methods for VLSI layout design*, Norwood, Ablex Pub., 1996, p. 3 e.v. en A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 286 e.v..

fotolithografisch proces wordt dan vervolgens ook gebruikt om de geleiders aan te brengen tussen de onderscheiden schakelcomponenten.

Het zonet beschreven fabricageproces van halfgeleiders stelt daarbij extreem hoge eisen op het vlak van zuiverheid en precisie van de gebruikte installaties. Tegenwoordig zorgt dit er voor dat de investering voor het ontwerpen van de geïntegreerde halfgeleiderschakelingen veelal veel kleiner uitvallen dan de investeringen die nodig zijn voor het bouwen van de fabrieken en de machines die de geïntegreerde halfgeleiderschakelingen kunnen vervaardigen, en voor het aanmaken van halfgeleidend materiaal met een voldoende zuivere samenstelling⁹⁷.

A.3. Reverse engineering van chips

Het ontwikkelingsproces van een geïntegreerde halfgeleiderschakelingen zal in sommige gevallen ook vertrekken van een zogeheten ‘reverse engineering’ van een andere, reeds bestaande geïntegreerde halfgeleiderschakeling. Dit zal met name het geval zijn indien iemand een chip wil vervaardigen die identiek is aan de andere, reeds bestaande chip of een chip die, zonder identiek te zijn, niettemin gelijkaardige eigenschappen heeft als deze reeds bestaande chip. Het begrip ‘reverse engineering’, is hierbij een algemeen begrip dat, als antoniem van ‘forward engineering’⁹⁸, verwijst naar de handelingen binnen een proces dat erop gericht is om, op grond van een analyse van een zintuiglijk waarneembare manifestatie, haar kenmerken te achterhalen op het vlak van haar effecten, intern functioneren of haar ontwikkelingsproces⁹⁹. Doorgaans gebeurt ‘reverse engineering’ dan meer bepaald met het oog op het creëren van een zintuiglijk waarneembare manifestatie die op het vlak van haar effecten, intern functioneren of haar ontwikkelingsproces, dezelfde of soortgelijke kenmerken heeft als de zintuiglijk waarneembare manifestatie die het voorwerp uitmaakte van de analyse, of specifiek met het oog op het creëren van een zintuiglijk waarneembare manifestatie die kan interageren met de zintuiglijk waarneembare manifestatie die het voorwerp uitmaakte van de analyse¹⁰⁰.

Concreet bij geïntegreerde halfgeleiderschakelingen neemt een dergelijke reverse engineering dan in hoofdzaak twee vormen aan. In de eerste plaats kan de reverse engineering de vorm aannemen van een, zogeheten ‘black box’-analyse. Een dergelijke ‘black box’-analyse bestudeert de effecten van de geïntegreerde halfgeleiderschakeling vanuit een externe perspectief, zonder daarbij de concrete interne werking te analyseren die deze effecten veroorzaakt. Daarbij wordt dan met name geobserveerd hoe de geïntegreerde halfgeleiderschakelingen reageert op elektronische spanningsverschillen en op haar in de vorm van binaire elektronische spanningsverschillen geïntroduceerde data. Dit gebeurt dan concreet door daarbij de relatie na te gaan tussen de input en de output van de geïntegreerde halfgeleiderschakeling. Op de concrete interne kenmerken

⁹⁷ E.-P. HEILEIN, *Die Bedeutung des Rechtsschutzes für integrierte Halbleiterschaltkreise in der Praxis. Prognose und Probleme eines sondergesetzlichen Schutzes*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2003, p.32 en p.141-142; Zie in dit verband ook: J. TURLEY, *The essential guide to semiconductors*, New Jersey, Prentice Hall, 2003, p. 99 e.v..

⁹⁸ Zie in dit verband RAJA en FERNANDES, die daarbij ‘forward engineering’ omschrijven als “*the traditional process of moving from high-level abstractions and logical designs to the physical implementation.*” V. RAJA en J. FERNANDES, *Reverse engineering: an industrial perspective*, Goldaming, Springer London, 2007, p. 2.

⁹⁹ Zie in dit verband bijvoorbeeld: LAPLANTE die ‘reverse engineering’ omschrijft als: “*the process of analyzing an existing system to identify its components and their interrelationships and create representations of the system in another form or at a higher level of abstraction.*” P. LAPLANTE, *Dictionary of computer science, engineering, and technology*, Boca Raton (o.a.), CRC Press, 2001, p. 424; de omschrijving van ‘reverse engineering’ bij RAJA en FERNANDES die luidt: “*the basic concept of producing a part based on an original or physical model without the use of an engineering drawing.*” V. RAJA en J. FERNANDES, *Reverse engineering: an industrial perspective*, Goldaming, Springer London, 2007, p. 2; het Amerikaanse Supreme Court, dat reeds in 1974 stelde: “*...reverse engineering, that is by starting with the known product and working backward to divine the process which aided in its development or manufacture.*” Supreme Court van de Verenigde Staten (*Kewanee Oil Company v. Bicon Corporation et al.*), 13 mei 1974, 416 U.S., p. 470 (met name op p. 476).

¹⁰⁰ Zie in dit verband bijvoorbeeld: P. LAPLANTE, *Dictionary of computer science, engineering, and technology*, Boca Raton (o.a.), CRC Press, 2001, p. 424; Vergelijk op dit punt ook: art 5.4 Richtlijn Chips en art. 6 Richtlijn Computerprogramma’s.

van de geïntegreerde halfgeleiderschakelingen die deze effecten teweegbrengen, gaat deze analyse dus niet in. De analyse laat deze kenmerken als het ware verborgen blijven binnen een ondoorschijnende zwarte doos¹⁰¹.

In de tweede plaats kan de reverse engineering echter ook de vorm aannemen van een 'white box'- of 'glass box'-analyse. Bij een dergelijke 'white box'- of 'glass box'-analyse gaat het om een analyse van de interne kenmerken en werking van de schakeling, met name van de concrete schakelcomponenten, hun onderlinge verbindingen door geleiders en hun respectievelijke positionering binnen het halfgeleidend materiaal¹⁰². Deze analyse van de interne werking van een bestaande halfgeleiderschakeling gebeurt daarbij in de regel door het oppervlak van deze halfgeleiderschakeling, laag voor laag, in beeld te brengen en daarbij eventueel te dupliceren¹⁰³.

B. Computerprogramma's

Een 'computerprogramma' is een verzameling van instructies die tot doel hebben een computer een bepaalde taak te laten uitvoeren¹⁰⁴. De zintuiglijk waarneembare manifestaties van een bepaald computerprogramma zijn erg uiteenlopend. Op dit vlak is vooral een onderscheid te maken tussen: enerzijds, beschrijvingen van het computerprogramma, dit wil zeggen de betrokken instructies, in programmeertalen, en, anderzijds, de quasi-direct

¹⁰¹ Zie in verband met dergelijke 'black box'-analyses van geïntegreerde halfgeleiderschakelingen, bijvoorbeeld: S. HAMDIOUI, *Testing static random access memories: defects, fault models, and test patterns*, Boston (Mass.), Kluwer Academic, 2004, p. 17 e.v..

¹⁰² Hoewel de termen 'white box'- of 'glass box'-analyse meer verspreid zijn wat de 'reverse engineering' betreft van computerprogramma's, vinden we deze term ook terug met betrekking tot chips (Zie bijvoorbeeld: J. AUGUSTO (et al.), "On chip property verification using assertion processors" in M. GLESNER (ed.), *VLSI-SOC: From systems to chips/IFIP TC 10/WG 10.5, twelfth International Conference on Very Large Scale Integration of System on Chip (VLSI-SoC 2003)*, New York, Springer, 2006, p.103.) en vinden we deze termen bovendien ook terug als een algemeen concept met betrekking tot 'reverse engineering'-activiteiten. (Zie in die zin bijvoorbeeld: A. SAGE en W. ROUSE, *Handbook of Systems Engineering and Management*, Hoboken (New Jersey), John Wiley & Sons, 2009, p. 1011 en 1031 e.v.). Omdat de begrippen 'black box'-, 'white box'- en 'glass box'-analyse zo sprekend zijn opteren we dan ook om hier deze termen te gebruiken. De term 'glass box'-analyse hanteren we hierbij in navolging van SCHACH, waar deze schrijft: "I avoid the term white-box testing because it is somewhat confusing. After all, a box painted white is just as opaque as one painted black." S. SCHACH, *Object-oriented and classical software engineering*, Boston (o.a.), McGraw-Hill Higher Education, 2005, p. 447.

¹⁰³ Zie in dit verband, bijvoorbeeld: W. OSTEN, *Optical inspection of microsystems*, Boca Raton, Taylor & Francis, 2007, p. 410 e.v.; E.-P. HEILEIN, *Die Bedeutung des Rechtsschutzes für integrierte Halbleiterschaltkreise in der Praxis. Prognose und Probleme eines sondergesetzlichen Schutzes*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2003, p.144 (Die deze techniek gevat omschrijft als: "Ätzen und Abfotografieren"); B. KOLBESEN, *Analytical and diagnostic techniques for semiconductor materials, devices, and processes: joint proceedings of the symposia on: ALTECH 99 : satellite symposium to ESSDERC 99: Leuven, Belgium: The Electrochemical Society Symposium on Diagnostic Techniques for Semiconductor materials and Devices*, Pennington, Electrochemical Society, 1999, p. 41 e.v.; A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p.139 e.v.; Zie ook: V. RAJA en J. FERNANDES, *Reverse engineering: an industrial perspective*, Goldaming, Springer London, 2007, p. 202 (Die de uitdrukking "to 'peel' the computer chip" hanteren).

¹⁰⁴ Zie voor soortgelijke omschrijving van een computerprogramma, bijvoorbeeld: C. FRENCH, *Oliver and Chapman's Data Processing and Information Technology*, London, DP Publications, 1996, p.3 ("A program is a set of instructions that is written in the language of the computer."); V. RAJARAMAN en R. RADHAKRISHNAN, *Digital Logic and Computer Organization*, New Dehli, Prentice-Hall of India, 2006, p.2 (Die een computerprogramma omschrijven als: "a sequence of instructions for accomplishing a complex task"); S. SHIVA, *Computer design and architecture*, New York (o.a.), Dekker, 2000, p.2 (Die een computerprogramma typeert als: "...(a set of instructions) for the processor to follow in solving the problem."); Zie ook: De Toelichting bij het oorspronkelijke Commissievoorstel rond de Richtlijn Computerprogramma's die stelt: "For the purpose of this proposal, the term 'computer program' is used. This means a set of instructions the purpose of which is to cause an information processing device, a computer, to perform its functions" en "Given the present state of the art, the word program should be taken to encompass the expression in any form, language, notation or code of a set of instructions, the purpose of which is to cause a computer to execute a particular task or function.", Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, COM(1988) 816 definitief, Brussel 17 maart 1989, respectievelijk p. 3 en p. 17.

uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma binnen bijvoorbeeld het computersysteem of een bepaalde geheugendrager¹⁰⁵.

De beschrijvingen van computerprogramma's in programmeertalen verwijzen dan met name naar een symbolische weergave van een opeenvolging van binaire toestanden of drempelwaarden van bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestaties die quasi-direct in staat zijn om een computersysteem instructies te geven en te laten uitvoeren¹⁰⁶. Deze symbolische weergave van het betrokken computerprogramma kan daarbij nauw aansluiten bij de beschreven opeenvolging van binaire toestanden of drempelwaarden van zintuiglijk waarneembare manifestaties, die het computersysteem uiteindelijk instructies zullen geven. Dit zal met name het geval zijn bij een beschrijving van het betrokken computerprogramma in de programmeertalen die gewoonlijke aangeduid worden als 'objectcode' of 'machinetaal' en die de betrokken opeenvolging van binaire toestanden of drempelwaarden weergeven door de symbolen '0' en '1'. De symbolische weergave van het betrokken computerprogramma kan echter ook aansluiting gaan zoeken bij de omschrijving in mensentaal van de instructies die een bepaalde opeenvolging van binaire toestanden of drempelwaarden van zintuiglijk waarneembare manifestaties, moet geven aan het computersysteem. Dit zal dan met name het geval zijn, zoals straks uitgebreider aan bod komt, bij een beschrijving van het betrokken computerprogramma in programmeertalen die gewoonlijke aangeduid worden als 'broncode', met name zogeheten 'assembly'- of 'high level programming'-talen. De rode draad doorheen deze beschrijvingen van computerprogramma's in programmeertalen is dat zij, zoals meteen uitgebreider aan bod komt, pas daadwerkelijk kunnen resulteren in een uitvoering van instructies door een computersysteem na de uitvoering van de volgende stap: een technische omzetting van hun symbolische weergave van de betrokken instructies, in een opeenvolging van binaire toestanden of drempelwaarden van bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestaties die quasi-direct in staat zijn om een computersysteem instructies te geven en te laten uitvoeren¹⁰⁷. Hierbij is dan ten slotte ook op te merken dat de zintuiglijk waarneembare manifestaties van beschrijvingen van computerprogramma's in programmeertalen, in beginsel, niet gebonden zijn aan bepaalde zintuiglijk waarneembare kenmerken van de

¹⁰⁵ Voor een vergelijkbaar onderscheid zie bijvoorbeeld: JAMES, die schrijft: "*Coding involves the conversion of design details into a computer executable form using suitable programming languages*", K. JAMES, Software Engineering, New Delhi, PHI Learning, 2009, p. 6; CHRISTIE, die schrijft: "*To summarise, the only form of software directly executable by hardware is a computer program in object code. The forms of software at the higher levels are only symbolic. That is, the other forms of software are simply representations of executable software.*" A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 271. De terminologie die CHRISTIE hanteert bij het formuleren van dit onderscheid is, volgens ons echter enigszins onnauwkeurig. De notie objectcode of 'machine'-taal verwijst immers in de regel eveneens naar een symbolische weergave van een computerprogramma, zij het dan naar een symbolische weergave aan de hand van de binaire symbolen '1' en '0' die nauw aansluit bij de concrete opeenvolging van binaire toestanden of drempelwaarden van bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestaties die quasi-direct in staat zijn om een computersysteem instructies te geven en te laten uitvoeren. Deze symbolische weergave van het computerprogramma in objectcode of 'machine'-taal zal echter, pas daadwerkelijk kunnen resulteren in een uitvoering van instructies door een computersysteem nadat deze symbolische weergave, technisch gezien, door een zogeheten 'loader', ook daadwerkelijk omgezet werd in een opeenvolging van binaire toestanden of drempelwaarden van concrete zintuiglijk waarneembare manifestaties die quasi-direct in staat zijn om een computersysteem instructies te geven en te laten uitvoeren. Zie wat deze omzetting door een dergelijke 'loader' betreft bijvoorbeeld: S. SHIVA, *Computer design and architecture*, New York (o.a.), Dekker, 2000, p. 4.

¹⁰⁶ Met betrekking tot de notie programmeertalen, zie bijvoorbeeld: N. DALE en C. WEEMS, *Introduction to Pascal and structured design*, Lexington (Mass.), D.C. Heath, 1994, p. 38 ("*A programming language is a set of rules, symbols, and special words used to construct a program. There are rules for both syntax (grammar) and semantics (meaning). Syntax The formal rules governing how valid instructions (constructs) are written in a programming language. Semantics: The set of rules that determine the meaning of instructions (constructs) written in a programming language.*").

¹⁰⁷ Zie in verband met de omzettingen van de beschrijvingen van computerprogramma's naar de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma, bijvoorbeeld: B. AGARWAL, S. TAYAL en M. GUPTA, *Software Engineering & Testing: An Introduction*, Sudbury, (Mass.), Jones and Bartlett, 2009, p. 5 e.v.; M. SCOTT, *Programming language pragmatics*, Amsterdam (o.a.), Elsevier/Morgan Kaufmann, 2006, p. 13 e.v.; D. PATTERSON en J. HENNESSY, *Computer organization and design: the hardware/software interface*, Amsterdam en Boston, Elsevier/Morgan Kaufmann, 2004, p. 11 e.v.; S. SHIVA, *Computer design and architecture*, New York (o.a.), Dekker, 2000, p. 4 e.v..

media of dragers waarin de symbolen vervat liggen die het betrokken computerprogramma beschrijven. Deze beschrijving kan bijvoorbeeld evengoed vervat liggen in grafische symbolen op een blad papier.

De quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma zijn dan met name de eigenlijke opeenvolging van binaire toestanden of drempelwaarden van bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestaties die quasi-direct in staat zijn om een computersysteem instructies te geven en te laten uitvoeren. Van welke zintuiglijk waarneembare manifestaties het binaire patroon dan de opeenvolging van binaire toestanden of drempelwaarden vormt die de zintuiglijk waarneembare manifestatie uitmaakt van het computerprogramma, zal daarbij dan concreet afhangen van en wijzigen volgens de volgende variabele: de kenmerken van het onderdeel van het computersysteem, geheugenapparaat of netwerk waarin het betrokken computerprogramma zich op dat moment bevindt¹⁰⁸. Zoals zo meteen aan bod komt, kunnen de betrokken binaire toestanden, en dus de zintuiglijk waarneembare manifestaties van het computerprogramma, daarbij dan bijvoorbeeld concreet bestaan uit het binaire ‘aan’/‘uit’ patroon van schakelcomponenten, het binaire patroon van spanningsverschillen in elektronische stroom, het binaire patroon van verschillen in het patroon van magnetisering, het binaire patroon van verschillen in de mate waarin punten licht reflecteren, etc..

Belangrijk hierbij is op te merken dat een bepaald computerprogramma, ook in zijn direct uitvoerbare manifestaties dus steeds een zintuiglijk waarneembare manifestatie heeft¹⁰⁹. Op grond van de binaire toestanden van het onderdeel van het computersysteem, geheugenapparaat of netwerk waarin de direct uitvoerbare manifestaties van het computerprogramma zich op een bepaald moment bevinden, zal het immers uiteindelijk steeds mogelijk zijn voor, in beginsel, meerdere mensen om via hun zintuigen, door een directe of een indirecte waarneming, empirische kennis te verkrijgen rond het bestaan en de kenmerken van deze direct uitvoerbare manifestaties van het computerprogramma. Concreet zal het bijvoorbeeld relatief eenvoudig vast te stellen zijn of een bepaald computerprogramma al dan niet aanwezig is binnen een bepaald computersysteem en welke taken het computersysteem door het computerprogramma kan vervullen.

In dit onderdeel bespreken we nu achtereenvolgens (B.1.) het functioneren van computerprogramma's, (B.2.) het ontwikkelingsproces van computerprogramma's en (B.3.) de ‘reverse engineering’ van computerprogramma's.

B.1. Het functioneren van computerprogramma's

Een ‘computerprogramma’ is, zoals zonet aangegeven, een verzameling van instructies waarvan de functie erin bestaat om een computer een bepaalde taak te laten uitvoeren¹¹⁰. In dat opzicht is een computerprogramma dus te

¹⁰⁸ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 271 (met name de opmerking die deze auteur maakt over the “*medium of embodiment*” van computerprogramma's).

¹⁰⁹ Zie in die zin ook MARLY, die terecht schrijft: “*Da Computerprogrammae wesensbedingt auf irgendeinen Informationsträger verkörpert sein müssen (Papier, Diskette, Speicherchip etc.) stellen sie ausnahmslos eine körperliche Sache dar. Ein hiervon unterscheidbares – immaterielles – Computerprogramm ‘als solches’, dass dem Anwender zur Benutzung überlassen werden könnte, existiert nicht.*” J. MARLY, *Softwareüberlassungsverträge*, München, C.H. Beck, 2004, p. 57.

¹¹⁰ Zie voor soortgelijke omschrijving van een computerprogramma, bijvoorbeeld: C. FRENCH, *Oliver and Chapman's Data Processing and Information Technology*, London, DP Publications, 1996, p.3 (“A program is a set of instructions that is written in the language of the computer.”); V. RAJARAMAN en R. RADHAKRISHNAN, *Digital Logic and Computer Organization*, New Dehli, Prentice-Hall of India, 2006, p.2 (Die een computerprogramma omschrijven als: “*a sequence of instructions for accomplishing a complex task*”); S. SHIVA, *Computer design and architecture*, New York (o.a.), Dekker, 2000, p.2 (Die een computerprogramma typeert als: “*...(a set of instructions) for the processor to follow in solving the problem.*”); Zie ook: De Toelichting bij het oorspronkelijke Commissievoorstel rond de Richtlijn Computerprogramma's die stelt: “*For the purpose of this proposal, the term ‘computer program’ is used. This means a set of instructions the purpose of which is to cause an information processing device, a computer, to perform its functions*” en “*Given the present state of the art, the word program should be taken to encompass the expression in any form, language, notation or code of a set of instructions, the purpose of which is to cause a computer to execute a particular task or function.*”, Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, COM(1988) 816 definitief, Brussel 17 maart 1989, respectievelijk p. 3 en p. 17.

onderscheiden van de door de computer, onder invloed van de computerprogramma te bewerken data¹¹¹. Deze te bewerken data geven de computer geen instructies rond de uit te voeren taken. Ze maken integendeel het voorwerp uit van de onder invloed van het computerprogramma door de computer uit te voeren taken. Voor computerprogramma's en de door het computerprogramma te bewerken data geldt evenwel dat zij technisch gezien, veelal op dezelfde wijze vervaardigd of opgeslagen liggen binnen het computersysteem of binnen geheugenapparaten¹¹².

Het eigenlijke functioneren van een computerprogramma is daarbij onlosmakelijk verbonden met de werking van een computersysteem. Een computersysteem of kortweg computer is een machine voor gegevensverwerking die, gecontroleerd door een computerprogramma, externe data opneemt, deze data opslaat en bewerkt en vervolgens de opgeslagen en bewerkte data opnieuw weergeeft voor extern gebruik¹¹³. Om deze taken te vervullen omvat een computersysteem steeds minstens een input-apparaat, bijvoorbeeld een toetsenbord, een werkgeheugen, een 'central processing unit', een 'control-unit' met 'system clock' en een output-apparaat, bijvoorbeeld een beeldscherm¹¹⁴. Daarnaast kan de computer nog verbonden zijn met bijkomende 'perifere' apparaten, met name bijvoorbeeld met bijkomende input-apparaten, zoals een muis, additionele geheugenapparaten, zoals een harde

¹¹¹ Wat dit onderscheid betreft tussen 'computerprogramma' en te bewerken 'data', zie bijvoorbeeld: J. HSU, *Computer architecture: software aspects, coding, and hardware*, Florida, CRC Press, 2001, p. 4 (met name waar deze schrijft: "*Generally speaking, an instruction is active as it tells the CPU (red.: Central Processing Unit) what to do. In contrast, data are passive because they are the result of executing an instruction.*"; M. WEIK, *Computer Science and Communications Dictionary*, Berlijn, Springer, 2000, p.337; A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 11.

Begripsmatig enigszins anders maar naar het idee hetzelfde: MARLY, die binnen het begrip computerprogramma, een verder onderscheid maakt tussen 'instructies' en 'data', waar hij schrijft: "*...Daten und Befehle als Einzelbestandteilen der Computerprogramme. Anders als den Befehlen kommt den Daten somit keine Steuerungsfunktion zu, sondern ihre Funktion besteht allein in der Bereitstellung von Ordnungs- und Mengeninformatoren als Bezugsobjekt der Datenverarbeitung.*" J. MARLY, *Softwareüberlassungsverträge*, München, C.H. Beck, 2004, p. 9-10.

Hierbij is op te merken dat wij zelf van 'te bewerken data' spreken omdat computerprogramma's zelf onder het brede begrip 'data' vallen. Zie in dit verband de opmerking bij het begrip 'data' bij M. WEIK, *Computer Science and Communications Dictionary*, Berlijn, Springer, 2000, p.337; Vergelijk in dit verband CHRISTIE die schrijft: "*Information may be categorised as 'instructional' and 'non-instructional'. Instructional information is information that has the characteristic of informing some entity (whether man or machine) how to do something. Non-instructional information is information that does not have this characteristic. In the context of information processing instructional information is referred to as a 'computer program'. Non-instructional information is referred to as 'data'.*" A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 11.

¹¹² Zie in dit verband bijvoorbeeld MARLY die onder andere schrijft: "*Computerprogramme dienen der Steuerung eines Computers und bestehen entsprechend den obigen Darlegungen aus einzelnen Befehlen, die die notwendigen Steuerfunktionen auslösen. Hiervon streng zu unterscheiden sind die Daten. Daten repräsentieren wie die Befehle bestimmte Informationen und können ebenfalls wie die Befehle im Hauptspeicher oder einem peripheren Speicher in binärer Form aufbewahrt werden.*" J. MARLY, *Softwareüberlassungsverträge*, München, C.H. Beck, 2004, p. 9.

¹¹³ Zie wat deze functies van een 'computer' betreft, bijvoorbeeld FRENCH die deze functies typeert door te schrijven: "*So when the computer processes data it actually performs a number of separate functions as follows: a. Input: The computer accepts data from outside for processing within. b. Storage: The computer holds data internally before, during and after processing. c. Processing: The computer performs operations on the data it holds within. d. Output: The computer produces data from within for external use.*" C. FRENCH, *Oliver and Chapman's Data Processing and Information Technology*, London, DP Publications, 1996, p. 3.

¹¹⁴ Zie bijvoorbeeld: WEIK, die een computer omschrijft als: "*A device that (a) accepts data, processes the data in accordance with a stored program, and furnishes the results, at its output and (b) usually consist of input, output, storage, arithmetic, logic and control units.*" M. WEIK, *Computer Science and Communications Dictionary*, Berlijn, Springer, 2000, p. 266; Met betrekking tot de opsomming van de 'basisonderdelen' van een 'computer', zie bijvoorbeeld: S. SHIVA, *Computer design and architecture*, New York (o.a.), Dekker, 2000, p. 2-3; V. RAJARAMAN en R. RADHAKRISHNAN, *Digital Logic and Computer Organization*, New Delhi, Prentice-Hall of India, 2006, p. 266; K. BERESFORD, *Patenting Software under the European Patent Convention*, London, Sweet & Maxwell, 2000, p. 32.

schijf, extra output-apparaten, zoals een printer, etc.¹¹⁵. Verschillende computersystemen kunnen ook met elkaar verbonden worden binnen ‘computernetwerken’. Een ‘computernetwerk’ is daarbij met name een geheel van computers dat met elkaar verbonden is zodanig dat computerprogramma’s en te bewerken data tussen de verbonden computers kunnen uitgewisseld worden om ze op de verbonden computers te gebruiken¹¹⁶. Het meest bekende voorbeeld van een ‘computernetwerk’, meer bepaald dan van een netwerk van computernetwerken, is wellicht het Internet¹¹⁷.

Voor onze beschrijving nu van het functioneren van computerprogramma’s beperken we ons tot de grote lijnen van de manier waarop het computerprogramma inwerkt ten aanzien van de basiscomponenten van een computersysteem. Het gaat daarbij, zoals aangegeven, dus met name om een input-apparaat, een werkgeheugen, een ‘central processing unit’, een ‘control-unit’ met ‘system clock’ en een output-apparaat. Een goed begrip van de principes van het functioneren van computerprogramma’s binnen een computersysteem laat immers ook toe om de principes te verstaan rond hoe computerprogramma’s functioneren indien computersystemen meer perifere apparaten omvatten of met elkaar verbonden worden tot ‘computernetwerken’.

De eerste fase in het functioneren van een computerprogramma bestaat er dan met name in dat het computerprogramma en de te bewerken data, naargelang het geval, vanuit andere geheugenapparaten of input-apparaten overgebracht worden naar het werkgeheugen van de computer¹¹⁸. Het werkgeheugen van de computer is een geïntegreerde halfgeleiderschakeling die in staat is om computerprogramma’s of data op te slaan als binaire ‘aan’/‘uit’-patronen van reeksen schakelcomponenten waarbij elke reeks schakelcomponenten een specifieke, direct toegankelijke locatie uitmaakt binnen dit geheugenapparaat.

Met het oog op de verdere bespreking, wijzen we er hier ook op dat er onderscheiden soorten geheugendragers of geheugenapparaten bestaan die zich ook naar onderscheiden variabelen laten kwalificeren. De kenmerken van deze geheugendragers zijn, met het oog op wat volgt, niet onbelangrijk aangezien ze ook in belangrijke mate de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken bepalen van de computerprogramma’s en de data die ze belichamen.

In de eerste plaats is het in dit verband dan met name gebruikelijk om een onderscheiden te maken tussen, enerzijds, halfgeleidergeheugen en, anderzijds, schijfgeheugen. Bij halfgeleidergeheugen, zoals het werkgeheugen van een computer, zijn computerprogramma’s of data opgeslagen als het binaire ‘aan’/‘uit’-patroon van schakelcomponenten¹¹⁹. Bij schijfgeheugen daartegen zijn computerprogramma’s of data opgeslagen in binaire vorm, dit wil zeggen in de vorm van tweevoudige toestanden met een onderscheiden drempelwaarde, van de

¹¹⁵ Zie in dit verband bijvoorbeeld het schema bij: SCHIVA, die aangeeft dat een computer vier basis componenten heeft: “*memory unit (MU), arithmetic logic unit (ALU), input/output unit (IOU) and control unit (CU)*” S. SHIVA, *Computer design and architecture*, New York (o.a.), Dekker, 2000, p. 2.

¹¹⁶ Wat deze omschrijving van een ‘computer-netwerk’ betreft, zie bijvoorbeeld: G. BROOKSHEAR, *Inleiding informatica*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2005, p. 11; A. TANENBAUM, *Computer networks*, Upper Saddle River, Pearson Education International, 2002, p. 2; C. FRENCH, *Oliver and Chapman's Data Processing and Information Technology*, London, DP Publications, 1996, p. 13

¹¹⁷ Wat deze typering van het Internet betreft als een netwerk van computer-netwerken, zie bijvoorbeeld: G. BROOKSHEAR, *Inleiding informatica*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2005, p. 11; zie ook: P. GRALLA, *How the Internet works*, Indianapolis, Que, 1998, p. 9 e.v..

¹¹⁸ Initieel wordt deze overbrenging in gang gebracht door een zogeheten ‘boot’ of ‘bootstrap’, een onderdeel van een computerprogramma dat er toe dient om van zodra de stroom aangeschakeld wordt, de nodige computerprogramma’s en data in het werkgeheugen te laden om de computer ‘gebruiksklaar’ te maken. Zie met betrekking tot deze ‘boot’ of ‘bootstrap’ en de overbrenging van andere geheugendragers of geheugenapparaten naar het werkgeheugen van de computer, bijvoorbeeld: N. DALE en J. LEWIS, *Computer science illuminated*, London, Jones and Bartlett Publishers, 2007, p. 324; V. RAJARAMAN en R. RADHAKRISHNAN, *Digital Logic and Computer Organization*, New Dehli, Prentice-Hall of India, 2006, p. 495 en p.267; Zie met betrekking tot het begrip ‘boot’ ook: M. WEIK, *Computer Science and Communications Dictionary*, Berlijn, Springer, 2000, p. 139.

¹¹⁹ Met betrekking tot de techniek van halfgeleidergeheugen zie bijvoorbeeld: V. RAJARAMAN en R. RADHAKRISHNAN, *Digital Logic and Computer Organization*, New Dehli, Prentice-Hall of India, 2006, p. 353 e.v.; W. STALLINGS, *Computer organization and architecture: designing for performance*, Upper Saddle River (o.a.), Pearson Education/Prentice Hall, 2006, p.34 e.v. en p.145 e.v.; J. HSU, *Computer architecture: software aspects, coding, and hardware*, Florida, CRC Press, 2001, p. 13; Wat specifiek het werkgeheugen van de computer als halfgeleidergeheugen betreft, zie bijvoorbeeld: S. SHIVA, *Computer design and architecture*, New York (o.a.), Dekker, 2000, p. 157.

zintuiglijk waarneembare manifestatie van een schijf. Naargelang de gebruikte techniek gaat het met name om binaire verschillen in het patroon van magnetisering van het magnetische oppervlak bij magnetisch schijfgeheugen, bijvoorbeeld bij de harde schijf van computer¹²⁰, of, in het geval van optische schijven¹²¹, om binaire verschillen in de licht reflecterende toestand van onderscheiden punten op een cd-rom of een cd-rw¹²².

Daarnaast zijn geheugendragers of geheugenapparaten ook onder te verdelen naargelang ze voor de computer sequentieel of willekeurig toegankelijk zijn. Bij een sequentieel toegankelijk geheugen ('*sequential acces*'), zoals een harde schijf en ander schijfgeheugen, moet de computer om toegang te krijgen tot de locatie waar bepaalde data of computerprogramma's opgeslagen liggen binnen het geheugen, steeds, van bij het begin of vanaf een bepaalde locatie, alle volgende locaties met opgeslagen data of computerprogramma's binnen het geheugen overlopen, totdat de locatie met de gewenste data en computerprogramma's bereikt zijn. In het geval van een willekeurig toegankelijk geheugen ('*random acces*') heeft de computer daarentegen om toegang te krijgen tot de locatie waar bepaalde data of computerprogramma's opgeslagen liggen, steeds tot elke willekeurige locatie binnen het geheugen een directe toegang, met name dus zonder eerst andere locaties met opgeslagen data of computerprogramma's te moeten overlopen. Het werkgeheugen van een computer is een voorbeeld van een dergelijk willekeurig toegankelijk geheugen¹²³. Vandaar overigens dat het gebruikelijk is om dit werkgeheugen van een computer aan te duiden als ram-geheugen, waarbij 'ram' dan staat voor 'random acces memory'¹²⁴.

Vervolgens kan een geheugen ook volatiel of niet-volatiel zijn. Een geheugen is met name volatiel als de data of computerprogramma's slechts tijdelijk opgeslagen blijven binnen het geheugen en ten laatste verdwijnen bij het wegvallen van de stroom. Dit is bijvoorbeeld het geval bij het werkgeheugen van de computer. Een geheugen is daarentegen niet-volatiel, indien de data of computerprogramma's opgeslagen blijven binnen het geheugen, ook indien de stroom wegvalt. Een dergelijke niet volatiel geheugen treffen we bijvoorbeeld aan bij een harde schijf, een cd-rom of een usb-stick¹²⁵.

Ten slotte, onderscheiden geheugenapparaten en geheugendragers zich ook door het kenmerk of zij al dan niet herschrijfbaar zijn. Daarbij gaat het dan om het gegeven of geheugenapparaten of geheugendragers, nadat zij éénmaal data of computerprogramma's opgeslagen hebben, enkel nog kunnen 'gelezen' worden door de computer dan wel of de computer de opgeslagen data of computerprogramma's nog kan vervangen om in de plaats andere data of computerprogramma's te schrijven, met andere woorden, op te slaan. Het werkgeheugen en de harde schijf van een computer zijn voorbeelden van dergelijke herschrijfbare geheugenapparaten. Een cd-rom daarentegen is een voorbeeld van een niet-herschrijfbaar geheugendrager¹²⁶.

¹²⁰ Met betrekking tot magnetische schijven als geheugendragers of geheugenapparaten, zie: A. KHURSHUDOV, *The essential guide to computer data storage: from floppy to DVD*, Upper Saddle River, Prentice Hall, 2001, p. 71 e.v. (Waarbij de techniek van de harde schijf van een computer specifiek belicht wordt op p. 90 e.v.).

¹²¹ Met betrekking tot optische schijven als geheugendragers of geheugenapparaten, zie: W. STALLINGS, *Computer organization and architecture: designing for performance*, Upper Saddle River (o.a.), Pearson Education/Prentice Hall, 2006, p. 188 e.v. A. KHURSHUDOV, *The essential guide to computer data storage: from floppy to DVD*, Upper Saddle River, Prentice Hall, 2001, p. 157 e.v..

¹²² Zie in dit verband bijvoorbeeld: W. STALLINGS, *Computer organization and architecture: designing for performance*, Upper Saddle River (o.a.), Pearson Education/Prentice Hall, 2006, p. 188-192 (Wat specifiek de techniek van een CD-Read Only Memory betreft.) en p.193 e.v. (In verband met de techniek van een CD-Rewritable.).

¹²³ Zie in verband met dit onderscheid tussen sequentieel en willekeurig toegankelijk geheugen, bijvoorbeeld: W. STALLINGS, *Computer organization and architecture: designing for performance*, Upper Saddle River (o.a.), Pearson Education/Prentice Hall, 2006, p. p.103 en S. SHIVA, *Computer design and architecture*, New York (o.a.), Dekker, 2000, p. 150.

¹²⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: V. RAJARAMAN en R. RADHAKRISHNAN, *Digital Logic and Computer Organization*, New Dehli, Prentice-Hall of India, 2006, p. 269.

¹²⁵ Met betrekking tot de kenmerken volatiel en niet-volatiel bij geheugenapparaten en geheugendragers, zie bijvoorbeeld: V. RAJARAMAN en R. RADHAKRISHNAN, *Digital Logic and Computer Organization*, New Dehli, Prentice-Hall of India, 2006, p. 351.

¹²⁶ Zie in verband met het kenmerken of geheugenapparaten en geheugendrager al dan niet herschrijfbaar zijn, bijvoorbeeld: W. STALLINGS, *Computer organization and architecture: designing for performance*, Upper Saddle River (o.a.), Pearson Education/Prentice Hall, 2006, p.102 (Die in dit verband de begrippen erasable en nonerasable hanteert) en S. SHIVA, *Computer design and architecture*, New York (o.a.), Dekker, 2000, p. 145.

De tweede fase in het functioneren van een computerprogramma omvat dan met name de eigenlijke bewerking van data binnen het computersysteem, onder de controle van het computerprogramma. Het computerprogramma en de te bewerken data zijn binnen deze fase dus reeds aanwezig in het werkgeheugen. De control-unit en zijn 'system clock' zullen dan vervolgens, door het regelmatig generen van elektrische impulsen, teweegbrengen dat de te bewerken data en de instructies van het computerprogramma verder doorheen de relevante basiscomponenten van het computersysteem gedreven worden¹²⁷. De instructies van het computerprogramma en de te bewerken data circuleren daarbij meer bepaald langs onderscheiden elektronische geleiders, met name respectievelijk langs de zogeheten 'control bus' en de 'data bus', tussen het werkgeheugen en de 'central processing unit'¹²⁸. Het is namelijk in de 'central processing unit', veelal afgekort als 'CPU' dat de eigenlijke bewerking plaatsvindt van de te bewerken data, volgens de instructies van het computerprogramma. De 'central processing unit', is een geïntegreerde halfgeleiderschakeling, met name een zogeheten 'microprocessor', die in staat is om, volgens de haar geïntroduceerde instructies van een computerprogramma, verscheidene logische bewerking uit te voeren op de haar geïntroduceerde data. Daartoe omvat de 'central processing unit' drie onderdelen, met name een aantal 'registers', een 'arithmetic logic unit', doorgaans afgekort als ALU, en een 'control unit'¹²⁹.

De 'control unit' binnen de 'central processing unit', coördineert hierbij wat de 'registers' en de 'arithmetic logic unit' behoren te doen, bij het uitvoeren van logische bewerkingen op de te bewerken data, volgens de instructies van het computerprogramma¹³⁰. Wanneer de 'control unit' de door de impulsen van de 'system clock' voortgedreven instructies van het computerprogramma ontvangt, voert deze 'control unit' onder invloed van deze instructies meer bepaald drie operaties uit. In de eerste plaats zal de 'controle unit', overeenkomstig de instructies van het computerprogramma, te bewerken data ophalen op gespecificeerde locaties of 'adressen' binnen het werkgeheugen en deze overbrengen naar gespecificeerde 'registers' van de 'central processing unit'. Deze 'registers' zijn geheugenapparaten, met name een vorm van halfgeleidergeheugen, die, net als het werkgeheugen, in staat zijn 'data' op te slaan als binaire, 'aan'/'uit'-patroon van schakelcomponenten. Vervolgens zal de 'controle unit', de 'arithmetic logic unit' van de 'central processing unit', dan aangeven welke logische bewerking, deze 'arithmetic logic unit', volgens de instructies van het computerprogramma, dient uit te voeren op de data uit welk 'register' of welke 'registers' én in welk 'register' het resultaat van deze bewerking vervolgens dient te verschijnen. De 'arithmetic logic unit' is namelijk een geïntegreerde halfgeleiderschakeling, die in staat is om een bepaald gamma aan logische bewerkingen uit te voeren op de te bewerken data binnen de 'registers' van de 'central processing unit', en die de precieze logische bewerking, die ze uitvoert op deze data, laat afhangen van de instructies, die ze daarrond ontvangt van een computerprogramma. Het gamma van logische bewerkingen waar het hier om gaat bestaat daarbij met name uit de bovenvermelde 'EN'-, 'OF'- en 'NIET'-bewerkingen en bepaalde combinaties van deze bewerkingen. Ten slotte, zal de 'controle unit' dan, overeenkomstig de instructies van het computerprogramma, het resultaat van de bewerking door de 'arithmetic logic unit', vanuit het betrokken 'register' van de 'central processing unit' overbrengen naar de daartoe gespecificeerde locatie in het werkgeheugen om deze

¹²⁷ Zie in dit verband, bijvoorbeeld: L. NULL en J. LOBUR, *The essentials of computer organization and architecture*, Sudbury (Mass.) (o.a.), Jones and Bartlett Publishers, 2006, p. 7 (waar zij onder andere verduidelijken: "The clock sends electrical pulses simultaneously to all main components, ensuring that data and instructions will be where they're supposed to be when they're supposed to be there.") en K. BERESFORD, *Patenting Software under the European Patent Convention*, London, Sweet & Maxwell, 2000, p. 32.

¹²⁸ Zie ook met betrekking tot deze zogeheten 'flow of control' binnen het computersysteem, bijvoorbeeld: R. STAIR en G. REYNOLDS, *Principles of Information Systems*, London (o.a.), Thomson Delmar Learning, 2008, p. 88; W. STALLINGS, *Computer organization and architecture: designing for performance*, Upper Saddle River (o.a.), Pearson Education/Prentice Hall, 2006, p.58; L. NULL en J. LOBUR, *The essentials of computer organization and architecture*, Sudbury (Mass.) (o.a.), Jones and Bartlett Publishers, 2006, p.178; K. BERESFORD, *Patenting Software under the European Patent Convention*, London, Sweet & Maxwell, 2000, p. 30-33.

¹²⁹ L. NULL en J. LOBUR, *The essentials of computer organization and architecture*, Sudbury (Mass.) (o.a.), Jones and Bartlett Publishers, 2006, p.177; V. RAJARAMAN en R. RADHAKRISHNAN, *Digital Logic and Computer Organization*, New Dehli, Prentice-Hall of India, 2006, p. 266; C. FRENCH, *Oliver and Chapman's Data Processing and Information Technology*, London, DP Publications, 1996, p. 10; A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p.270 ("... , a CPU is implemented in a computer by means of electronic circuits. The current technology is to use an IC. An IC containing a CPU is called a 'microprocessor'.")

¹³⁰ S. SHIVA, *Computer design and architecture*, New York (o.a.), Dekker, 2000, p. 3.

bewerkte data daar op te slaan en van daaruit eventueel verder door te sturen naar een output-apparaat, zoals een computerscherm of een printer. De zonet vermelde stappen, met name het ophalen van te bewerken data in het werkgeheugen, het bewerken van deze data in de ‘central processing unit’ en het terugbrengen van het resultaat van deze bewerking naar het werkgeheugen, herhalen zich daarbij meerder malen binnen het computersysteem. Ze zullen zich met name net zolang herhalen tot alle instructies van het computerprogramma uitgevoerd zijn.

Bij hun zonet beschreven functioneren zullen computerprogramma’s vaak een taakverdeling doorvoeren rond het inwerken op het computersysteem. Het idee achter deze taakverdeling is daarbij steeds in hoofdzaak dat indien meerdere computerprogramma’s die inwerken op een zelfde computer allen bepaalde zelfde basisbewerkingen verlangen van deze computer, het efficiënter is om één computerprogramma specifiek deze basisbewerkingen op zich te laten nemen. Vanuit dit idee wordt er dan met name voor gezorgd dat niet elk computerprogramma dat op deze computer inwerkt ook telkens de volledige instructies moet hernemen voor bepaalde basisbewerkingen. Er wordt integendeel voor gezorgd dat deze computerprogramma’s voor de uitvoering van deze basisbewerkingen telkens een beroep kunnen doen op de instructies van een computerprogramma dat specifiek deze basisbewerking op zich neemt. Dit zorgt er dan met name voor dat de instructies rond deze basisbewerkingen slecht éénmaal in het werkgeheugen aanwezig moeten zijn en dus minder beslag gelegd wordt op de geheugencapaciteit¹³¹. Een goede illustratie van een dergelijke werkverdeling is bijvoorbeeld de werkverdeling tussen zogeheten ‘toepassingsprogramma’s’ en ‘systeemprogramma’s’¹³². Toepassingsprogramma’s zijn computerprogramma’s, die taken vervullen, die direct tegemoetkomen aan een bepaalde behoefte van de gebruiker van een computer¹³³. Een tekstverwerkingsprogramma bijvoorbeeld is een toepassingsprogramma dat taken vervult die direct tegemoetkomen aan de behoefte naar hulpmiddelen bij de redactie en opmaak van teksten¹³⁴. Systeemprogramma’s daarentegen zijn computerprogramma’s die taken vervullen die samenhangen met het controleren van de werking van de componenten van het computersysteem, ten behoeve van toepassingsprogramma’s¹³⁵. Het belangrijkste voorbeeld van een dergelijk systeemprogramma is het ‘besturingsprogramma’. Dit ‘besturingsprogramma’ beheert, enerzijds, het gebruik dat toepassingsprogramma’s kunnen maken van de basisfuncties en middelen waarover het computersysteem beschikt, en maakt het, anderzijds, gemakkelijker voor gebruikers om de computer en de computerprogramma’s die op deze computer inwerken te kunnen besturen¹³⁶. De aanwezigheid van ‘systeemprogramma’s’ binnen de computer die bepaalde basisbewerkingen op zich nemen rond de controle van

¹³¹ Zie met betrekking tot deze taakverdeling bijvoorbeeld: K. BERESFORD, *Patenting Software under the European Patent Convention*, London, Sweet & Maxwell, 2000, p. 31 e.v..

¹³² Wat de werkverdeling tussen zogeheten ‘toepassingsprogramma’s’ en ‘systeemprogramma’s’ betreft, zie bijvoorbeeld: L. NULL en J. LOBUR, *The essentials of computer organization and architecture*, Sudbury (Mass.) (o.a.), Jones and Bartlett Publishers, 2006, p.407 e.v.; G. BROOKSHEAR, *Inleiding informatica*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2005, p. 116 e.v.; D. PATTERSON en J. HENNESSY, *Computer organization and design: the hardware/software interface*, Amsterdam en Boston, Elsevier/Morgan Kaufmann, 2004, p. 11 e.v. en J. HSU, *Computer architecture: software aspects, coding, and hardware*, Florida, CRC Press, 2001, p. 16 e.v.; Zie in dit verband ook: Commissie, Beschikking van 24 maart 2004 in zaak COMP/C-3/37.792 (*Microsoft*), C (2004) 900 def., Brussel, 21 april 2004, p. 13, punt (37) e.v.

¹³³ Zie voor deze omschrijving van het begrip ‘toepassingsprogramma’: M. WEIK, *Computer Science and Communications Dictionary*, Berlijn, Springer, 2000, p. 58.

¹³⁴ Wat dit voorbeeld betreft, zie: D. PATTERSON en J. HENNESSY, *Computer organization and design: the hardware/software interface*, Amsterdam en Boston, Elsevier/Morgan Kaufmann, 2004, p. 11 en Commissie, Beschikking van 24 maart 2004 in zaak COMP/C-3/37.792 (*Microsoft*), C (2004) 900 def., Brussel, 21 april 2004, p. 13, punt (37).

¹³⁵ Wat de omschrijving van het begrip ‘systeemprogramma’ betreft, zie: G. BROOKSHEAR, *Inleiding informatica*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2005, p. 116; Voorbeelden van dergelijke systeemprogramma’s zijn: het besturingsprogramma, ‘compiler’-programma’s, ‘assembler’-programma’s, evenals diverse zogeheten ‘utility’-programma’s. Voor deze voorbeelden en details in dit verband verwijzen we naar: D. PATTERSON en J. HENNESSY, *Computer organization and design: the hardware/software interface*, Amsterdam en Boston, Elsevier/Morgan Kaufmann, 2004, p. 11 e.v.; G. BROOKSHEAR, *Inleiding informatica*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2005, p. 116 e.v.; J. HSU, *Computer architecture: software aspects, coding, and hardware*, Florida, CRC Press, 2001, p. 17.

¹³⁶ Zie in verband met ‘besturingsprogramma’s’ en hun functies, bijvoorbeeld: L. NULL en J. LOBUR, *The essentials of computer organization and architecture*, Sudbury (Mass.) (o.a.), Jones and Bartlett Publishers, 2006, p.407 e.v..

de werking van de componenten van het computersysteem zorgt dus concreet voor het volgende: dat alle toepassingsprogramma's voor de uitvoering van deze basisbewerkingen een beroep kunnen doen op de instructies van deze systeemprogramma's en, bijgevolg, niet zelf alle instructies moeten omvatten rond het uitvoeren van de betrokken basisbewerkingen.

Als sluitstuk van dit onderdeel rond het functioneren van computerprogramma's staan we nog eens kort stil bij de zintuiglijk waarneembare manifestaties daarbij van de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma en de te bewerken data.

In de eerste plaats geeft de zonet vermelde beschrijving van het functioneren van een computerprogramma dus een beter zicht op de zintuiglijk waarneembare manifestaties die daarbij aan de orde zijn van de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van computerprogramma's en de door hen te bewerken data. Uit deze beschrijving komt, naar onze mening, duidelijk naar voor hoe de zintuiglijk waarneembare manifestaties van de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma en de te bewerken data, binnen een computersysteem, constant wijzigen en concreet afhangen van de volgende variabele: de kenmerken van het onderdeel van het computersysteem, het geheugenapparaat of, bij uitbreiding, het netwerk waarin het betrokken computerprogramma of de betrokken data zich op dat moment bevindt. De belangrijke constante hierbij is, naar onze mening, echter dat de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma en de te bewerken data echter steeds een zintuiglijk waarneembare manifestatie hebben, met name in het patroon van binaire toestanden of drempelwaarden van het onderdeel van het computersysteem, het geheugenapparaat of het netwerk waarin ze zich op dat moment bevinden¹³⁷. Concreet kan deze zintuiglijk waarneembare manifestatie daarbij, zoals reeds aangehaald, dus met name bijvoorbeeld bestaan uit het binaire 'aan'/'uit' patroon van schakelcomponenten, het binaire patroon van spanningsverschillen in elektronische stroom, het binaire patroon van verschillen in het patroon van magnetisering, het binaire patroon van verschillen in de mate waarin punten licht reflecteren, etc..

In de tweede plaats biedt de zonet vermelde beschrijving van het functioneren van een computerprogramma dan ook een goed aanknopingspunt om te begrijpen welke duplicaties daarbij plaatsvinden van de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma en de te bewerken data. Telkens als we het zonet hadden over het 'overbrengen', 'ophalen' of 'terugbrengen' van de instructies van het computerprogramma's of de te bewerken data tussen de componenten van een computersysteem houden deze overbrengingen immers een duplicatie in. Deze duplicaties ontstaan dan met name omdat deze overbrengingen in wezen tot stand gebracht worden doordat het patroon van binaire toestanden dat de betrokken instructies of data belichaamt en dat op dat moment de binaire afstelling beheerst van een bepaald component van het computersysteem, door een elektrische stroom met een overeenkomstig binair patroon van elektronische spanningsverschillen gedupliceerd wordt in de binaire afstelling van een ander component van het computersysteem¹³⁸. Deze techniek om de betrokken overbrenging tot stand te brengen houdt dus steeds in dat, gedurende weliswaar vaak erg, korte tijd, het patroon van binaire toestanden dat de betrokken instructies of data belichaamt gelijktijdig aanwezig zal zijn in twee onderscheiden componenten van het computersysteem. Hierbij is dan op te merken dat deze 'overbrenging-door-duplicatie' niet alleen de overbrenging van instructies van computerprogramma's en te bewerken data beheerst tussen de componenten van eenzelfde computersysteem maar ook tussen de componenten van de computersystemen die verbonden zijn binnen een netwerk. Concreet gebeurt dus bijvoorbeeld ook de overbrenging van instructies van computerprogramma's en te bewerken data over het Internet via deze 'overbrenging-door-duplicatie'-techniek.

B.2. Het ontwikkelingsproces van computerprogramma's

¹³⁷ Op grond van de binaire toestanden van het onderdeel van het computersysteem, geheugenapparaat of netwerk waarin de direct uitvoerbare manifestaties van het computerprogramma zich op een bepaald moment bevinden, zal het immers, zoals aangegeven, uiteindelijk steeds mogelijk zijn voor, in beginsel, meerdere mensen om via hun zintuigen, door een directe of een indirecte waarneming, empirische kennis te verkrijgen rond het bestaan en de kenmerken van deze direct uitvoerbare manifestaties van het computerprogramma.

¹³⁸ Zie in die zin, bijvoorbeeld: L. NULL en J. LOBUR, *The essentials of computer organization and architecture*, Sudbury (Mass.) (o.a.), Jones and Bartlett Publishers, 2006, p. 198.

Na deze beschrijving van de werking van computers en computerprogramma's gaan we vervolgens ook in op het ontwikkelingsproces van computerprogramma's. Het doel bij het ontwikkelen van computerprogramma's bestaat er in om die formulering en opeenvolging van instructies te vinden die er voor zorgen dat een computer een bepaalde taak zo betrouwbaar en efficiënt mogelijk gaat uitvoeren, onder omstandigheden in het kader van een samenwerking met andere computerprogramma's. Hoewel de benaderingen bij het ontwerpen van computerprogramma's steeds evolueren¹³⁹, is de constante binnen dit ontwikkelingsproces, dat een belangrijke ontwerpfase, voorafgaat aan het eigenlijke vervaardigen van het computerprogramma¹⁴⁰. Het is ook gebruikelijk om het ontwikkelingsproces van computerprogramma's te analyseren binnen een zogeheten 'levenscyclus' van het computerprogramma die zowel het ontwerpen, als het vervaardigen als het onderhouden van het computerprogramma omvat¹⁴¹.

De ontwerpfase van computerprogramma's bestaat meestal uit verschillende stappen. De ontwerpfase begint in de regel met het vastleggen van de eisen of specificaties waaraan het computerprogramma moet voldoen¹⁴². Wat vervolgens het eigenlijke ontwerpen van het computerprogramma betreft dat aan de vastgelegde specificaties voldoet, besteden we hierbij aandacht aan twee vaak voorkomende benadering: enerzijds, het ontwerpen in het licht van structuren en, anderzijds, het uitwerken van een object georiënteerd ontwerp¹⁴³. De essentie van het ontwerpen van het computerprogramma in het licht van structuren, is dat elk computerprogramma te creëren is aan de hand van een beperkt aantal logische of functionele structuren. De specificaties, waaraan het computerprogramma moet voldoen zijn daarbij steeds verder te ontleden in het licht van dit beperkt aantal logische of functionele structuren, totdat het niveau bereikt wordt waarop de logische of functionele structuren gedetailleerd genoeg zijn om als uitgangspunt te dienen voor het vervaardigen van een concreet computerprogramma. Het ontwerpen van computerprogramma in het licht van structuren valt daarbij meer bepaald uiteen in twee fasen. Eerst wordt een structuur-analyse uitgevoerd van de specificaties van het computerprogramma, die voornamelijk gericht is op het vaststellen van welke logische en functionele structuren het programma vereist. Vervolgens wordt op basis van structuur-analyse, een structuur-ontwerp uitgewerkt. Dit structuur-ontwerp is gericht op het vaststellen hoe de vereiste logische en functionele structuren van het programma kunnen geïmplementeerd worden en valt op zijn beurt uiteen in een zogeheten 'high level design' en een daaropvolgend, meer gedetailleerd 'low level design'¹⁴⁴.

Object georiënteerd ontwerpen houdt in wezen in dat de specificaties, waaraan het computerprogramma moet voldoen, ontleed worden in het licht van de samenhang tussen zogeheten 'objecten', met name gehelen van te bewerken data én de functies die het computerprogramma moet kunnen uitvoeren ten aanzien van deze data. Bij het object georiënteerd ontwerpen worden de specificaties, waaraan het computerprogramma moet voldoen, dan eerst ontleed in het licht van onderscheiden 'objecten', en worden deze 'objecten' dan vervolgens steeds verder

¹³⁹ Zie voor een beschrijving van deze evolutie: R. MALL, *Fundamentals of Software Engineering*, New Delhi, Prentice-Hall of India, 2004, p. 26; Voor een meer recente typering van software engineering processen, zie bijvoorbeeld: B. AGGARWAL, S. TAYAL en M. GUPTA, *Software Engineering & Testing: An Introduction*, Sudbury, (Mass.), Jones and Bartlett, 2009, p. 18.

¹⁴⁰ Vergelijk op dit punt het overzicht van de stappen rond het ontwikkelen van computerprogramma's, bij bijvoorbeeld: K. AGGARWAL, *Software engineering*, New Delhi (o.a.), New Age International, 2005 p. 22

¹⁴¹ Uitgebreid met betrekking tot de redenen voor een dergelijke benadering: R. MALL, *Fundamentals of Software Engineering*, New Delhi, Prentice-Hall of India, 2004, p. 38 e.v..

¹⁴² Zie in dit verband, bijvoorbeeld: G. BROOKSHEAR, *Inleiding informatica*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2005, p. 298 en K. AGGARWAL, *Software engineering*, New Delhi (o.a.), New Age International, 2005 p. 21.

¹⁴³ Onze keuze om net deze twee benadering bij het ontwerpen te belichten, baseren we in hoofdzaak op: R. MALL, *Fundamentals of Software Engineering*, New Delhi, Prentice-Hall of India, 2004, p. 44 e.v.; Vergelijk op dit vlak echter ook de indeling die AGGARWAL maakt tussen 'function oriented design' en 'object oriented design', K. AGGARWAL, *Software engineering*, New Delhi (o.a.), New Age International, 2005, p.207 (m.b.t 'function oriented design') en p.216 (m.b.t 'object oriented design').

¹⁴⁴ Voor deze beschrijving van het ontwerpen van computerprogramma's in het licht van structuren baseren we ons op: B. AGGARWAL, S. TAYAL en M. GUPTA, *Software Engineering & Testing: An Introduction*, Sudbury, (Mass.), Jones and Bartlett, 2009, p. 253 e.v. en R. MALL, *Fundamentals of Software Engineering*, New Delhi, Prentice-Hall of India, 2004, p. 44-45.

ontleed totdat het niveau bereikt wordt waarop zij gedetailleerd genoeg zijn om als uitgangspunt te dienen voor het vervaardigen van een concreet computerprogramma¹⁴⁵.

De implementatiefase dan, het eigenlijke vervaardigen van het computerprogramma, omvat verschillende taken. Het einddoel daarbij is telkens tot een reeks instructies te komen die een algoritme inhouden dat de computer in staat stelt om een bepaalde taak uit te voeren.

Bij deze implementatiefase bestaat de eerste taak er dan in om, binnen een bepaalde 'programmeertaal'¹⁴⁶, een beschrijving te maken van de te vervaardigen onderdelen van het computerprogramma. Het maken van deze beschrijving gebeurt daarbij dan met name door, aan de hand van de symbolen, de syntaxis en de semantiek van de betrokken programmeertaal, de instructies te formuleren van het te vervaardigen computerprogramma en deze via het toetsbord in te voeren binnen een computer. Op grond van dit procedé is het overigens gebruikelijk geworden om het vervaardigen van computerprogramma's algemeen aan te duiden als het 'schrijven' van computerprogramma's¹⁴⁷.

Hierbij is op te merken dat programmeertalen verschillen in de mate dat ze aansturen op een beschrijving van het computerprogramma die nauw verbonden is met de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van zijn instructies dan wel op een beschrijving in mensentaal van de te construeren instructies. Op dit vlak is, zoals reeds aangehaald, een onderscheid te maken tussen, enerzijds, 'objectcode' of 'machine'-taal, en, anderzijds 'broncode', zoals bijvoorbeeld, 'assembly'-talen en 'high level programming'-talen.

Bij 'objectcode' of 'machine'-taal gebeurt de beschrijving van de te vervaardigen instructies van een computerprogramma met name in de symbolen '0' en '1'. Deze symbolen '0' en '1' komen daarbij dan onmiddellijk overeen met de binaire toestanden of drempelwaarde van de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van de betrokken instructies¹⁴⁸. Voor mensen is het al snel te complex en omslachtig om voor een uitgebreid computerprogramma foutloos instructies te formuleren in 'machine'-taal. In de praktijk worden 'machine'-taal en 'objectcode' bij het vervaardigen van computerprogramma's dan ook nauwelijks nog gehanteerd om de betrokken instructies te beschrijven¹⁴⁹.

Bij 'broncode', zoals bijvoorbeeld bij 'assembly'-talen en 'high level programming'-talen gebeurt de beschrijving van de te vervaardigen instructies van een computerprogramma daarentegen aan de hand van symbolen en een syntaxis en semantiek die nauwer aansluiten bij de omschrijving van de betrokken instructies in mensentaal. Dergelijke programmeertalen werden daarbij met name ontwikkeld om de beschrijving van de te vervaardigen instructies van een computerprogramma eenvoudiger te maken¹⁵⁰. Binnen 'assembly'-talen worden met name symbolen gebruikt, zoals 'ADD' en 'SUB', die direct verwijzen naar bepaalde instructies in machinetaal en dus naar de overeenkomstige opeenvolging van de symbolen '0' en '1'¹⁵¹. Het symbool 'ADD' verwijst daarbij dan

¹⁴⁵ Voor deze beschrijving van het object geïntereerd ontwerpen van computerprogramma's baseren we ons op: K. AGGARWAL, *Software engineering*, New Delhi (o.a.), New Age International, 2005 p. 216 e.v. en R. MALL, *Fundamentals of Software Engineering*, New Delhi, Prentice-Hall of India, 2004, p. 45.

¹⁴⁶ "A programming language is a set of rules, symbols, and special words used to construct a program. There are rules for both syntax (grammar) and semantics (meaning). Syntax The formal rules governing how valid instructions (constructs) are written in a programming language. Semantics: The set of rules that determine the meaning of instructions (constructs) written in a programming language." N. DALE en C. WEEMS, *Introduction to Pascal and structured design*, Lexington (Mass.), D.C. Heath, 1994, p. 38.

¹⁴⁷ Zie in die zin, bijvoorbeeld: B. AGARWAL, S. TAYAL en M. GUPTA, *Software Engineering & Testing: An Introduction*, Sudbury, (Mass.), Jones and Bartlett, 2009, p. 130; K. AGGARWAL, *Software engineering*, New Delhi (o.a.), New Age International, 2005, p. 22; R. MALL, *Fundamentals of Software Engineering*, New Delhi, Prentice-Hall of India, 2004, p. 26-27.

¹⁴⁸ Zie in dit verband bijvoorbeeld: S. SHIVA, *Computer design and architecture*, New York (o.a.), Dekker, 2000, p. 4; A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 271; Zie op dit punt ook: M. SCOTT, *Programming language pragmatics*, Amsterdam (o.a.), Elsevier/Morgan Kaufmann, 2006, p. 14.

¹⁴⁹ S. SHIVA, *Computer design and architecture*, New York (o.a.), Dekker, 2000, p. 3.

¹⁵⁰ Zie met betrekking tot deze evolutie, bijvoorbeeld: M. SCOTT, *Programming language pragmatics*, Amsterdam (o.a.), Elsevier/Morgan Kaufmann, 2006, p. 3 e.v. en R. MALL, *Fundamentals of Software Engineering*, New Delhi, Prentice-Hall of India, 2004, p. 26 e.v..

¹⁵¹ Zie bijvoorbeeld: G. BROOKSHEAR, *Inleiding informatica*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2005, p. 233 en S. SHIVA, *Computer design and architecture*, New York (o.a.), Dekker, 2000, p. 3-4;

bijvoorbeeld concreet naar '100101' in 'objectcode'¹⁵². Een beschrijving van de te vervaardigen instructies in 'assembly'-talen is daarbij steeds gebonden aan een bepaald type computer¹⁵³. 'High level programming'-talen gaan nog een stap verder, in zoverre hun symbolen, syntaxis en semantiek elementen uit menselijke taal incorporeren en zij een beschrijving van de te vervaardigen instructies inhouden, die los staat van het concreet type computer, waarvoor de instructies bestemd zijn¹⁵⁴. Een instructie in de 'high level programming'-taal C++ luidt dan bijvoorbeeld: `"/* number of times through the loop */ extern int counter;`¹⁵⁵. De beschrijvingen van te vervaardigen instructies van een computerprogramma, in 'assembly'-taal en 'high level programming'-talen worden gewoonlijk aangeduid als 'broncode'¹⁵⁶. Bij het vervaardigen van uitgebreide computerprogramma's wordt tegenwoordig meestal een beroep gedaan op 'high level programming'-talen¹⁵⁷.

De tweede taak binnen de implementatiefase bestaat er dan in om de beschrijvingen in een bepaalde programmeertaal van de te vervaardigen onderdelen van het computerprogramma, om te zetten in quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma¹⁵⁸. Voor deze omzetting worden onderscheiden soorten computerprogramma's gebruikt naargelang de om te zetten beschrijving in 'machine'-taal, 'assembly'-talen of 'high level programming'-talen geschreven. Voor de omzetting van een beschrijving van de te vervaardigen instructies in 'machine'-taal in een zintuiglijk waarneembare manifestatie die als directe basis kan dienen voor het inwerken op een computer, zorgt een zogeheten 'loader'. Beschrijvingen in 'assembly'-talen en 'high level programming'-talen worden, respectievelijk door een 'assembler' en een 'compiler' omgezet in 'machine'-taal bestemd voor een 'loader'. Hierbij is dus op te merken dat de omzetting van beschrijvingen van computerprogramma's naar quasi-direct uitvoerbare manifestaties van deze computerprogramma's een geautomatiseerd proces is dat uitgevoerd wordt door de daartoe bestemde computerprogramma's¹⁵⁹. De beschrijvingen in 'machine'-taal, 'assembly'-talen en 'high level programming'-talen zijn daarbij in verschillende mate gebonden zijn aan een bepaald type computer. Beschrijving in 'machine'-taal en 'assembly'-talen zijn steeds specifiek in het licht van een bepaald type computer. Beschrijvingen van instructies in 'high level programming'-talen daarentegen zijn niet gebonden aan een bepaald type computer. Of de beschrijving van instructies in een bepaalde 'high level programming'-taal ook kan leiden tot instructies die kunnen inwerken op een bepaald type

¹⁵² Zie voor dit voorbeeld: N. DALE en C. WEEMS, *Introduction to Pascal and structured design*, Lexington (Mass.), D.C. Heath, 1994, p. 9.

¹⁵³ G. BROOKSHEAR, *Inleiding informatica*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2005, p. 233.

¹⁵⁴ Zie in dit verband bijvoorbeeld: M. SCOTT, *Programming language pragmatics*, Amsterdam (o.a.), Elsevier/Morgan Kaufmann, 2006, p. 4; G. BROOKSHEAR, *Inleiding informatica*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2005, p. 233; N. DALE en C. WEEMS, *Introduction to Pascal and structured design*, Lexington (Mass.), D.C. Heath, 1994, p. 9-10.

¹⁵⁵ Zie voor dit voorbeeld: S. OUALLINE, *Practical C++ programming*, Sebastopol (Calif.), O'Reilly, 2003, p. 402.

¹⁵⁶ Zie in die zin: S. SHIVA, *Computer design and architecture*, New York (o.a.), Dekker, 2000, p. 4; Zie op dit punt ook: M. SCOTT, *Programming language pragmatics*, Amsterdam (o.a.), Elsevier/Morgan Kaufmann, 2006, p. 14.

¹⁵⁷ Uitdrukkelijk in dit verband, bijvoorbeeld: A. HUANG, *Hacking the Xbox: an introduction to reverse engineering*, San Francisco, No Starch Press, 2003, p. 42; In die zin: K. JAMES, *Software Engineering*, New Delhi, PHI Learning, 2009, p. 7 en R. MALL, *Fundamentals of Software Engineering*, New Delhi, Prentice-Hall of India, 2004, p. 27.

¹⁵⁸ Vergelijk op dit punt JAMES, die schrijft: *"Coding involves the conversion of design details into a computer executable form using suitable programming languages"*, K. JAMES, *Software Engineering*, New Delhi, PHI Learning, 2009, p. 6.

¹⁵⁹ Zie in verband met de omzettingen van beschrijvingen van te vervaardigen instructies in bepaalde programmeertaal naar de eigenlijke zintuiglijk waarneembare manifestaties van computerprogramma's en in verband met de onderscheiden soorten computerprogramma's die daarbij gebruikt worden, bijvoorbeeld: B. AGARWAL, S. TAYAL en M. GUPTA, *Software Engineering & Testing: An Introduction*, Sudbury, (Mass.), Jones and Bartlett, 2009, p. 5 e.v.; M. SCOTT, *Programming language pragmatics*, Amsterdam (o.a.), Elsevier/Morgan Kaufmann, 2006, p. 13 e.v.; D. PATTERSON en J. HENNESSY, *Computer organization and design: the hardware/software interface*, Amsterdam en Boston, Elsevier/Morgan Kaufmann, 2004, p. 11 e.v.; S. SHIVA, *Computer design and architecture*, New York (o.a.), Dekker, 2000, p. 4 e.v..

computer, zal echter wel afhangen van het voorhanden zijn van een compiler die in staat is om beschrijvingen van instructies in die specifieke ‘high level programming’-taal om te zetten voor dat specifieke type computer¹⁶⁰. De volgende taken binnen de implementatiefase omvatten dan het testen van de onderdelen van het computerprogramma en het samenstellen en opnieuw testen van het volledige computerprogramma¹⁶¹. De vervaardigde onderdelen van het computerprogramma worden daarbij eerst geïsoleerd van elkaar getest, alvorens ze, volgens een welbepaald stappenplan, te integreren binnen een geheel en het ontstane geheel daarbij dan telkens te onderwerpen aan testen. Uiteindelijk wordt dan ook het volledige computerprogramma aan welbepaalde tests onderworpen¹⁶².

Tot slot is dan ook de taak van het onderhouden van het computerprogramma te vermelden. Dit onderhouden van het computerprogramma bestaat voornamelijk in: het corrigeren van eventuele fouten die niet opgemerkt werden tijdens het vervaardigen van het computerprogramma, het verbeteren van het functioneren van het computerprogramma en het aanpassen van het computerprogramma om te kunnen inwerken op bijkomende computers of om te kunnen samenwerken met bijkomende computerprogramma’s¹⁶³.

B.3. De ‘reverse engineering’ van computerprogramma’s

Bij computerprogramma’s zal hun ontwikkelingsproces in sommige gevallen eveneens starten van een zogeheten ‘reverse engineering’ van een ander, reeds bestaand computerprogramma. Dit zal met name opnieuw het geval zijn indien iemand een computerprogramma wil vervaardigen dat identiek is aan het andere, reeds bestaande computerprogramma of een computerprogramma dat, zonder identiek te zijn, niettemin gelijkaardige eigenschappen heeft als dit andere, reeds bestaande computerprogramma.

Ook de ‘reverse engineering’-analyse van computerprogramma’s neemt in hoofdzaak twee vormen aan. In de eerste plaats kan het met name gaan om een ‘black box’-analyse van het computerprogramma. Bij een dergelijk ‘black box’-analyse gaat het er om de specificaties van het computerprogramma te achterhalen, in het bijzonder de effecten van het computerprogramma, zonder daarbij te willen achterhalen welke beschrijving van de instructies van het programma in code, daarbij verantwoordelijk is voor deze effecten¹⁶⁴. Deze ‘black box’-analyse bestaat er dan met name in om nauwkeurig te observeren hoe het computerprogramma reageert op bepaald input en welke effecten het computerprogramma teweegbrengt ten aanzien van het computersysteem en eventuele andere computerprogramma’s¹⁶⁵. Hierbij is overigens op te merken dat als het computerprogramma geladen is binnen een computer dit computerprogramma, al dan niet via tussenkomst van het besturingssysteem, vaak toelaat om gegevens op te vragen en weer te geven rond zijn eigenschappen¹⁶⁶.

¹⁶⁰ Zie: G. BROOKSHEAR, *Inleiding informatica*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2005, p. 233; Zie in dit verband ook: Beslissing van de Commissie van 24 maart 2004 met betrekking tot een procedure onder Artikel 82 van het EG Verdrag (Zaak COMP/C-3/37.792 Microsoft), C (2004) 900 def., Brussel, 21 april 2004, p. 10, voetnoot 31.

¹⁶¹ Zie in dit verband bijvoorbeeld de beschrijving van de fasen “*Coding and unit testing*” en “*Integration and system testing*” bij R. MALL, *Fundamentals of Software Engineering*, New Delhi, Prentice-Hall of India, 2004, p. 40 en p. 45-46; In dezelfde zin: K. AGGARWAL, *Software engineering*, New Delhi (o.a.), New Age International, 2005 p. 22 e.v..

¹⁶² Zie in dit verband bijvoorbeeld: B. AGARWAL, S. TAYAL en M. GUPTA, *Software Engineering & Testing: An Introduction*, Sudbury, (Mass.), Jones and Bartlett, 2009, p. 39-40 en K. JAMES, *Software Engineering*, New Delhi, PHI Learning, 2009, p. 244 e.v..

¹⁶³ Zie in dit verband bijvoorbeeld: R. MALL, *Fundamentals of Software Engineering*, New Delhi, Prentice-Hall of India, 2004, p. 46; K. JAMES, *Software Engineering*, New Delhi, PHI Learning, 2009, p. 345-352

¹⁶⁴ Zie bijvoorbeeld SCHACH, die “*testing to specifications*” aanduidt als “*black-box testing*” en daarbij verduidelijkt: “*When we test to specifications, we treat the code as a totally opaque black box.*” S. SCHACH, *Object-oriented and classical software engineering*, Boston (o.a.), McGraw-Hill Higher Education, 2005, p. 447.

¹⁶⁵ Zie bijvoorbeeld: P. SHARMA, *Software Engineering*, New Delhi, APH Publishing, 2004, p. 200 e.v. en A. KENT en J. WILLIAMS, *Encyclopedia of computer science and technology* (volume 32), New York, Dekker, 1995, p. 268-269.

¹⁶⁶ Zie in dit verband, bijvoorbeeld: E. EILAM, *Reversing. Secrets of reverse engineering*, Indianapolis, Wiley, 2005, p. 14 en T. VINJE, “Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der

Daarnaast kan de ‘reverse engineering’-analyse van het computerprogramma echter ook bestaan in een zogeheten ‘white box’- of ‘glass box’-analyse. Een dergelijke ‘white box’- of ‘glass box’-analyse is er op gericht om te achterhalen welke beschrijving van de instructies van het computerprogramma in code aan de basis ligt van de effecten die het computerprogramma teweegbrengt¹⁶⁷. Deze analyse van de beschrijving in code, die bij het vervaardigen van het computerprogramma gebruikt werd, wordt daarbij met name mogelijk gemaakt door computerprogramma’s, die een omgekeerde werking hebben als de hierboven vermelde ‘assemblers’ en ‘compilers’. Het gaat dan met name respectievelijk om ‘disassemblers’ en ‘decompilers’. Een ‘disassembler’ is in staat om uitgaande van de binaire toestanden van de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van het computerprogramma en met name dan op basis van de directe weerspiegeling daarvan in objectcode of ‘machine’-taal, *een* beschrijving te maken van het computerprogramma in ‘assembly’-taal¹⁶⁸. Met een ‘decompiler’ is het mogelijk om vertrekkende van de binaire toestanden van de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van het computerprogramma en met name op grond van de directe weerspiegeling daarvan in objectcode of ‘machine’-taal, tot *een* beschrijving te komen van het computerprogramma in een ‘high level programming’-taal¹⁶⁹. Hierbij is op te merken dat ‘disassemblers’ en ‘decompilers’, daarbij telkens *een* beschrijving geven van het computerprogramma, respectievelijk, in ‘assembly’-taal en in een ‘high level programming’-taal. In de regel zijn zij echter niet in staat om uitgaand van de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van het computerprogramma ook de beschrijving van het programma te reconstrueren die gebruikt werd bij het vervaardigen van het betrokken computerprogramma¹⁷⁰. ‘Disassemblers’ en ‘decompilers’, zorgen er voornamelijk voor dat *een* beschrijvingen van een computerprogramma ontstaat die mensen ook kunnen begrijpen en die toelaat om informatie te verkrijgen over het binnen het betrokken computerprogramma geïmplementeerde ontwerp¹⁷¹. Het is echter doorgaans zeer moeilijk en in vele gevallen ook onmogelijk om aan de hand van de beschrijving die ‘disassemblers’ en ‘decompilers’ opleveren, tot een reconstructie te komen van de volledige, oorspronkelijke beschrijving van het computerprogramma in ‘assembly’-taal of ‘high level programming’-taal die de basis vormde bij het vervaardigen van het betrokken computerprogramma¹⁷².

Een belangrijke opmerking rond de beide, zonet beschreven vormen van ‘reverse engineering’, is opnieuw dat zij beiden, onvermijdelijk gepaard gaan met duplicaties van het computerprogramma. Bij de zonet beschreven ‘black

Interoperabilität”, *GRURInt* 1992, p.253 e.v. (Met name het onderdeel “A. Techniken der Reverse Analysis (mit Ausnahme des Dekompilierens)”).

¹⁶⁷ Zie in dit verband bijvoorbeeld: SCHACH, die “testing to code” aanduidt als “glass-box testing” en daarbij, referend aan de term “black-box testing” verduidelijkt: “Converseley, when we test to code, we need to be able to see inside the box, hence the term glass-box testing. I avoid the term white-box testing because it is somewhat confusing. After all, a box painted white is just as opaque as one painted black.” S. SCHACH, *Object-oriented and classical software engineering*, Boston (o.a.), McGraw-Hill Higher Education, 2005, p. 447; Zie verder met betrekking ‘white box’- of ‘glass box’-analyse van computerprogramma’s, bijvoorbeeld: A. SAGE en W. ROUSE, *Handbook of Systems Engineering and Management*, Hoboken (New Jersey), John Wiley & Sons, 2009, p. 1011 en R. DORF, *The electrical engineering handbook*, Boca Raton (o.a.), CRC Press (o.a.), 1997, p. 2140.

¹⁶⁸ Zie in dit verband: P. SHARMA, *Software Engineering*, New Dheli, APH Publishing, 2004, p. 256 en A. HUANG, *Hacking the Xbox: an introduction to reverse engineering*, San Francisco, No Starch Press, 2003, p. 42.

¹⁶⁹ Zie bijvoorbeeld: E. EILAM, *Reversing. Secrets of reverse engineering*, Indianapolis, Wiley, 2005, p.459 en M. WEIK, *Computer Science and Communications Dictionary*, Berlijn, Springer, 2000, p. 372.

¹⁷⁰ Zie in die zin met betrekking tot decompilers bijvoorbeeld: E. EILAM, *Reversing. Secrets of reverse engineering*, Indianapolis, Wiley, 2005, p.458; Zie in die zin met betrekking tot disassemblers bijvoorbeeld: A. HUANG, *Hacking the Xbox: an introduction to reverse engineering*, San Francisco, No Starch Press, 2003, p. 42.

¹⁷¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: S. PFLEEGER en J. ATLEE, *Software Engineering: Theory and Practice*, Boston (o.a.), Pearson, 2009, p. 574; Vergelijk ook, bijvoorbeeld MARLY, die de informatie, die te verkrijgen is door ‘reverse engineering’ van computerprogramma’s typeert als: “bestimmte Programmstrukturen etwa in Form bestimmter auszuführender Lösungsschritte” en “Grundstrukturen eines Programms” J. MARLY, *Softwareüberlassungsverträge*, München, C.H. Beck, 2004, p. 505-506.

¹⁷² Vergelijk in dit verband de opvattingen, bij: E. EILAM, *Reversing. Secrets of reverse engineering*, Indianapolis, Wiley, 2005, p.458; J. MARLY, *Softwareüberlassungsverträge*, München, C.H. Beck, 2004, p. 505-506; A. HUANG, *Hacking the Xbox: an introduction to reverse engineering*, San Francisco, No Starch Press, 2003, p. 42; Zie in dit verband ook: Beslissing van de Commissie van 24 maart 2004 met betrekking tot een procedure onder Artikel 82 van het EG Verdrag (Zaak COMP/C-3/37.792 Microsoft), C (2004) 900 def., Brussel, 21 april 2004, p. 124 e.v..

box'-analyses van computerprogramma's, geldt immers dat het laten functioneren van het te observeren computerprogramma op zich reeds duplicaties teweegbrengt van het betrokken computerprogramma. Dit volgt daarbij met name uit het feit dat het laten functioneren van elk computerprogramma nu eenmaal minstens de hierboven beschreven 'overbrengingen-door-duplicatie' vragen van de instructies van het computerprogramma tussen onderscheiden onderdelen van het computersysteem. In het geval van de zonet beschreven 'white box'-analyses van computerprogramma's, is bovendien rekening te houden met twee duplicaties van het geanalyseerde computerprogramma. Ten eerste zijn er de duplicaties van het geanalyseerde computerprogramma die verbonden zijn aan de 'overbrengingen-door-duplicatie' bij het eigenlijke functioneren van de computerprogramma's die ingezet worden voor deze analyse, met name de 'disassembler' en 'decompiler'. Ten tweede kan ook de beschrijving die de 'disassembler' of de 'decompiler' oplevert, van het geanalyseerde computerprogramma voldoende gelijkenissen vertonen met dit computerprogramma of, althans de oorspronkelijke beschrijving ervan, om dit resultaat als een duplicatie te beschouwen van dit computerprogramma¹⁷³.

C. Databanken

Een 'databank' menen wij te kunnen omschrijven als een verzameling van gerelateerde elementen waarbij deze elementen geordend en gestructureerd zijn in het licht van de onderlinge relaties tussen hun eigenschappen om zo bij te dragen tot het verschaffen van kennis rond het bestaan en de eigenschappen van de opgenomen elementen¹⁷⁴. Deze definitie is opzettelijk ruim geformuleerd om zowel 'elektronische als 'niet-elektronische databanken' te omvatten. Het toepassingsgebied van de Richtlijn Databanken is immers, zoals aangegeven, niet beperkt tot elektronische databanken¹⁷⁵. Dit zorgt er voor dat wij in onze bespreking hier dus zowel 'elektronische' als 'niet-elektronische databanken' behandelen. Een 'elektronische' databank is daarbij dan met name een 'databank', in de zonet vermelde zin, die bestaat uit een geheel van sets van data op een geheugendrager of geheugenapparaat, die zich laten beheren door een computerprogramma, het zogeheten 'databankmanagementsysteem', veelal afgekort als 'DBMS'¹⁷⁶. De sets van data binnen een 'elektronische' databank omvatten daarbij doorgaans drie sets van data: ten eerste, de data, die de inhoud uitmaken van de databank, ten tweede, de meta-data, dit wil zeggen

¹⁷³ Zie in dit verband bijvoorbeeld: J. MARLY, *Softwareüberlassungsverträge*, München, C.H. Beck, 2004, p. 509 en U. LOEWENHEIM, "Abschnitt 8. Besondere Bestimmungen für Computerprogramme" in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p. 1383.

¹⁷⁴ Tot deze definitie komen wij in het licht van, onder andere: M. CONNOLLY en E. BEGG, *Database systems: a practical approach to design, implementation, and management*, Harlow, Addison-Wesley, 2005, p. 4 (Waar deze auteurs een "database" omschrijven als "a collection of related data"); M. WEIK, *Computer Science and Communications Dictionary*, Berlijn, Springer, 2000, p. 339 (Deze auteur verstaat onder het begrip 'database' ondermeer: "A collection of data that is structured and organized according to a) the nature of the data in the collection, b) the relationships among the data elements in the collection, c) the application areas covered by the data, and d) the specific needs and interests of the users, i.e., the mission of the users."); D. KROENKE, *Databases: beginselen, ontwerp en implementatie*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2007, p.4-5 (Met name waar deze auteur als kenmerken van een "database" aangeeft: "Een database omvat gegevens en relaties" en "Databases produceren informatie"); Vergelijk op dit punt ook de definitie die art 1.2 Richtlijn Databanken geeft, waar dit artikel stelt: "In deze richtlijn wordt verstaan onder "databank": een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen, systematisch of methodisch geordend, en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk."

¹⁷⁵ Zie in dit verband: art 1.2 Richtlijn Databanken en overweging 13 en 14 Richtlijn Databanken.

¹⁷⁶ Zie in dit verband bijvoorbeeld: G. DE TRÉ, *Principes van databases*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2007, p. 11 en M. CONNOLLY en E. BEGG, *Database systems: a practical approach to design, implementation, and management*, Harlow, Addison-Wesley, 2005, p. 48 e.v.; Vergelijk op dit vlak ook het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken waarvan het toepassingsgebied nog beperkt was tot elektronische databanken. Art 1 Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken, luidt met name: "For the purposes of this Directive, 'database' means a collection of works or materials arranged, stored and accessed by electronic means, and the electronic materials necessary for the operation of the database such as its thesaurus, index or system for obtaining or presenting information; it shall not apply to any computerprogram used in the making or operation of the database;" Europese Commissie, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van databanken, COM (92) 24 def., - SYN 393, Brussel, 13 mei 1992; hierna: Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken) Zie ook de Toelichting bij het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken, p. 19-22 (met name "3.1. Definition of the subject matter")

data over de data binnen de databank, en, ten slotte, het logboek, dat alle wijzigingen bijhoudt met betrekking tot de data binnen de databank¹⁷⁷. ‘Niet-elektronische’ databanken verstaan we daarbij dan als antoniem van ‘elektronische’ databanken binnen de zonet aangehaalde, overkoepelende omschrijving van ‘databanken’¹⁷⁸. In dit onderdeel bespreken we nu, zowel rond ‘elektronische’ als rond ‘niet-elektronische databanken’, (C.1.) het functioneren van databanken, (C.2.) het ontwikkelingsproces van databanken en (C.3.) de ‘reverse engineering’ van databanken.

C.1. Het functioneren van databanken

De functie van zowel elektronische als niet-elektronische databanken, bestaat er in om, zoals de zonet vermelde omschrijving van een ‘databank’ aangeeft, bij te dragen tot het zo efficiënt mogelijk verschaffen van kennis rond het bestaan en de eigenschappen van de opgenomen elementen¹⁷⁹. Het middel voor een databank om deze functie te vervullen is, in wezen, steeds de ordening en structurering van elementen tegenover elkaar in het licht van relaties tussen hun eigenschappen. Een goede illustratie hiervan is een telefoonboek. Een telefoongids verschaft in het bijzonder kennis rond het telefoonnummer, dat toelaat om een persoon, waarvan de familienaam en het adres gekend is, te bereiken. Een opzoeking in een telefoonboek van iemands telefoonnummer wordt hierbij mogelijk doordat de elementen familienaam, adresgegevens, en telefoonnummers geordend en gestructureerd liggen in het licht van hun onderlinge relaties. De telefoonnummers zijn met name telkens gekoppeld aan de familienamen en de adresgegevens. Het nut van deze ordening en structurering, met het oog op het telefonisch bereiken van een bepaalde persoon, berust in hoofdzaak op het logische verband dat het telefoontoestel waartoe het vermelde telefoonnummer verbinding geeft, en de persoon, aan wie het telefoontoestel met dat nummer toebehoort, zich vaak op dezelfde fysisch locatie zullen bevinden. Zowel een niet-elektronisch als elektronisch telefoonboek, gaan voor hun werking *mutatis mutandis* in wezen terug op dezelfde, zonet vermelde ordening en structurering van familienamen, adresgegevens, en telefoonnummers en het daarachterliggende logische verband.

De concrete manier waarop een databank via haar ordening en structurering van de opgenomen elementen, bijdraagt tot het verschaffen van kennis rond het bestaan en de eigenschappen van deze elementen, verschilt echter naargelang het gaat om een niet-elektronische databank dan wel om een elektronische databank.

Bij niet-elektronische databanken kunnen we stellen dat de ordening en structurering van elementen die de databank laten functioneren, in de regel op een voor de gebruiker van de databank direct waarneembare wijze vervat liggen in de onderlinge positie tegenover elkaar van de geordende en gestructureerde elementen binnen

¹⁷⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: G. VOSSSEN, *Datenmodelle, Datenbanksprachen und Datenbankmanagementsysteme*, München, Oldenbourg, 2008, p. 35.

¹⁷⁸ Hierbij is op te merken dat de Toelichting bij het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken, dus vóór de uitbreiding van de Richtlijn Databanken tot ‘niet-elektronische databanken’, het vervat liggen van gegevens in een elektronische vorm op zich niet voldoende achtte om als een databank te kwalificeren. Zie in die zin Toelichting bij het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken, p.41, waar met betrekking tot het begrip “database” verduidelijkt wordt: “*It is not intended to include three-dimensional objects or the mere stockage of quantities of works or materials in electronic form.*”.

¹⁷⁹ Tot deze definitie komen wij in het licht van, onder andere: M. CONNOLLY en E. BEGG, *Database systems: a practical approach to design, implementation, and management*, Harlow, Addison-Wesley, 2005, p. 4 (Waar deze auteurs een “database” omschrijven als “a collection of related data”); M. WEIK, *Computer Science and Communications Dictionary*, Berlijn, Springer, 2000, p. 339 (Deze auteur verstaat onder het begrip ‘database’ ondermeer: “2. A collection of data that is structured and organized according to a) the nature of the data in the collection, b) the relationships among the data elements in the collection, c) the application areas covered by the data, and d) the specific needs and interests of the users, i.e., the mission of the users.”); D. KROENKE, *Databases: beginselen, ontwerp en implementatie*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2007, p.4-5 (Met name waar deze auteur als kenmerken van een “database” aangeeft: “Een database omvat gegevens en relaties” en “Databases produceren informatie”); Vergelijk op dit punt ook de definitie van een databank, die art 1.2 Richtlijn Databanken geeft, waar dit artikel stelt: “*In deze richtlijn wordt verstaan onder ‘databank’: een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen, systematisch of methodisch geordend, en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk.*”.

éénzelfde zintuiglijk waarneembare manifestatie¹⁸⁰. Bij een papieren telefoongids bijvoorbeeld kunnen we stellen dat de ordening en structurering van de elementen familienamen, adresgegevens, en telefoonnummers een belichaming vindt in de onderlinge, visueel waarneembare, positionering van deze elementen op de pagina's van het telefoonboek.

Bij elektronische databanken daarentegen ligt de ordening en structurering van de elementen die de databank laten functioneren, vervat in de zogeheten 'meta-data'¹⁸¹, op een manier die, voor de gebruiker van de databank, in de regel niet direct waarneembaar is. Deze meta-data binnen een databank zijn daarbij, zoals aangegeven, data over de data binnen de databank¹⁸². Het is daarbij integendeel meestal het computerprogramma dat de databank beheert, het zogeheten 'databankmanagementsysteem', dat, bij raadplegingen van de databank, concreet gebruik maakt van de binnen de meta-data vervatte ordening en structurering van de data binnen de databank¹⁸³. De betrokken 'meta-data' houden hierbij dan met name de structuur van de elektronische databank in, in zoverre zij normalerwijze gegevens bevatten rond de drie aspecten van de opbouw of architectuur van deze elektronische databank. Zij bevatten daarbij met name gegevens over de volgende drie aspecten in dit verband: ten eerste, rond het *interne* aspect, met name rond de organisatie en fysische locaties binnen de geheugendrager of het geheugenapparaat van de data die de inhoud uitmaken van de databank, ten tweede, rond het *conceptuele* of *logische* aspect, met name rond het geheel van de opgenomen relaties tussen de data die de inhoud uitmaken van de databank, in het licht van hun eigenschappen, en, tenslotte, rond het *externe* aspect, met name rond die relaties tussen de eigenschappen van de data, die de inhoud uitmaken van de databank, waarmee de gebruiker van de databank ook werkt bij een opzoeking binnen de databank¹⁸⁴. Hierbij is op te merken dat de meta-data rond het *conceptuele* of *logische* aspect veelal aangevuld worden met een index of thesaurus rond de data die de inhoud uitmaken van de databank, die deze data ordent op een wijze die geen verband houdt met de onderlinge relaties tussen deze data in het licht van hun eigenschappen¹⁸⁵. Concreet kunnen we, enigszins vereenvoudigd, stellen dat meta-data binnen een databank dan bijvoorbeeld kunnen bestaan uit het volgende gegeven: dat die specifieke data die op die specifieke locatie binnen de geheugendrager opgeslagen liggen en die, die specifieke ordening hebben binnen de lijst

¹⁸⁰ Vergelijk op dit vlak LOEWENHEIM, die in de context van 'Sammelwerke' en 'Datenbankwerke' spreekt van: "Ein räumlich-gegenständliche Anordnung..." U. LOEWENHEIM, "§4 Sammelwerke und Datenbankwerke" in G. SCHRICKER (ed.), *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p. 155

¹⁸¹ Uitdrukkelijk rond het feit dat de set 'metadata' de structuur omvatten van een databank, die bestaat uit het geheel van de sets van data op een geheugendrager of geheugenapparaat, die zich door een computerprogramma laten beheren, bijvoorbeeld: G. DE TRÉ, *Principes van databases*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2007, p. 100; M. WEIK, *Computer Science and Communications Dictionary*, Berlijn, Springer, 2000, p. 1008; In die zin ook: H. HABERSTUMPF, "Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz", *GRUR* 2003, p. 21-22.

¹⁸² Met betrekking tot deze omschrijving van het begrip 'meta-data', zie bijvoorbeeld: G. VOSSSEN, *Datenmodelle, Datenbanksprachen und Datenbankmanagementsysteme*, München, Oldenbourg, 2008, p. 35 (Deze auteur omschrijft "Metadaten" meerbepaald als "Daten über die Daten") en M. WEIK, *Computer Science and Communications Dictionary*, Berlijn, Springer, 2000, p. 1008 (Deze auteur omschrijft het begrip "meta data" ondermeer als: "1) Data that is used to describe other data." en "3. In a database management system, data that are about, or descriptive of, an organization's information, database, and data activities, such as data that describe the content and structure of the organization's database.")

¹⁸³ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: G. DE TRÉ, *Principes van databases*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2007, p. 11 en M. CONNOLLY en E. BEGG, *Database systems: a practical approach to design, implementation, and management*, Harlow, Addison-Wesley, 2005, p. 48 e.v..

¹⁸⁴ Met betrekking tot het gegeven dat meta-data gegevens bevatten rond het *interne* aspect, het *conceptuele* of *logische* aspect en het *externe* aspect van een elektronische databank, zie bijvoorbeeld: G. VOSSSEN, *Datenmodelle, Datenbanksprachen und Datenbankmanagementsysteme*, München, Oldenbourg, 2008, p. 35; Uitgebreid met betrekking tot deze gebruikelijk drie aspecten van de opbouw of architectuur van een elektronische databank, zie bijvoorbeeld: G. VOSSSEN, *Datenmodelle, Datenbanksprachen und Datenbankmanagementsysteme*, München, Oldenbourg, 2008, p. 26 e.v.; G. DE TRÉ, *Principes van databases*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2007, p. 19 e.v. en M. CONNOLLY en E. BEGG, *Database systems: a practical approach to design, implementation, and management*, Harlow, Addison-Wesley, 2005, p. 34 e.v..

¹⁸⁵ Met betrekking tot dergelijke indexen en thesauri, zie bijvoorbeeld: M. CONNOLLY en E. BEGG, *Database systems: a practical approach to design, implementation, and management*, Harlow, Addison-Wesley, 2005, p. 175 e.v.; D. KROENKE, *Databases: beginselen, ontwerp en implementatie*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2007, p. 385 e.v. en H. HABERSTUMPF, "Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz", *GRUR* 2003, p. 16-17.

‘telefoonnummers’, in de relatie ‘*is het telefoonnummer van*’ staan, tot die specifieke data die op die specifieke locatie binnen de geheugendrager opgeslagen liggen en die, die specifieke ordening hebben binnen de lijst ‘familienamen’.

Bij het functioneren van een elektronische databank gaat dus een belangrijke rol uit naar het ‘databankmanagementsysteem’, het computerprogramma dat de verschillende sets van data beheert binnen de elektronische databank. Dit ‘databankmanagementsysteem’ fungeert hierbij als een koppeling tussen deze sets van data en de gebruiker van de databank. Het stelt de gebruiker van de databank, in beginsel, in staat om vlot data op te zoeken, toe te voegen, te verwijderen en te wijzigen, zonder dat deze zich daartoe telkens met de details geconfronteerd ziet van de, zonet vermelde, drie aspecten van de opbouw of architectuur van de elektronische databank¹⁸⁶. De manier waarop dit ‘databankmanagementsysteem’ functioneert ten aanzien van de betrokkenen, te bewerken sets van data binnen de databank en ten aanzien van een bepaald computersysteem, komt daarbij in essentie overeen met het hierboven beschreven algemene functioneren van computerprogramma’s. Daaruit volgt dan ook dat het ‘databankmanagementsysteem’ bij het, zonet vermelde, opzoeken, toevoegen, verwijderen of wijzigen van data binnen de databank, dus onvermijdelijk duplicaties maakt van de data die opgenomen zijn binnen de databank¹⁸⁷. Bij elke uit te voeren bewerking van de betrokken data zal het ‘databankmanagementsysteem’ zich immers onvermijdelijk genoodzaakt zien tot een ‘overbrenging-door-duplicatie’ van de betrokken data tussen de onderscheiden componenten van het betrokken computersysteem. Vaak zal een databank ook te veel data bevatten om deze allemaal gelijktijdig in een werkgeheugen te kunnen opslaan. Het uitvoeren van bepaalde taken, bijvoorbeeld opzoekingen, kunnen het ‘databankmanagementsysteem’ dan ook om die reden vragen om daarbij voortdurende andere delen van de data van de databank, vanuit het geheugenapparaat met alle data van de databank, via ‘overbrenging-door-duplicatie’, naar het werkgeheugen te brengen¹⁸⁸.

Op het vlak van het functioneren van databanken, is het volgens ons, ten slotte, ook aangewezen om nog te wijzen op een courant verschil bij het functioneren van online databanken en offline databanken, vanuit het perspectief van de eind-gebruiker van de betrokken databank¹⁸⁹. Bij offline databanken zal de eind-gebruiker in de regel een specifieke incorporatie ter beschikking gesteld krijgen van de volledige databank die hij kan gebruiken, die ook fysisch tot bij hem of haar gebracht wordt. Dit zal bijvoorbeeld gebeuren door de eind-gebruiker een geheugendrager te geven, bijvoorbeeld een cd-rom, die de betrokken databank belichaamt. Bij online databanken daarentegen, die de eind-gebruiker kan raadplegen via het internet, zal daarbij in de regel echter geen specifieke incorporatie van de betrokken databank, fysisch tot bij hem of haar gebracht worden. Veelal is het bij dergelijk online databanken zo dat de eind-gebruiker, via een zoekscherm, een zoekopdracht kan formuleren die dan vervolgens verstuurd wordt naar een locatie waar zich de databank bevindt en waar, aan de hand van deze databank, dan een antwoord geformuleerd wordt. Als de betrokken eind-gebruiker dan vervolgens het antwoord toegestuurd krijgt op zijn zoekopdracht krijgt hij of zij geen incorporatie toegestuurd van de betrokken databank in zijn geheel maar hoogstens van een deel van de betrokken databank¹⁹⁰.

C.2. Het ontwikkelingsproces van databanken

¹⁸⁶ Zie in dit verband bijvoorbeeld: G. DE TRÉ, *Principes van databases*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2007, p. 11 en M. CONNOLLY en E. BEGG, *Database systems: a practical approach to design, implementation, and management*, Harlow, Addison-Wesley, 2005, p. 48 e.v..

¹⁸⁷ Zie zeer uitgebreid in dit verband: M. GRÜTZMACHER, *Urheber-, Leistungs- und Sui-generis-Schutz von Datenbanken. Eine Untersuchung des europäischen, deutschen und britischen Rechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 66.

¹⁸⁸ In dit verband bijvoorbeeld: G. DE TRÉ, *Principes van databases*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2007, p 5 e.v..

¹⁸⁹ Zie in die zin ook GRÜTZMACHER, die daarbij nadrukkelijk “*Offline-Versionen von Datenbanken*” plaats tegenover “*Online-datenbanken*”, M. GRÜTZMACHER, *Urheber-, Leistungs- und Sui-generis-Schutz von Datenbanken. Eine Untersuchung des europäischen, deutschen und britischen Rechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 72-73.

¹⁹⁰ Zie in verband met het functioneren van online databanken, bijvoorbeeld: P. ROB, C. CORONEL en K. CROCKETT, *Database systems*, London, Course Technology Cengage Learning, 2008, p.583 e.v.; R. ASSFALG, U. GOEBELS, H. WELTER, *Internet-Databanken. Konzepte, Modelle, Werkzeuge*, Bonn, Addison-Wesley-Longman, 1998, p. 389.

Het ontwikkelingsproces van een databank heeft, in de regel, tot doel om er voor te zorgen dat een gebruiker, door een zo efficiënt mogelijke organisatie en structurering van de elementen binnen de databank, zo efficiënt mogelijk de gewenste kennis verkrijgt rond het bestaan van de binnen deze databank opgenomen elementen of hun eigenschappen¹⁹¹. Om tot een databank te komen, die zo goed mogelijk aan de zonet vermelde doelstelling voldoet, omvat ook het ontwikkelingsproces van databanken een belangrijke ontwerpfase, alvorens over te gaan tot het eigenlijke vervaardigen van de databank¹⁹². Bij elektronische databanken is het eveneens gebruikelijk om het ontwikkelingsproces te analyseren binnen een zogeheten ‘levenscyclus’ van de databank, die zowel het ontwerpen, als het vervaardigen als het onderhouden van de databank omvat¹⁹³.

De ontwerpfase van een databank omvat doorgaans de volgende stappen. Ten eerste worden de specificaties vastgelegd waaraan de databank moet voldoen, bijvoorbeeld in het licht van de verwachtingen, die de beoogde gebruikers hebben rond een bepaald soort databank¹⁹⁴. De tweede stap bestaat er dan in om een ‘conceptueel ontwerp’ te maken van de latere databank. Dit conceptueel ontwerp bestaat er in wezen in om een deel van de realiteit te nemen en daarrond het volgende te doen: elementen identificeren binnen dit deel van de realiteit evenals eigenschappen van deze elementen en relaties tussen de eigenschappen van deze elementen en, vervolgens, deze elementen, eigenschappen en relaties te vatten in een grafische weergave¹⁹⁵. Bij dit conceptuele ontwerp staat de beschrijving van de realiteit centraal die de inhoud zal vormen van de latere databank, eerder dan de latere databank zelf. Wel is het zo dat de beschrijving van de elementen, hun eigenschappen en de relaties van hun eigenschappen binnen dit conceptuele ontwerp aan bepaalde eisen moeten voldoen om een geschikte basis te zijn voor de verdere ontwerparbeid. Dergelijke eisen zijn bijvoorbeeld het zoveel mogelijk vermijden van herhalingen in de betrokken beschrijvingen van elementen, eigenschappen en relaties van eigenschappen¹⁹⁶. De derde stap, dan, bestaat meestal in het uitwerken van een ‘logisch ontwerp’ van de latere databank in het licht van een bepaald databankmodel. Dit ‘logische ontwerp’ is een beschrijving van de entiteiten die elementen zullen uitmaken van de databank, en van de ordening en structurering van elementen op grond van hun eigenschappen en de relaties tussen hun eigenschappen. Het ‘conceptueel ontwerp’ wordt daarbij met name omgezet in structuren die ook een implementatie toelaten binnen concrete databanken¹⁹⁷. Om dit ‘logische ontwerp’ uit te werken wordt doorgaans aansluiting gezocht bij

¹⁹¹ Zie in dit verband bijvoorbeeld: G. VOSSSEN, *Datenmodelle, Datenbanksprachen und Datenbankmanagementsysteme*, München, Oldenbourg, 2008, p. 5; M. GRÜTZMACHER, *Urheber-, Leistungs- und Sui-generis-Schutz von Datenbanken. Eine Untersuchung des europäischen, deutschen und britischen Rechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 31.

¹⁹² Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld de indeling, die KROENKE maakt bij zijn behandeling in “*Deel 2 Databases ontwerpen*” en “*Deel 3 Databases implementeren*”, D. KROENKE, *Databases: beginnelen, ontwerp en implementatie*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2007, respectievelijk p. 67 en p.205

¹⁹³ Zie in die zin, bijvoorbeeld: G. VOSSSEN, *Datenmodelle, Datenbanksprachen und Datenbankmanagementsysteme*, München, Oldenbourg, 2008, p. 46 e.v. en P. ROB, C. CORONEL en K. CROCKETT, *Database systems*, London, Course Technology Cengage Learning, 2008, p. 484 e.v.

¹⁹⁴ Zie bijvoorbeeld: G. VOSSSEN, *Datenmodelle, Datenbanksprachen und Datenbankmanagementsysteme*, München, Oldenbourg, 2008, p. 54.

¹⁹⁵ Zie wat het ‘conceptueel ontwerp’ betreft, bijvoorbeeld: G. VOSSSEN, *Datenmodelle, Datenbanksprachen und Datenbankmanagementsysteme*, München, Oldenbourg, 2008, p. 55 e.v.; G. DE TRÉ, *Principes van databases*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2007, p. 59 e.v. en M. WEIK, *Computer Science and Communications Dictionary*, Berlijn, Springer, 2000, p.278 (Deze auteur definieert “conceptual model” met name als: “1. A human’s notion of a real or virtual model. 2. A model of a) the characteristics of a discourse universe, b) the entities in the universe, and c) the relationships among entities.” en “3. In a database, a representation of an enterprise or an organization that is described by a collection of entities and their relationships.”).

¹⁹⁶ Wat de vaststelling betreft van de centrale rol van de realiteit binnen de beschrijving in het ‘conceptuele ontwerp’ van databanken en uitgebreid met betrekking tot de vereisten waaraan de beschrijving van elementen, hun eigenschappen en de relaties van hun eigenschappen binnen een ‘conceptueel ontwerp’ moet voldoen, bijvoorbeeld: P. ROB, C. CORONEL en K. CROCKETT, *Database systems*, London, Course Technology Cengage Learning, 2008, p. 538 e.v..

¹⁹⁷ Tot deze omschrijving van een een ‘logisch ontwerp’ van een databank komen wij op grond van onder andere: G. SIMSION en G. WITT, *Data modeling essentials*, Amsterdam en London, Morgan Kaufmann, 2005, p. 17; G. POWELL, *Beginning database design*, Indianapolis, Wiley, 2006, p. 5 en G. DE TRÉ, *Principes van databases*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2007, p 31 e.v..

standaard abstracte types databankmodellen, zoals het hiërarchische databankmodel, het netwerk-databankmodel, of, het meest verspreide model, het relationele databankmodel¹⁹⁸. In het geval van een elektronische databank is op te merken dat het ‘logisch ontwerp’ in het licht van een bepaald databankmodel, in zijn beschrijving rond de entiteiten, hun eigenschappen en de relaties tussen hun eigenschappen, ook de drie bovenvermelde aspecten van de opbouw of architectuur van de elektronische databank dient uit te werken, meer bepaald, het *conceptuele* of *logische* aspect, het *interne* aspect en het *externe* aspect¹⁹⁹. Voor het uitwerken van het ‘logisch ontwerp’ van een databank wordt vaak een beroep gedaan op de hulp van computerprogramma’s²⁰⁰. Als laatste stap, dan binnen de ontwerpfase, volgt tenslotte het ‘fysische ontwerp’ van de databank. Bij elektronische databanken houdt dit fysische ontwerp met name een ontwerp in dat, rekening houdend met, enerzijds, het ‘logische ontwerp’ en het gekozen databankmodel en, anderzijds, een specifiek ‘databankmanagementsysteem’, aangeeft welke geheugendragers of geheugenapparaten en welke organisatie van de opslag van en de toegang tot de data van de databank binnen deze geheugendragers of geheugenapparaten, te verkiezen zijn om de databank zo performant mogelijk te maken²⁰¹. Ook wat dit ‘fysische ontwerp’ van de databank betreft, wordt vaak een beroep gedaan op de hulp van computerprogramma’s²⁰². In het licht van het ‘logische ontwerp’ en het gekozen databankmodel, zal binnen het fysische ontwerp bijvoorbeeld concreet te bepalen zijn rond welke data binnen het geheugen een snelle directe toegang dan wel een tragere sequentiële toegang dient te bestaan²⁰³. Daarnaast dient binnen het fysische ontwerp bijvoorbeeld ook bepaald te worden hoe een efficiënte overbrenging kan georganiseerd worden van delen van data van de databank vanuit de geheugendrager, waarin de volledige datasets opgeslagen liggen, naar het werkgeheugen om bewerking te ondergaan door het ‘databankmanagementsysteem’²⁰⁴.

Belangrijk hierbij op te merken, is dat dus niet alleen de hoeveelheid data waarrond een gebruiker van een databank een handeling wil verrichten, bepalend is voor de hoeveelheid data die het ‘databankmanagementsysteem’ bij het uitvoeren van deze handeling zal dupliceren. De hoeveelheid geduplicateerde data hierbij is ook afhankelijk van het concreet toegepaste databankmodel en het daaraan gekoppelde ‘fysische ontwerp’ van de databank. Vraagt de door de gebruiker gevraagde handeling bijvoorbeeld een bewerking van data waarrond, ten gevolge van het fysische ontwerp, een sequentiële toegang bestaat, dan impliceert dit concreet dat het ‘databankmanagementsysteem’ binnen het geheugen alle opeenvolgende data moet ‘lezen’, en dus dupliceren, tot het de gewenste data bereikt heeft. Vraagt de handeling daarentegen bijvoorbeeld een bewerking van data waarrond het fysische ontwerp een directe toegang voorzien heeft, dan houdt dit in dat het ‘databankmanagementsysteem’ daarbij binnen het geheugen enkel de gewenste data moet ‘lezen’ en dus ‘dupliceren’²⁰⁵.

De fase van het eigenlijke vervaardigen of implementeren van de databank dan, die op de zonet behandelde ontwerpfase volgt, houdt nu verschillende taken in. Een eerste taak bij een elektronische databank bestaat er dan

¹⁹⁸ Voor een gedetailleerde beschrijving van het hiërarchische databankmodel, het netwerk-databankmodel, en het relationele databankmodel, verwijzen we hier naar: P. ROB, C. CORONEL en K. CROCKETT, *Database systems*, London, Course Technology Cengage Learning, 2008, p.37 e.v.; G. DE TRÉ, *Principes van databases*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2007, p.31 e.v..

¹⁹⁹ Zie bijvoorbeeld: M. CONNOLLY en E. BEGG, *Database systems: a practical approach to design, implementation, and management*, Harlow, Addison-Wesley, 2005, p. 44 e.v..

²⁰⁰ Zie in dit verband onder andere: G. POWELL, *Beginning database design*, Indianapolis, Wiley, 2006, p. 16 en M. GRÜTZMACHER, *Urheber-, Leistungs- und Sui-generis-Schutz von Datenbanken. Eine Untersuchung des europäischen, deutschen und britischen Rechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 33.

²⁰¹ Tot deze omschrijving van het ‘fysische ontwerp’ van databanken komen wij in het licht van bijvoorbeeld: P. ROB, C. CORONEL en K. CROCKETT, *Database systems*, London, Course Technology Cengage Learning, 2008, p.58 e.v. en G. SIMSION en G. WITT, *Data modeling essentials*, Amsterdam en London, Morgan Kaufmann, 2005, p. 17.

²⁰² Zie bijvoorbeeld: G. VOSSSEN, *Datenmodelle, Datenbanksprachen und Datenbankmanagementsysteme*, München, Oldenbourg, 2008, p. 89.

²⁰³ In dit verband verwijzen we bijvoorbeeld naar: P. ROB, C. CORONEL en K. CROCKETT, *Database systems*, London, Course Technology Cengage Learning, 2008, p. 567 e.v..

²⁰⁴ Zie bijvoorbeeld: G. DE TRÉ, *Principes van databases*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2007, p. 5 e.v..

²⁰⁵ Voor een uitgebreide analyse in dit verband verwijzen we naar: M. GRÜTZMACHER, *Urheber-, Leistungs- und Sui-generis-Schutz von Datenbanken. Eine Untersuchung des europäischen, deutschen und britischen Rechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 66-70 (met name het onderdeel “Kopiervorgänge bei der Benutzung von Datenbanken”).

met name in om in een concreet databankmanagementsysteem te voorzien²⁰⁶. Het is hierbij gebruikelijk om daarvoor een beroep te doen op bestaande computerprogramma's voor het beheren van databanken²⁰⁷. In zoverre echter geen beroep zou gedaan worden op een bestaand databankmanagementsysteem, vraagt dit dan uiteraard de ontwikkeling van een eigen computerprogramma. De ontwikkelingen van dit databankmanagementsysteem verloopt daarbij dan volgens, de stappen van het hierboven vermelde ontwikkelingsproces met betrekking tot computerprogramma's. De tweede taak, bestaat er dan in om overeenkomstig het ontwerp van de databank als het ware het skelet van de databank, vorm te geven. Bij een elektronische databank vraagt dit meer bepaald om het *conceptuele* of *logische* aspect, het *interne* aspect en het *externe* aspect van de, nog lege databank in te richten met behulp van het databankmanagementsysteem²⁰⁸.

De volgende taak is dan het invoegen van de data binnen de databank. Wat de data betreft, die de inhoud moeten uitmaken van de databank, houdt de taak van het invoegen daarbij met name de taak in van het verzamelen, controleren, selecteren en invoeren van deze data. Deze selectie van data zal daarbij gebeuren in het licht van criteria, die volgen uit het conceptuele ontwerp van de databank. Afhankelijk van de inhoud van de betrokken databank, is het proces van het verzamelen, controleren en selecteren van de data al dan niet arbeidsintensief en complex. Waar het invoeren van de data niet langs geautomatiseerde weg kan verlopen maar integendeel manueel dient te gebeuren, kan ook dit invoeren arbeidsintensief zijn. Onder omstandigheden zal het echter ook mogelijk zijn het verzamelen, controleren, selecteren en invoeren van de data die de inhoud moeten uitmaken van de databank, over te laten aan een daartoe ontworpen computerprogramma. Wat de meta-data, indexen en het logboek betreft, geldt in beginsel dat zij in elk geval automatisch opgemaakt worden door het databankmanagementsysteem, met name bij het binnen dit databankmanagementsysteem passend manueel of automatisch invoeren van de data die de inhoud uitmaken van de databank. Samengevat is het dus mogelijk dat in sommige gevallen de taak van het invoegen van de data binnen de databank, na een éénmalige inspanning in dit verband, in belangrijke mate geautomatiseerd verloopt, terwijl in andere gevallen het invoegen van deze data grote inspanningen vraagt²⁰⁹.

Tot slot is ook de taak van het onderhouden van de databank te vermelden. Bij elke databank stelt zich in dit verband in beginsel de taak van het eventuele corrigeren en actueel houden van de data, die de inhoud uitmaken van de databank, en het aanbrengen van eventuele wijzigingen in dit verband aan de databank. Daarnaast zal zich ook steeds de taak stellen om de databank te verbeteren en aan te passen aan eventuele wijzigende omstandigheden²¹⁰.

C.3. Reverse engineering van databanken

Ook bij databanken, ten slotte, geldt dat hun ontwikkelingsproces in sommige gevallen zal vertrekken van een zogeheten 'reverse engineering' van een andere, reeds bestaande databank. Dit zal ook hier met name het geval zijn indien iemand een databank wil vervaardigen die identiek is aan de andere, reeds bestaande databank of eventueel

²⁰⁶ Met betrekking tot het belang van het databankmanagementsysteem voor de databank, zie bijvoorbeeld: G. DE TRÉ, *Principes van databases*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2007, p. 16 e.v..

²⁰⁷ In dit verband verwijzen we naar: M. CONNOLLY en E. BEGG, *Database systems: a practical approach to design, implementation, and management*, Harlow, Addison-Wesley, 2005, p. 24 e.v..

²⁰⁸ Zie: G. VOSSSEN, *Datenmodelle, Datenbanksprachen und Datenbankmanagementsysteme*, München, Oldenbourg, 2008, p. 58; Uitgebreid in dit verband bijvoorbeeld ook: D. KROENKE, *Databases: beginselen, ontwerp en implementatie*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2007, p. 207 e.v..

²⁰⁹ Wat deze beschrijving betreft van het invoegen van de data binnen de databank, verwijzen we naar: G. DE TRÉ, *Principes van databases*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2007, p. 57 e.v.; G. VOSSSEN, *Datenmodelle, Datenbanksprachen und Datenbankmanagementsysteme*, München, Oldenbourg, 2008, p. 461 (Met betrekking tot 'Datenintegration') en de bijzonder uitgebreide behandeling bij M. GRÜTZMACHER, *Urheber-, Leistungs- und Sui-generis-Schutz von Datenbanken. Eine Untersuchung des europäischen, deutschen und britischen Rechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 49-56

²¹⁰ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld, ROB, CORONEL en CROCKETT, die naar analogie met de onderhoudstaken bij computerprogramma's, met betrekking tot elektronische databanken spreken van: "Corrective maintenance in response to system errors. Adaptive maintenance due to changes in the business environmen. Perfective maintenance to enhance the system." P. ROB, C. CORONEL en K. CROCKETT, *Database systems*, London, Course Technology Cengage Learning, 2008, p. 491.

een databank die, zonder identiek te zijn, niettemin gelijkaardige eigenschappen heeft als deze andere, reeds bestaande databank.

De handelingen die aan de orde zijn bij een dergelijke ‘reverse engineering’ van een bestaande databank verschillen daarbij naargelang deze bestaande databank een elektronische of een niet-elektronische databank is.

Bij een niet-elektronische databank liggen de ordening en structurering van elementen, zoals aangegeven, in de regel op een voor de gebruiker van de databank direct waarneembare wijze vervat in de onderlinge positie tegenover elkaar van de geordende en gestructureerde elementen binnen éénzelfde zintuiglijk waarneembare manifestatie. Dit betekent dan ook dat het bij een niet-elektronische databank in de regel volstaat om de betrokken databank louter te observeren om ook kennis te verkrijgen rond de ordening en structurering van elementen die deze databank laten functioneren en rond het geheel van de in deze databank opgenomen elementen.

Bij een elektronische databank daarentegen geldt dat de ordening en structurering van elementen die deze databank laten functioneren en het geheel van de in deze databank opgenomen elementen, zich niet zomaar prijsgeven door het louter bekijken van de betrokken databank. Indien een persoon kennis wil verkrijgen rond deze beide gegevens zal hij bijkomende handelingen moeten uitvoeren ten aanzien van de betrokken elektronische databank. Een eerste optie bestaat er dan in theorie in om zich, door systematisch, opzoeken te verrichten ten aanzien van de betrokken databank vanuit een extern perspectief, ook een beeld te verschaffen van de ordening en structurering van elementen die deze databank laten functioneren en van het geheel van de in deze databank opgenomen elementen. Een tweede optie bestaat er dan om zich, door middel van dezelfde computerprogramma’s die als hulp gebruikt werden bij het ontwerpen en vervaardigen van de betrokken databank, vervolgens ook een vrij getrouw, zij het niet perfect, beeld te verschaffen van het geheel van de inhoud en van de verschillende aspecten van de opbouw en structuur van de betrokken bestaande elektronische databank²¹¹. Wat deze beide opties betreft, is in dit verband dan opnieuw op merken dat zij beiden gepaard gaan met duplicaties van onderdelen van de betrokken, bestaande elektronische databank. Beide opties houden immers het gebruik van computerprogramma’s in, waarvan het functioneren, in het bijzonder in het licht van de noodzakelijk ‘overbrenging-door-duplicatie’ daarbij tussen de componenten van het gebruikte computersysteem, onvermijdelijk duplicaties zal vragen van de data van de betrokken, bestaande databank.

²¹¹ In dit verband verwijzen naar de uitgebreide bespreking van de ‘reverse engineering’ van databanken bij, bijvoorbeeld: D. KROENKE, *Databases: beginselen, ontwerp en implementatie*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2007, p. 264 e.v. en J.-L. HAINAUT (et. al), “Database Reverse Engineering: From Requirements to CARE Tools”, in L. WILLS en P. NEWCOMB, *Reverse engineering*, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1996, p. 9 e.v..

D. Compatibiliteit en interoperabiliteit van chips, computerprogramma's en databanken

Een kenmerk nu, ten slotte, dat computers, chips, computerprogramma's en elektronische databanken gemeenschappelijk hebben, is dat hun goed functioneren in vele opzichten afhankelijk is van een onderlinge interactie en samenwerking met andere zintuiglijk waarneembare manifestaties. Opdat een computerprogramma op de gewenste wijze zou kunnen inwerken op een computersysteem, moeten de instructies van dit computerprogramma daartoe bijvoorbeeld op die manier opgebouwd zijn dat deze ook geschikt zijn om in te werken op de types halfgeleiderschakelingen die dat type computer bevat. Omgekeerd, houdt dit gegeven dus ook vereisten in voor de binnen een computer gebruikte halfgeleiderschakelingen, indien zij in staat willen zijn om te functioneren onder de instructies van een bepaald, bestaand computerprogramma. Daarnaast moeten computerprogramma's onderling ook in staat zijn om passende te interageren op elkaars instructies als zij samen eenzelfde computer willen besturen. Opdat de te bewerken data zich passend laten bewerken door een bepaald computerprogramma, zullen de betrokken data bovendien ook een bepaalde vorm moeten aannemen die geschikt is voor een bewerking door een bepaald computerprogramma binnen een bepaald computersysteem. Om het mogelijk te maken om een geïntegreerde halfgeleiderschakeling in te passen en te laten functioneren binnen een apparaat, moet deze chip, enerzijds, op een vooropgezette wijze reageren op de haar in de vorm van elektronische spanningsverschillen, geïntroduceerde instructies of data, en anderzijds over bepaalde fysische kenmerken beschikken om überhaupt in het betrokken apparaat te passen. Waar computers verbonden zijn binnen netwerken en te bewerken data en eventueel instructies dienen uit te wisselen, komen de zonet vermelde vereisten rond het verwezenlijken van een onderlinge interactie en samenwerking dan allemaal samen.

In het kader van de zonet beschreven nood aan een goede samenwerking tussen chips, computerprogramma's en, bij uitbreiding, de onderdelen van elektronische databanken, is het gebruikelijk om te spreken van vereisten van 'compatibiliteit' of 'interoperabiliteit'. 'Compatibiliteit' of 'interoperabiliteit' verwijst hierbij dan met name naar het vermogen van zintuiglijk waarneembare manifestaties om effectief samen te werken in het vervullen van hun functie wanneer ze met elkaar verbonden zijn²¹². Specifiek in de context van geautomatiseerde dataverwerking, kunnen we stellen dat interoperabiliteit daarbij het vermogen inhoudt voor de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties om minstens in een zekere mate instructies of te bewerken data onderling uit te wisselen en om daarbij elk de verkregen instructies of te bewerken data nuttig te kunnen aanwenden bij het vervullen van de eigen functie²¹³.

Het raakvlak tussen zintuiglijk waarneembare manifestaties dat hen in staat moet stellen om effectief samen te werken bij het vervullen van hun functies wordt gebruikelijk aangeduid als een 'interface'²¹⁴. Hierbij is op te

²¹² Zie in dit verband bijvoorbeeld: C. WASSON, *System analysis, design, and development: concepts, principles, and practices*, Hoboken (N.J.), Wiley-Interscience, 2005, p. 150.

²¹³ Zie in die zin bijvoorbeeld: WEIK die "Interoperability" als een synoniem van "compatibility" omschrijft als "1. In automatic data processing communications, computer, information, or control systems, the ability of the systems and their components to function when connected together." ... "2. The ability of systems, units or forces to a) provide services to and accept services from other systems, units or forces and b) use the services so exchanged to enable them to operate effectively together." ... "4. The ability to exchange data in a prescribed manner and the processing of such data to extract intelligible information that can be used to control and coordinate operations. 5. In automatic data processing communications, computer and control systems the capability to communicate, execute computer programs, or transfer data among various functional units within a system and among systems without the need for the user to possess knowledge of the operating details, structural details or the unique characteristics of the functional units or systems." M. WEIK, *Computer Science and Communications Dictionary*, Berlijn, Springer, 2000, p. 827-828.

²¹⁴ Zie met betrekking tot het begrip interface, bijvoorbeeld: DALE en WEEMS die 'interface' omschrijven als "A connecting link at a shared boundary that allows independent systems to meet and act on or communicate with each other." N. DALE en C. WEEMS, *Introduction to Pascal and structured design*, Lexington (Mass.), D.C. Heath, 1994, p. 22; SAUTTER en WEINERTH, die het begrip interface, in het Duits Schnittstelle, definiëren door te schrijven: "1. Der Begriff wird allgemein bei technischen Systemen für die Gesamtheit aller vereinheitlichten Bedingungen zum sicheren Zusammenwirken und die Zusammenschaltbarkeit von Teilsystemen verwendet er enthält insbesondere die Funktion, Signalart, physikalischen Darstellung und konstruktive Einzelheiten der Schnittstellen. ... 2 Allgemein wird der begriff für jedes Objekt verwendet (real, abstrakt), durch das Teilsysteme

merken dat de concrete onderdelen van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties die als ‘interface’ zullen dienen, in beginsel, pas bepaald is door de context van de concrete samenwerking in het vervullen van hun functie. In die zin is dus niet steeds *ex ante* te bepalen welk onderdeel van een zintuiglijk waarneembare manifestatie nu een ‘interface’ zal uitmaken. Daarnaast is ook op te merken dat het bereiken van de gewenste mate van ‘compatibiliteit’ of ‘interoperabiliteit’ naargelang het concrete geval ook uiteenlopende eisen zal stellen aan de ‘interfaces’ van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties.

In sommige gevallen zal het raakvlak van een bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestatie bijvoorbeeld enkel bepaalde vereisten moeten vervullen op het vlak van het bereiken van een bepaald resultaat of effect om, in verbinding met een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, tot een effectieve samenwerking te komen in het vervullen van hun functie. In andere gevallen daarentegen zal het raakvlak van een bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestatie aan specifieke vormvereisten moeten voldoen om, in verbinding met een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, ook tot een effectieve samenwerking te kunnen komen in het vervullen van hun functie²¹⁵.

VINJE, ten slotte, biedt ons in dit verband een mooi voorbeeld om de notie ‘interface’ te illustreren in de context van computerprogramma’s. Deze auteur haalt met name aan dat ‘Microsoft Word’, in de 2.0 versie van dit computerprogramma, in de computer het type grafische kaart vaststelde door na te gaan of het, in het computerprogramma met betrekking tot deze grafische kaart, met name in de vermelding, die dit computerprogramma bevatte rond zijn intellectueelrechtelijke bescherming en de rechthebbende van deze bescherming, de omzetting terugvond van de code ‘IBM’. Als ‘Microsoft Word’ de omzetting terugvond van de code ‘IBM’ ging het er van uit dat de computer over de moderne ‘Enhanced Graphics Adapter’ beschikte van de firma ‘IBM’ die een hoge resolutie toelieten. Vond ‘Microsoft Word’ daarentegen de omzetting van de code ‘IBM’ niet terug dan ging het er van uit dat binnen de computer enkel een verouderde Color Graphics Adapter aanwezig was, die slechts een beperktere resolutie toeliet. De omzetting van de code ‘IBM’ was in dit geval de interface geworden, waarover het computerprogramma met betrekking tot een grafische kaart moest beschikken, opdat het mogelijk zou zijn om ‘Microsoft Word’, in de 2.0 versie van dit computerprogramma, in een hoge resolutie weer te geven op het scherm van de computer. Het gevolg van deze werkwijze, zo gaat VINJE verder, was dat andere producenten van grafische kaarten dan IBM, indien zij wilden bereiken dat de 2.0 versie van Microsoft Word met hun grafische kaart dezelfde hoge resolutie had als met grafische kaarten van IBM, zij er niet alleen moesten voor zorgen dat hun grafische kaarten even performant waren als die van IBM, maar ook dat in het computerprogramma met betrekking tot hun grafische kaarten de omzetting van de code ‘IBM’ terug te vinden was. VINJE geeft aan dat producenten dit oplosten door in de code van het computerprogramma van hun grafische kaarten vermeldingen op te nemen zoals: “*IBM is mentioned for compatibility only*” of “*Note: Some code expects ,IBM' here!*”²¹⁶.

einander angepaßt werden sollen. ...” D. SAUTTER en H. WEINERTH, *Lexikon Elektronik und Mikroelektronik*, Düsseldorf, VDI-Verlag, 1993, 1159 p.; Vergelijk op dit vlak ook de omschrijving van het begrip ‘interface’ die terug te vinden is in de Richtlijn Computerprogramma’s, waar deze luiden: “*Overwegende dat de onderdelen van het programma die koppeling en interactie tussen componenten van een systeem verzekeren, algemeen met de term "interfaces" worden aangeduid;*”.

²¹⁵ Zie in dit verband bijvoorbeeld: C. WASSON, *System analysis, design, and development: concepts, principles, and practices*, Hoboken (N.J.), Wiley-Interscience, 2005, p. 150 (“*Compatibility often has different contextual meanings. We can use the term in the context of physical form, fit and function capability. Notice that we used the operative capability. Having the capability does not mean the engagement or interface is interoperable or enabled.*”).

²¹⁶ Zie voor dit voorbeeld: T. VINJE, “Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität”, *GRURInt* 1992, p. 259.

1.2. Overwegingen bij het tot stand komen van de intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken

Vervolgens behandelen we nu de overwegingen die wetgevers, rechtsleer en rechtspraak er op nahielden op het ogenblik dat de vraag rees om rond chips, computerprogramma's en databanken een passende beschermingsregeling uit te werken op grond van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging. In dit verband stellen we vast dat deze overwegingen in hoofdzaak betrekking hadden op twee punten. In de eerste plaats (1.2.1.) was er telkens de vraag of een bescherming 'op maat' rond chips, computerprogramma's en databanken mogelijk was binnen de bestaande, traditionele beschermingsregelingen van het intellectuele eigendomsrecht dan wel of dit nieuwe *sui generis* beschermingsregelingen vereiste. In de tweede plaats (1.2.2.) werd dan echter telkens ook aandacht besteed aan de implicaties van de keuze voor bestaande dan wel nieuwe *sui generis* beschermingsregelingen, op het vlak van de verplichtingen op grond van de bestaande, multilaterale verdragen rond intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging.

1.2.1. Overwegingen rond een beschermingsregeling 'op maat' van chips computerprogramma's en databanken binnen het intellectuele eigendomsrecht

Naarmate chips, computerprogramma's en databanken economisch gezien steeds belangrijker werden, rees steeds vaker de vraag of en in welke mate er, rond deze soorten incorporaties van inspanningen, nood was aan een bepaalde mate van bescherming op grond van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging. De vraag die dan gewoonlijke al snel volgde was of een dergelijke passende mate van bescherming mogelijk was op grond van de bestaande, traditionele beschermingsregelingen van het intellectuele eigendomsrecht dan wel of dit nieuwe *sui generis* beschermingsregelingen vroeg.

We menen vast te stellen dat het beantwoorden van deze beide vragen, in wezen, gebaseerd was op twee soorten overwegingen. In eerste instantie (A.) waren daarbij, impliciet of expliciet, steeds overwegingen aan de orde rond de principes die bepalen of een bepaald ingrijpen van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging tegen 'parasitaire mededinging' wenselijk is rond bepaalde soorten incorporaties van inspanningen. Vanuit deze principes (B.) waren er dan steeds de concrete overwegingen of bestaande dan wel nieuwe, *sui generis* beschermingsregelingen het meest geschikt waren om chips, computerprogramma's en databanken een aangewezen mate van bescherming te verlenen op grond van het intellectuele eigendomsrecht.

In wat volgt gaan we nu dieper in op deze beide soorten overwegingen.

A. Heersende 'denkkader' rond een optimaal ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht

De vraag of een bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht aangewezen was rond chips, computerprogramma's en databanken toetsten zij daarbij in de regel aan de heersende opvattingen rond, wat we het heersende 'denkkader' kunnen noemen rond het optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht²¹⁷. Bij dit heersende 'denkkader' gaat het dan met name om de dominante opvattingen rond de manier waarop het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging tegen 'parasitaire mededinging', af te stellen is in het licht van onderscheiden constellaties van *feitelijke omstandigheden*, om daarin

²¹⁷ Vergelijk wat het bestaan betreft, van zoiets als de 'systematiek' van het optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, bijvoorbeeld: G. VANDENBERGHE, "Softwarebescherming in de U.S.A.: een voorbeeld voor Europa?", *B.I.E.* 1985, p. 54 ("Dit druist in tegen de systematiek van het geheel van intellectuele rechten. In het geheel van intellectuele rechten worden voorwerpen van "letterkunde, kunst en wetenschappen" duidelijk anders behandeld dan voorwerpen die zich situeren op het vlak van de techniek, en die een bijdrage verlenen tot de materiële vooruitgang en tot de produktiviteit."); A. QUAEDVLIIEG, "Het technisch effect onder water" (noot bij Pres. Rb. Amsterdam 19 juni 1997, Mandemaker e.a./Cygnus Marine ('fast planing vessels')), *BIE* 1998, p.334 ("Auteursrechtelijke bescherming van technische vormen voert ook tot daadwerkelijke fricties in het systeem van de intellectuele eigendom. Het toelaten van zo een bescherming miskent dat techniek nu juist bewust dat techniek nu juist bewust is in zeer beperkt mate (nl. via het octrooierecht) toegankelijk voor bescherming is gemaakt, omdat de vrije toepasbaarheid van technische ideeën en vindingen van levensbelang is voor de technische vooruitgang, de materiële voortbrenging en de concurrentiekracht van de economie."); A. KOPFF, "Die Schutzsysteme im Immaterialgüterrecht", *GRURInt* 1983, p. 351-356.

optimaal de *doelstellingen* te realiseren, die het betrokken ingrijpen behoort te bereiken. De vraag of een passende bescherming rond chips, computerprogramma's en databanken mogelijk was onder de bestaande beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, dan wel, of dit nieuwe *sui generis* beschermingsregelingen vroeg, toetsten zij dan in de regel door het volgende na te gaan: of een bescherming van chips, computerprogramma's en databanken onder de bestaande beschermingsregeling te verenigen was met de invulling van de betrokken beschermingsregeling die aangewezen was in het licht van het dominante 'denkkader' rond het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging'²¹⁸.

In wat volgt gaan we nu dieper in op de twee zonet aangehaalde referentiepunten bij het beantwoorden van vragen rond een passende bescherming van chips, computerprogramma's en databanken binnen het intellectuele eigendomsrecht. Eerst (A.1.) bespreken we het dominante 'denkkader' rond het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging' die bij het beantwoorden van deze vragen gewoonlijk als leidraad dienden. Daarna (A.2.) gaan we ook in op de heersende opvattingen rond de invulling die de bestaande beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht dienden te krijgen in het licht van dit dominante 'denkkader' rond het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging'.

A.1. Het heersende 'denkkader' rond het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging'

Om de vraag te beantwoorden of een bepaalde mate van bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht wenselijk is rond bepaalde incorporaties van inspanningen, was en is het gebruikelijk om te steunen op opvattingen rond wat we, zoals aangegeven, het heersende 'denkkader' kunnen noemen rond het optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Bij dit heersende 'denkkader' gaat het dan, zoals aangegeven, om de dominante opvattingen rond de manier waarop het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging tegen 'parasitaire mededinging', af te stellen is in het licht van onderscheiden constellaties van *feitelijke omstandigheden*, om daarin optimaal de *doelstellingen* te realiseren, die het betrokken ingrijpen behoort te bereiken.

Op het ogenblik dat de vraag rees rond een mogelijke bescherming van chips, computerprogramma's en databanken op grond van het intellectuele eigendomsrecht, kunnen we stellen dat met name uitgegaan werd van een dominant 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen'. Dit 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen', dat ook vandaag nog het dominante 'denkkader' vormt rond het optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, stelt in essentie dat een optimale afstelling van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging', vraagt om steeds de volgende richtlijn aan te houden: bescherming verlenen in gevallen en in de mate dat de 'verdiensten' van dit ingrijpen duidelijk de 'tekortkomingen' overstijgen van dit ingrijpen²¹⁹.

²¹⁸ Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld: D. KARJALA, "A Coherent Theory for the Copyright Protection of Computer Software and Recent Judicial Interpretations", *U.Cin.L.Rev.* 1997-1998, p. 53 ("...the problem of software protection under copyright law cannot be meaningfully addressed by viewing copyright as a stand-alone statute. Rather, intellectual property law must be viewed as a coherent whole, with copyright, patent, trade secret, unfair competition, and trademark law each playing different but interrelated roles. Of particular importance for software protection are the relative roles of patent and copyright.").

²¹⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: K. BLIND, J. EDLER, M. FRIEDEWALD, *Software Patents. Economic Impacts and Policy Implications*, Cheltenham – Northampton, Edward Elgar Publishing, 2005, p. 8; J. COHEN, "Copyright and the Perfect Curve", *Vanderbilt Law Review* 2000, p. 1801 e.v.; W. LANDES en R. POSNER, "An Economic Analysis of Copyright Law", *Journal of Legal Studies* 1989, p. 326 ("Copyright protection-the right of the copyright's owner to prevent others from making copies- trades off the costs of limiting access to a work against the benefits of providing incentives to create the work in the first place. Striking the correct balance between access and incentives is the central problem in copyright law."); S. LIEBOWITZ, "Copyright Law, Photocopying, and Price Discrimination" in J. PALMER and R. ZERBE, Jr. (eds.), *Research in Law and Economics: The Economics of Patents and Copyrights*, London, JAI Press, 1986, p. 184 ("The primary efficiency issue in the economics of intellectual property concerns balancing the incentives to encourage the production of

In dit onderdeel lichten we nu de inhoud toe van het zonet vermelde, dominante ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’. We doen dit met name door de analyse toe te lichten die dit ‘denkkader’ maakt van: (A.1.1.) de *doelstellingen*, (A.1.2.) het *middel* en (A.1.3.) de relevante *feitelijke omstandigheden* van het ingrijpen van intellectuele rechten en van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. Dit moet ons dan uiteindelijk (A.1.4.) een beter inzicht geven in de richtlijn die het dominante ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ vooropstelt voor een optimale afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht.

A.1.1. Doel

Het dominante ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ gaat er vanuit dat het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ de volgende *doelstelling* nastreven: een coördinatie van gedragingen die zo conform mogelijk is aan utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen²²⁰. Dit ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ baseert dit uitgangspunt hierbij op de breed aanvaarde opvatting dat de rechtvaardigingen voor een ingrijpen van intellectuele rechten en een ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ teruggaan op utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen²²¹. Utilitaristische overwegingen meten het ‘goed’ of ‘slecht’ zijn van het menselijke handelen aan zijn gevolgen voor het bereiken van een hoger doel, met name aan de mate waarin het handelen bijdraagt tot het tot stand brengen van het grootste geluk voor het grootst mogelijke aantal mensen²²².

*artistic and intellectual works with the cost to society of creating deadweight loss.”); K. ARROW, *Economic welfare and the allocation of resources for invention*, Santa Monica, The RAND Corporation, 1959, p. 12.*

²²⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld HUYDECOPER, die in dit verband uitdrukkelijk spreekt van de ‘dualistische rechtvaardiging’ van het ingrijpen van intellectuele rechten op grond van billijkheid en doelmatigheidsredeneringen. J. HUYDECOPER, "Originaliteit of inventiviteit? Het technisch effect in het auteursrecht.", *BIE* 1987, p. 108.

²²¹ Zie bijvoorbeeld: GORDON, die stelt: "*The core and most justifiable part of the essence of the IP cause of action is to restrain some act of duplication or free riding that, if widespread, would be wrongful ('unfair') because it is immoral and/or economically costly.* W. GORDON, "Intellectual Property" in P. CAN en M. TUSHNET (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p.619;

Wat specifiek de deontologisch-natuurrechtelijke rechtvaardigingen betreft voor het ingrijpen van intellectuele rechten, zie bijvoorbeeld: J. WALDRON, "From authors to copiers: individual rights and social values in intellectual property", *Chicago Kent Law Review* 1992-1993, p.841 e.v.; Wat specifiek de utilitaristische rechtvaardigingen betreft voor het ingrijpen van intellectuele rechten, zie bijvoorbeeld: L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p.4; Hierbij is op te merken dat de utilitaristische rechtvaardigingen voor het ingrijpen van intellectuele rechten veelal ingebed en gepreciseerd zijn binnen een economische analyse. Zie in dit verband bijvoorbeeld: S. BESEN en L. RASKIND, "An introduction to the Law and Economics of Intellectual Property", *The Journal of Economic Perspectives* 1991, p.3 e.v. en W. LANDES en R. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge, Massachusetts, and London, England, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, 442 p.; Wat de verhouding betreft tussen de utilitaristische rechtvaardigingen en rechtvaardiging vanuit een economische analyse, zie: W. FISHER, "Theories of Intellectual Property" in S. MUNZER (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 177.

²²² Zie bijvoorbeeld: L. HINMAN, *Ethics: a pluralistic approach to moral theory*, Belmont, Thomson/Wadsworth, 2008, p. 129 e.v.; H. WILLEMSSEN, *Woordenboek filosofie*, Assen/Maastricht, Van Gorcum, 1992, p.440; W. FISHER, "Theories of Intellectual Property" in S. MUNZER (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p.177; Dergelijk utilitaristische overwegingen worden daarbij veelal gepreciseerd tot economische overwegingen, met name door de doelstelling van het tot stand brengen van het grootste geluk voor het grootst mogelijke aantal mensen toe te spitsen op de doelstelling om tot de grootst mogelijke ‘maatschappelijke welvaart’ te komen, met name de hoogst mogelijke som van de mate van behoeftebevrediging, die alle afzonderlijke individuen realiseren op grond van alle beschikbare schaarse middelen. Wat economische overwegingen betreft als een dergelijke ‘precisering’ van utilitaristische overwegingen, zie: W. FISHER, "Theories of Intellectual Property" in S. MUNZER (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p.177; Specifiek met betrekking tot economische overwegingen en de notie van maatschappelijke welvaart, zie bijvoorbeeld: S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Massachusetts, London, England, The Belknap Press of Harvard

Deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen beoordelen het menselijke handelen als ‘goed’ of ‘slecht’ in het licht van zijn conformiteit met door individuen na te leven ‘plichten’, met name onder meer de plicht om de natuurlijke rechten te respecteren die andere personen toekomen²²³. Overeenkomstig utilitaristische overwegingen, geldt in dit verband dan met name dat intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ de gedragingen van mensen zo behoren te coördineren dat personen er toe overgaan om in die mate die handelingen te stellen, die vereist zijn opdat hun handelingen maximaal zouden bijdragen tot het grootste geluk voor het grootst mogelijke aantal mensen²²⁴. Conform deontologisch natuurrechtelijke overwegingen, geldt dat intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ de gedragingen van mensen zo behoren te coördineren dat mensen die gedragingen stellen waardoor zij hun plichten vervullen en alle personen bijgevolg respect ervaren voor hun natuurlijke rechten²²⁵.

A.1.2. Middel

Het ingrijpen van de onderscheiden intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ ziet het heersende ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan in wezen als *middelen* om de zonet vermelde doelstelling te bereiken van een coördinatie van gedragingen overeenkomstig utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen. Daarbij neemt dit ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ aan dat de betrokken utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, telkens slechts een rechtvaardiging bieden om, in sommige gevallen, een bepaalde mate van bescherming te verlenen op grond van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging.

Vanuit die optiek, kan de concrete aanwending van het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten of het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, volgens het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan zowel ‘verdiensten’ als ‘tekortkomingen’ vertonen vanuit utilitaristische overwegingen. Het verlenen van een bepaalde mate van bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht zal, volgens dit ‘denkkader’, dan met name ‘verdienstelijk’ zijn op grond van utilitaristische overwegingen, in de mate dat dit ingrijpen toelaat dat handelingen verboden worden die anders in de weg zouden staan van het stellen van handelingen die een hogere of maximale bijdragen leveren het grootst mogelijke geluk van het grootst mogelijke aantal mensen²²⁶. Daartegenover staat dat het toekennen van een bepaalde mate van bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, volgens dit ‘denkkader’ echter ‘tekortkomingen’ zal vertonen in de mate dat dit ingrijpen tot gevolg heeft dat handelingen verboden worden die eigenlijk een hogere of maximale bijdrage zouden geleverd hebben tot het grootst mogelijke geluk van het grootst mogelijke aantal mensen²²⁷.

University Press, 2004, p.1-4; R. HOLZHAUER en R. TEIJL, “Inleiding rechtseconomie”, Arnhem, Gouda Quint, 1995, p. 3-4

²²³ Zie in dit verband bijvoorbeeld CAUTHEN die schrijft: “...*the deontological positions have to do with the protection of individual rights based on the intrinsic worth of persons.*” K. CAUTHEN, *The Passion for Equality*, New Jersey, Rowman & Littlefield, 1987, p. 121; Zie ook bijvoorbeeld: N. BUNNIN en J. YU, *The Blackwell Dictionary of Western Philosophy*, Malden (Mass.), Blackwell Publishing, 2004, p.172 (m.b.t. deontologische overwegingen) en p.456 (m.b.t. natuurrechtelijke overwegingen) In de term ‘deontologisch-natuurrechtelijke’ overwegingen die wij hanteren, ligt dus bij uitstek verrat dat het menselijke handelen als ‘goed’ of ‘slecht’ beoordeeld wordt in het licht van de combinatie van enerzijds, natuurrechtelijk overwegingen, die inhouden dat elk individu van nature bepaalde rechten toekomen, en, anderzijds, deontologische overwegingen, die nagaan of het menselijke handelen ‘goed’ of ‘slecht’ is in het licht van het nakomen van door individuen na te leven plichten, met name ondermeer de plicht om de natuurlijke rechten te respecteren van andere personen.

²²⁴ Zie bijvoorbeeld BENTLEY en SHERMAN, die de utilitaristische rechtvaardigingen rond het ingrijpen van intellectuele rechten typeren als: “...*instrumental justifications that focus on the fact that intellectual property induces or encourages desirable activities.*” L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 4.

²²⁵ W. FISHER, “Theories of Intellectual Property” in S. MUNZER (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p.177 e.v..

²²⁶ Zie bijvoorbeeld: W. LANDES en R. POSNER, “An Economic Analysis of Copyright Law”, *Journal of Legal Studies* 1989, p. 326 e.v..

²²⁷ Zie bijvoorbeeld: S. LIEBOWITZ, “Copyright Law, Photocopying, and Price Discrimination” in J. PALMER and R. ZERBE, Jr. (eds.), *Research in Law and Economics: The Economics of Patents and Copyrights*, London, JAI Press, 1986, p. 184 (“*The primary efficiency issue in the economics of intellectual property concerns balancing*

Ook op grond van deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen geldt volgens het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan dat de concrete aanwending van het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ zowel ‘verdiensten’ als ‘tekortkomingen’ kan vertonen. Op grond van deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen geldt dat het verlenen van een bepaalde mate van bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht ‘verdiensten’ toekomt indien dit toelaat dat handelingen verboden worden die de na te leven plichten niet zouden vervullen, onder meer op het vlak van het respecteren van de natuurlijke rechten van andere personen²²⁸. In dit verband is volgens de betrokken overwegingen dan met name het natuurlijk recht van personen aan de orde op de vruchten van hun eigen arbeid²²⁹. Omgekeerd zal het toekennen van een bepaalde mate van bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, volgens dit ‘denkkader’, echter ‘tekortkomingen’ vertonen indien dit ingrijpen, door personen handelingen te verbieden, zelf verzaakt aan het vervullen van de na te leven plichten, onder meer op het vlak van het respecteren van de natuurlijke rechten van de betrokken personen²³⁰. In dit verband is dan bijvoorbeeld te denken aan het recht op vrijheid van mededinging dat niet zelden vastgeknoopt wordt aan een fundamentele handelingsvrijheid van mensen²³¹.

A.1.3. Feitelijke omstandigheden

Uiteindelijk zijn het dan de *concrete feiten* rond incorporaties van resultaten van inspanningen, met name hun feitelijke kenmerken en de feitelijke omstandigheden errond, die, volgens het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ het volgende zullen bepalen: of een concrete mate van bescherming rond deze resultaten van inspanningen, op grond van het *middel* van intellectuele rechten of het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, vooral ‘verdiensten’ of vooral ‘tekortkomingen’ zal vertonen met het oog op het bereiken van de *doelstelling* van een coördinatie van gedragingen conform utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen.

Om de te verwachten utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke ‘verdiensten’ in kaart te brengen van het verlenen van een bepaalde mate van bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht aan een bepaald resultaat van inspanningen, is volgens het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan met name rekening te houden met het volgende concrete feit: de ‘waarde’ van het betrokken resultaat van inspanningen waarrond deze bescherming verleend wordt, bekeken vanuit utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen²³². Vanuit utilitaristische overwegingen is de ‘waarde’ van het resultaat van inspanningen daarbij met name te beoordelen in het licht van zijn bijdrage tot het grootste geluk van het grootste mogelijke aantal mensen. Deze ‘waarde’ van het resultaat van inspanningen, in termen van een bijdrage tot het grootste geluk van het grootst

the incentives to encourage the production of artistic and intellectual works with the cost to society of creating deadweight loss.”).

²²⁸ Zie bijvoorbeeld: W. FISHER, "Theories of Intellectual Property" in S. MUNZER (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p.170 e.v.

²²⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: L. ZEMER, "The Making of a New Copyright Lockean", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 2005-2006, p. 897 e.v.; W. GORDON, "Intellectual Property" in P. CAN en M. TUSHNET (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 624; J. HUGHES, "The Philosophy of Intellectual Property", *The Georgetown Law Journal* 1988, p. 287-366.

²³⁰ Met betrekking tot het feit dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen ook rekening moet houden met de natuurlijke rechten van personen die beschermde incorporaties van inspanningen wensen te gebruiken, zie bijvoorbeeld: L. ZEMER, "The Making of a New Copyright Lockean", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 2005-2006, p. 918; W. SCHÜNEMANN, "Kapitel 1. Allgemeine Bestimmungen" in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p.480-481; nr 44; J. WALDRON, "From authors to copiers: individual rights and social values in intellectual property", *Chicago Kent Law Review* 1992-1993, p.842; T. PALMER, "Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects.", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 1990, p. 817 e.v..

²³¹ In die zin bijvoorbeeld: J. GLÖKNER, *Europäisches Lauterkeitsrecht*, München, C.H. BECK, 2006, p.594 ("Die Nachahmungsfreiheit wird auf die Handels- oder Gewerbefreiheit (jetzt Wirtschaftsfreiheit) bzw. die allgemeine Handlungsfreiheit zurückgeführt.").

²³² Wat het gebruik van de term ‘waarde’ betreft in deze context, vergelijk bijvoorbeeld VANDENBERGHE, die in het kader van wat hij aanduidt als "*de systematiek van het geheel van intellectuele rechten*" het volgend opmerkt: "*het octrooirecht kent slechts aan uitvindingen van hoge waarde een dan nog vrij korte bescherming toe*". G. VANDENBERGHE, "Softwarebescherming in de U.S.A.: een voorbeeld voor Europa?", *B.I.E.* 1985, p. 54.

mogelijke aantal mensen, staat daarbij volgens het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ op de volgende manier in verband met de utilitaristische ‘verdienstelijkheid’ van de bescherming van dit resultaat van inspanningen: de ‘waarde’ in termen van de bijdrage tot het grootste geluk van het grootst mogelijke aantal mensen die het betrokken resultaat van inspanningen levert, is ook de ‘verdienste’ van de bescherming die de nodige stimulus geeft voor het stellen van handelingen die tot dergelijke resultaten van inspanningen leiden²³³.

Vanuit deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen is de ‘waarde’ van het resultaat van inspanningen daarentegen veeleer te beoordelen vanuit meer algemene opvattingen rond het ‘goede’. Volgens het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ beïnvloedt deze ‘waarde’ van het resultaat van inspanningen, in termen van algemene opvattingen rond het ‘goede’, dan op de volgende manier de deontologisch-natuurrechtelijke ‘verdienstelijkheid’ van de bescherming van dit resultaat van inspanningen: een hogere dergelijke ‘waarde’ van het resultaat van inspanningen draagt bij tot de legitimiteit, en in die zin dus tot de ‘verdienstelijkheid’, van een bescherming van het natuurlijk recht op de vruchten van dit resultaat van inspanningen tegen handelingen die dit natuurlijk recht miskennen²³⁴.

Voor het bepalen van de deontologisch-natuurrechtelijke en utilitaristische ‘waarde’ van een resultaat van inspanningen, is volgens het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’, dan met name rekening te houden met de volgende concrete feitelijke indicatoren: of en de mate waarin sprake is van een resultaat van intellectuele arbeid, de mate waarin het betrokken resultaat van inspanningen verschilt van het bestaande, het ‘aanwendingsscala’ van het resultaat van inspanningen en, meer algemeen, de mate waarin het resultaat van inspanningen bepaalde kwalitatieve of kwantitatieve drempels haalt²³⁵.

Om de utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke ‘tekortkomingen’ op te sporen van het verlenen van een bepaalde mate van bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, aan een bepaald resultaat van inspanningen, is volgens het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan met name rekening te houden met het volgende concrete feit: de hoeveelheid substituten die overblijven voor de zintuiglijk waarneembare manifestaties die, bij die mate van bescherming, gevat worden door de bescherming rond het betrokken resultaat van inspanningen.

²³³ Zie bijvoorbeeld: S. BESEN en L. RASKIND, “An introduction to the Law and Economics of Intellectual Property”, *The Journal of Economic Perspectives* 1991, p. 5 (“*The objective of intellectual property protection is to create incentives that maximize the difference between the value of the intellectual property that is created and used and the social cost of its creation, including the cost of administering the system.*”) Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld de treffende observatie bij: H. ULLRICH, “Expansionist Intellectual Property Protection and Reductionist Competition Rules: a TRIPS Perspective”, *EUI Working Paper LAW No.2004/3.*, San Domenico, European University Institute Badia Fiesolana, 2004, p. 27-28 (“*The surprising result is that we are back to the reasonable reward doctrine, both conceptually and practically, in that the innovation incentives or the reward constitutes a promise stemming as much from a goal-oriented application of the antitrust laws as from the protection of intellectual property law. Conduct that restrains competition has become part of the innovation process, over and above the well-known restraints on trade inherent in, and guaranteed by, the exclusive rights of intellectual property law.*”)

²³⁴ HUYDECOPER bijvoorbeeld observeert in die zin met betrekking tot deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen rond een auteursrechtelijke bescherming van incorporaties van inspanningen: “*Inherent aan deze gedachte is dat datgene wat de maker tot stand heeft gebracht, een zekere verdienste heeft: het is die verdienste, die het als onbillijk doet gevoelen dat anderen er zonder kosten van zouden mogen profiteren,...*” J. HUYDECOPER, “Originaliteit of inventiviteit? Het technisch effect in het auteursrecht.”, *BIE* 1987, p.108; vergelijk op dit punt ook: L. BECKER, “Deserving to Own Intellectual Property”, *Chi.-Kent L. Rev.* 1992-1993, p. 609 e.v..

²³⁵ Vergelijk op dat vlak bijvoorbeeld de Europese Commissie, die, eerst, een onderscheid maakt tussen “*goods having the character primarily of staple commodities*” en “*goods to which considerable value has been added through the application of technology, skill and creativity*” en dan vervolgens rond deze tweede soort spreekt van “*the superior performance and non-material attributes of such goods*” stelt. Commissie, Groenboek over het auteursrecht en de uitdagingen der technologie. Problemen op het gebied van het auteursrecht die een onmiddellijke aanpak behoeven. COM (Def) 171/1988, Brussel 7 juni 1988, p.2, punt 1.2.2.; Zie ook: S SCOTCHMER, *Innovation and Incentives*, Cambridge (Massachusetts), The MIT Press, 2004, p. 97; Zie bijvoorbeeld ook de observaties bij R. HILTY, “The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces” in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p. 23-24 en p. 46.

De omvang van de eventuele utilitaristische ‘tekortkomingen’ van een bepaalde mate van bescherming rond een resultaat van inspanningen, staat volgens het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ immers als volgt in relatie tot de resterende substituten voor die incorporaties van dit resultaat van inspanningen die gevat worden door die mate van bescherming: de utilitaristische ‘tekortkoming’ van de toegekende mate van bescherming die zich voordoet naarmate mensen verhinderd worden om ten aanzien van beschermde incorporaties van een resultaat van inspanningen die handelingen te stellen die eigenlijk de grootst mogelijke bijdrage inhouden tot het grootste geluk voor het grootste aantal mensen, zal, in de regel, *groter* uitvallen naarmate de mogelijkheid *kleiner* is om soortgelijke handelingen te stellen ten aanzien van substituten voor deze beschermde incorporaties van dit resultaat van inspanningen, die niet onder de rond deze incorporatie van inspanningen toegekende bescherming vallen.

De omvang van de eventuele deontologisch-natuurrechtelijke ‘tekortkomingen’ van een bepaalde mate van bescherming rond een resultaat van inspanningen, staat in de logica van het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan in een soortgelijk verband tot de resterende substituten voor die incorporaties van dit resultaat van inspanningen die gevat worden door die mate van bescherming: de deontologisch-natuurrechtelijke ‘tekortkoming’ van de toegekende mate van bescherming die zich voordoet als deze bescherming de natuurlijke rechten van personen miskent door hen bepaalde handelingen te verbieden ten aanzien van de beschermde incorporatie van een resultaat van inspanningen, zal in de regel *groter* uitvallen naarmate de overblijvende mogelijkheid, kleiner uitvalt voor deze personen om soortgelijke handelingen te stellen ten aanzien van substituten voor deze beschermde incorporaties van dit resultaat van inspanningen, die niet gevat worden door de bescherming rond deze incorporatie van inspanningen.

Om rekening te houden met de hoeveelheid substituten voor incorporaties van een bepaald resultaat van inspanningen, vraagt het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan met name om rekening te houden met twee soorten, concrete feitelijke indicatoren: 1.) de esthetische of functionele aard van het resultaat van inspanningen en 2.) de mate van keuzevrijheid die bij het creëren van het resultaat van inspanningen bestond om de incorporaties ervan geschikt te maken voor de beoogde functionele of esthetische werking.

De esthetische of functionele aard van het resultaat van inspanningen is daarbij de traditionele indicator die het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ hanteert om het aantal beschikbare substituten in te schatten voor de incorporaties van een resultaat van inspanningen. Indien een resultaat van inspanningen gericht is op het vervullen van een functionele, niet louter esthetische taak, geldt dit binnen het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ als een indicatie dat, in beginsel, aan te nemen is dat er slechts een beperkter of beperkt aantal substituten zullen zijn voor de incorporaties van dit resultaat van inspanningen. Het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ baseert zich hierbij dan met name op de volgende veronderstelling: dat het aantal mogelijkheden om een incorporatie van inspanningen geschikt te maken voor een functionele werking, door factoren zoals natuurwetten en vereisten van efficiëntie, in de regel veel kleiner is dan het aantal mogelijkheden om een incorporatie van inspanningen geschikt te maken voor een esthetische werking, in de zin van het louter zich tonen en appelleren aan de zin voor esthetiek²³⁶. De functionele aard van het resultaat van inspanningen ziet het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dus concreet als een indicatie dat aan te nemen is dat er, relatief gezien, minder substituten zullen bestaan voor incorporaties van het betrokken resultaat van inspanningen.

De laatste decennia bestaat er dus echter ook een tendens om keuzevrijheid als indicator te zien voor het aantal beschikbare substituten voor incorporaties van een resultaat van inspanningen in te schatten, meer bepaald de mate van keuzevrijheid die, bij het creëren van het resultaat van inspanningen, bestond om de incorporaties ervan

²³⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: J. DREXL, "What is protected in a computer program? Copyright Protection in the United States and Europe", in F-K BEIER en G. SCHRICKER (ed.), *IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law* (vol. 15), Weinheim en New York, VCH Verlagsgesellschaft, 1994, p. 86; J. HUYDECOPER, "Originaliteit of inventiviteit? Het technisch effect in het auteursrecht.", *BIE* 1987, p. 110; D. VERKADE, Boekbespreking: G. VANDENBERGHE, *Bescherming van computersoftware, een rechtsvergelijkend onderzoek*, *B.I.E.* 1984, p. 338 ("Bij machinerieën zal er veel vaker en veel sterker dan bij computersoftware sprake zijn van een sterk door de techniek bepaalde vormgeving zonder veel keuzevrijheid van de ontwerper, zodat het voor de auteursrechtelijke bescherming vereiste persoonlijk stempel dan zal ontbreken."); Vergelijk ook: A. QUAEVLIEG, "Het technisch effect onder water" (noot bij Pres. Rb. Amsterdam 19 juni 1997, Mandemaker e.a./Cygnus Marine ('fast planing vessels')), *B.I.E.* 1998, p.334; R. PLAISANT, "La protection du logiciel par le droit d'auteur (programme d'ordinateur)", *Gazette du Palais* 1983, p. 349.

geschikt te maken voor de beoogde functionele of esthetische werking. De achterliggende veronderstelling hierbij is met name dat het gegeven dat een persoon bij het creëren van een bepaalde incorporatie van inspanningen vrij kon kiezen tussen meerdere alternatieven om een incorporatie van inspanningen geschikt te maken voor de beoogde functionele of esthetische werking, ook het volgende impliceert: dat er naast de incorporatie van inspanningen die deze persoon uiteindelijk creëerde nog ‘substituten’ overblijven om de betrokken functionele of esthetische werking mogelijk te maken²³⁷. Naarmate er bij het creëren van het resultaat van inspanningen meer keuzevrijheid bestond om de incorporaties ervan geschikt te maken voor de beoogde functionele of esthetische werking, ziet het denkkader rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dit dus met name als een indicatie dat aan te nemen is dat er, relatief gezien, meer substituten zullen bestaan voor incorporaties van het betrokken resultaat van inspanningen.

A.1.4. Synthese

De zonet gegeven toelichting rond de analyse die het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ maakt, geeft dan ook een beter inzicht in de richtlijn die dit ‘denkkader’ vooropstelt om tot een optimaal ingrijpen te komen het intellectuele eigendomsrecht. Zoals aangegeven stelt dit ‘denkkader’ in essentie dat het er voor een optimaal ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht op aankomt om de volgende richtlijn aan te houden: bescherming verlenen in gevallen en in de mate dat de ‘verdienste’ van dit ingrijpen duidelijk de ‘tekortkomingen’ overstijgt van dit ingrijpen. Uit de zonet beschreven analyse die dit ‘denkkader’ maakt rond de samenhang tussen het *doel*, het *middel* en de *feitelijke omstandigheden* van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht volgt nu dat de toepassing van deze richtlijn, volgens dit ‘denkkader’ in wezen het volgende vraagt: in de constellaties van omstandigheden rond incorporaties van inspanningen, waarin de relevante indicaties rond de te verwachten ‘verdiensten’ en ‘tekortkomingen’ van het verlenen van bescherming, een bepaalde mate van bescherming aanwijzen als meest ‘verdienstelijk’ rond de betrokken incorporaties van inspanningen, hen deze mate van bescherming verlenen. Daarbij stellen we vast dat, in het licht van de zonet vermelde omstandigheden die gewoonlijk als relevante indicatoren gelden rond de te verwachten ‘verdiensten’ en ‘tekortkomingen’ van het verlenen van bescherming, veelal de volgende concrete vuistregel afgeleid wordt uit het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’: een mate van bescherming verlenen die ‘verdienstelijk’ zal zijn gezien de verhouding tussen enerzijds, de te verwachten ‘waarde’ van het betrokken resultaat van inspanningen en, anderzijds, de te verwachten beschikbare substituten voor incorporaties van het betrokken resultaat van inspanningen²³⁸.

²³⁷ Voor een duidelijk toepassing van deze redenering zie bijvoorbeeld: J. DREXL, "What is protected in a computer program? Copyright Protection in the United States and Europe", in F-K BEIER en G. SCHRICKER (ed.), *IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law* (vol. 15), Weinheim en New York, VCH Verlagsgesellschaft, 1994, p.78 e.v.; P. HUGENHOLTZ, "Juridische bescherming van chips", *B.I.E.* 1985, p.132 ("Vandenberghen lijkt uit het oog te verliezen, dat de Auteurswet alleen de maker beschermt die uit talloze alternatieven één keuze heeft gemaakt. Alleen deze ene keuze wordt zodoende in zekere zin gemonopoliseerd. Voor de concurrentie blijven talloze mogelijkheden min één over. Waar geen sprake is geweest van keuzevrijheid, wordt geen auteursrecht toegekend. Het oorspronkelijkheids criterium voorkomt zodoende precies wat Vandenberghen vreest: een monopolie waar de concurrentie bijna niet om heen kan"); Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld: H.v.J. 1 december 2011, C-145/10, Painer t. Standard VerlagsGmbH (et al), overweging 88-89 ("Zoals blijkt uit punt 17 van de considerans van richtlijn 93/98 is een intellectuele schepping een eigen schepping van de auteur wanneer zij de uitdrukking vormt van diens persoonlijkheid. Dat is het geval wanneer de auteur bij het maken van het werk zijn creatieve bekwamen tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzen").

²³⁸ Voor een toepassing van deze vuistregel, zie bijvoorbeeld: G. VANDENBERGHE, "Softwarebescherming in de U.S.A.: een voorbeeld voor Europa?", *B.I.E.* 1985, p. 54; Vergelijk op dit punt ook: C. KIRCHNER, "Innovationsschutz und Investitionsschutz für immaterielle Güter", *GRURInt* 2004, p. 604.

A.2. Een passende invulling van de bestaande intellectuele rechten en het bestaande recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’

Als heersende ‘denkkader’ rond het optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht is het zonet geschetste ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan ook de basis voor de dominante analyses rond de zin en wenselijkheid van de bestaande beschermingsregimes binnen het intellectuele eigendomsrecht. Vanuit dit ‘denkkader’ is de zin en de wenselijkheid van deze beschermingsregimes dus in wezen telkens te verantwoorden in het licht van conformiteit met de deze, zonet besproken, richtlijn: bescherming verlenen in gevallen en in de mate dat de ‘verdiensten’ van dit ingrijpen duidelijk de ‘tekortkomingen’ overstijgen van dit ingrijpen²³⁹.

In de eerste plaats beheerst het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ met name de dominante opvattingen rond de grenzen van een aangewezen interpretatie van de bestaande beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht. Het uitgangspunt hierbij is dan dat een beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht volgens dit ‘denkkader’ enkel aangewezen kan zijn indien deze het volgende doet: de beschermingsregeling koppelt het verlenen van een bepaalde mate van bescherming aan een afbakening van haar toepassingsgebied waarin voldoende garanties vervat liggen om te verzekeren dat de betrokken mate van bescherming enkel zal verleend worden in gevallen waar de ‘verdiensten’ ervan groter zullen zijn dan de ‘tekortkomingen’ ervan. Bij deze garanties, gaat het er dan met name om dat de afbakening van het toepassingsgebied van de betrokken regeling die combinatie van vereisten moet bevatten rond het voorliggen van indicaties rond de te verwachten ‘verdiensten’ en ‘tekortkomingen’ van het verlenen van bescherming, die uitsluitel geven rond het feit dat de mate van bescherming verleend door de betrokken regeling, in de gevallen waar deze vereisten vervuld zijn, ook ‘verdienstelijk’ zal zijn²⁴⁰. Wat daarbij als de aangewezen koppeling of wisselwerking geldt tussen afbakening van het ‘toepassingsgebied’ en de bepaling van de ‘beschermingsomvang’ gaat binnen het ‘denkkader’ rond ‘verdienste versus tekortkomingen’ veelal in wezen terug op de volgende analyse: het toepassingsgebied moet binnen incorporaties van inspanningen op zoek gaan naar resultaten van inspanningen met een verhouding tussen ‘waarde’ van het betrokken resultaat van inspanningen, enerzijds, en ‘beschikbare substituten’ voor incorporaties van dit resultaat van inspanningen, anderzijds, waarvoor geldt dat haar beschermingsomvang het meest verdienstelijk is²⁴¹. De grens van een aangewezen interpretatie van de bestaande beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht is volgens het ‘denkkader’ rond ‘verdienste en tekortkomingen’ dan ook gegeven door de nood om de specifieke combinatie en wisselwerking te

²³⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: K. BLIND, J. EDLER, M. FRIEDEWALD, *Software Patents. Economic Impacts and Policy Implications*, Cheltenham – Northampton, Edward Elgar Publishing, 2005, p. 8; J. COHEN, “Copyright and the Perfect Curve”, *Vanderbilt Law Review* 2000, p. 1801 e.v.; W. LANDES en R. POSNER, “An Economic Analysis of Copyright Law”, *Journal of Legal Studies* 1989, p. 326 (“Copyright protection—the right of the copyright’s owner to prevent others from making copies—trades off the costs of limiting access to a work against the benefits of providing incentives to create the work in the first place. Striking the correct balance between access and incentives is the central problem in copyright law.”); S. LIEBOWITZ, “Copyright Law, Photocopying, and Price Discrimination” in J. PALMER and R. ZERBE, Jr. (eds.), *Research in Law and Economics: The Economics of Patents and Copyrights*, London, JAI Press, 1986, p. 184 (“The primary efficiency issue in the economics of intellectual property concerns balancing the incentives to encourage the production of artistic and intellectual works with the cost to society of creating deadweight loss.”); K. ARROW, *Economic welfare and the allocation of resources for invention*, Santa Monica, The RAND Corporation, 1959, p. 12.

²⁴⁰ Zie in die zin, bijvoorbeeld: J. REICHMAN, “Charting the collapse of the patent-copyright dichotomy: premises for a restructured international intellectual property system”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 1994-1995, p.487 e.v. (met name waar deze auteur het heeft over de positieve en negatieve premissen van het auteursrecht en het octrooirecht).

²⁴¹ Zie bijvoorbeeld: S. LIEBOWITZ, “Copyright Law, Photocopying, and Price Discrimination” in J. PALMER and R. ZERBE, Jr. (eds.), *Research in Law and Economics: The Economics of Patents and Copyrights*, London, JAI Press, 1986, p. 184 (“The primary efficiency issue in the economics of intellectual property concerns balancing the incentives to encourage the production of artistic and intellectual works with the cost to society of creating deadweight loss.”) Zie ook: S. BESEN en L. RASKIND, “An introduction to the Law and Economics of Intellectual Property”, *The Journal of Economic Perspectives* 1991, p. 5 (“The objective of intellectual property protection is to create incentives that maximize the difference between the value of the intellectual property that is created and used and the social cost of its creation, including the cost of administering the system.”).

respecteren tussen de afbakening van het ‘toepassingsgebied’ en de bepaling van de ‘beschermingsomvang’ die binnen de betrokken beschermingsregeling de ‘verdienstelijkheid’ garanderen van haar toepassing. De ‘verdienstelijkheid’ is hierbij dan te verstaan in de zin dat de ‘verdiensden’ van haar toepassing in concrete gevallen haar ‘tekortkomingen’ overstijgen. Concreet betekent dit dan dat, volgens het ‘denkkader’ rond ‘verdiensden en tekortkomingen’, de grens om de beschermingsvereisten die het toepassingsgebied afbakenen te interpreteren – bijvoorbeeld soepeler zodanig dat zij ook vervuld zijn bij nieuwe soorten incorporaties – gelegen is het volgende: de betrokken interpretatie mag er niet toe leiden dat deze beschermingsvereisten niet langer verzekeren dat de mate van bescherming verleend door de betrokken beschermingsregeling, enkel toepassing vindt in gevallen waar die combinatie vastgesteld is van indicaties rond de te verwachten ‘verdiensden’ en ‘tekortkomingen’ van het verlenen van bescherming, die aangeven dat het verlenen van de betrokken mate van bescherming aangewezen zal zijn. De grens om de beschermingsomvang van een beschermingsregeling te interpreteren is volgens het ‘denkkader’ rond ‘verdiensden en tekortkomingen’ dan in beginsel bepaald door het volgende gegeven: deze uitlegging mag er niet toe leiden dat de betrokken beschermingsregeling een mate van bescherming gaat verlenen die niet langer overeenkomt met de mate van bescherming waarvan haar beschermingsvereisten de wenselijkheid toetsen door te peilen naar een specifieke combinatie van indicaties rond de te verwachten ‘verdiensden’ en ‘tekortkomingen’ van het verlenen van bescherming²⁴².

In de tweede plaats beheerst het ‘denkkader’ rond ‘verdiensden versus tekortkomingen’ dan ook de dominante opvattingen rond de taakverdeling die de bestaande, traditionele beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht toekomt om, in die constellaties van omstandigheden die een aangewezen, ‘verdienstelijke’ bescherming toelaten, daartoe de passende mate van bescherming te verlenen²⁴³.

Bij de traditionele opvattingen rond deze taakverdeling stond een analyse centraal die het steeds noodzakelijk achtte om steeds zowel de indicaties rond de te verwachten ‘verdiensden’ als de indicaties rond de te verwachten ‘tekortkomingen’ van het verlenen van bescherming, beiden op te nemen in de afweging rond de aangewezen mate van bescherming. Rond de bestaande beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht die geen al te sterke eigenheid vertoonden om eventueel een passende bescherming te bieden rond chips, computerprogramma’s en databanken, voerde deze traditionele benadering vanuit het ‘denkkader’ rond ‘verdiensden versus beperkingen’ dan met name tot het volgende idee rond hun onderlinge zin en taakverdeling.

Het octrooirecht komt binnen deze traditionele benadering op grond van het ‘denkkader’ rond ‘verdiensden versus tekortkomingen’ in beginsel de volgende taak toe binnen het intellectuele eigendomsrecht: uitgewerkte ideeën die blijk geven van exceptioneel vernieuwende intellectuele arbeid en toepassing vinden in functionele incorporaties van inspanningen, een ruime intellectueelrechtelijke bescherming verlenen waarbij de toepassing van betrokken uitgewerkte idee als leidraad dient om de beschermingsomvang af te bakenen²⁴⁴. Deze traditionele taakomschrijving van het octrooirecht, op grond van het ‘denkkader’ rond ‘verdiensden versus tekortkomingen’, gaat daarbij dan met name terug op de analyse dat een bepaalde verhouding tussen de ‘waarde’ van het betrokken

²⁴² Voor een concrete analyse van gevallen waarin de grenzen overschreden worden van een aangewezen interpretatie van de bestaande beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘verdiensden en tekortkomingen’, zie bijvoorbeeld: J. H. REICHMAN, “Legal Hybrids between the Patent and Copyright Paradigms”, *Colum. L. Rev.* 1994, p. 2451 e.v..

²⁴³ Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld: D. KARJALA, “A Coherent Theory for the Copyright Protection of Computer Software and Recent Judicial Interpretations”, *U.Cin.L.Rev.* 1997-1998, p. 53 (“...Rather, intellectual property law must be viewed as a coherent whole, with copyright, patent, trade secret, unfair competition, and trademark law each playing different but interrelated roles.”) en p.57 (“The underlying social policy goals of patent and copyright are similar. The purpose of both is to draw a balance between, on the one hand, providing an incentive for the creation of works desired by society and recognizing in some fair and just way the efforts of their creators and, on the other hand, ensuring a broad public domain that permits later inventors and authors to build on the existing foundation to advance technology and culture for the overall benefit of society. Nevertheless, these two great statutes effect their social policy balances in very different ways.”).

²⁴⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: J. REICHMAN, “Charting the collapse of the patent-copyright dichotomy: premises for a restructured international intellectual property system”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 1994-1995, p.487 e.v.; J. HUYDECOPER, “Originaliteit of inventiviteit? Het technisch effect in het auteursrecht.”, *BIE* 1987, p.109; G. VANDENBERGHE, “Softwarebescherming in de U.S.A.: een voorbeeld voor Europa?”, *B.I.E.* 1985, p. 54.

resultaat van inspanningen, enerzijds, en de te verwachten ‘beschikbare substituten’ voor incorporaties van dit resultaat van inspanningen, anderzijds, ook een bepaalde mate van bescherming het meest ‘verdienstelijk’ maakt. In het geval van het octrooirecht bestaat deze analyse er dan concreet in dat, ook als er potentieel weinig substituten overblijven voor incorporaties van een bepaalde resultaat van inspanningen, een voldoende exceptioneel vernieuwend karakter van dit resultaat, er voor kan zorgen dat een uitgebreide intellectueelrechtelijke bescherming rond dit resultaat van inspanningen het meest verdienstelijk is. Vanuit deze traditionele benadering van het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ is het octrooirecht daarbij dan gekenmerkt door een specifieke wisselwerking tussen afbakening van zijn ‘toepassingsgebied’ en bepaling van zijn ‘beschermingsomvang’, die waakt over de ‘verdienstelijkheid’ van zijn concrete toepassing. Deze wisselwerking bestaat er met name in dat de octrooirechtelijke beschermingsvoorwaarden die vereisen dat een exceptioneel vernieuwend resultaat van intellectuele arbeid voorligt dat toepassing vindt in functionele incorporaties van inspanningen, in wezen het volgende moeten garanderen: dat het resultaat van intellectuele arbeid zo ‘waardevol’ is dat de te verwachten ‘verdiensten’ bij het beschermen ervan *in concreto* de grote ‘tekortkomingen’ zullen overstijgen die te verwachten zijn bij het toekennen van de ruime octrooirechtelijke bescherming rond dit resultaat van intellectuele arbeid dat toepassing vindt in functionele incorporaties van inspanningen²⁴⁵.

Het gebruiksmodellenrecht heeft binnen de traditionele opvattingen rond de taakverdeling binnen het intellectuele eigendomsrecht dan met name tot opdracht om wenselijk geachte variaties of nuanceringen mogelijk te maken op het octrooirecht. In de regel bestaat de analyse er dan in dat het gebruiksmodellenrecht soepelere beschermingsvereisten moet stellen dan het octrooirecht om, in verhouding tot het octrooirecht, een enigszins beperktere mate van bescherming te verlenen rond uitgewerkte ideeën die toepassing vinden in functionele incorporaties van inspanningen²⁴⁶. Geredeneerd vanuit het ‘denkkader’ rond verdienen versus tekortkomingen geldt daarbij dan dat er grenzen zijn aan de wenselijke variaties of nuanceringen die een dergelijk gebruiksmodellenrecht kan doorvoeren. Het blijft met name steeds nodig om het voorliggen van een voldoende exceptioneel resultaat van intellectuele arbeid te vereisen, om te garanderen dat de te verwachten ‘verdiensten’ van een dergelijke intellectueelrechtelijke bescherming rond uitgewerkte ideeën met een functionele toepassing, de te verwachten ‘tekortkomingen’ zouden overstijgen van een dergelijke bescherming²⁴⁷.

Het auteursrecht moet binnen deze traditionele benadering op grond van het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan met name de volgende taak op zich nemen binnen het intellectuele eigendomsrecht: ideeën die blijf geven van intellectuele of minsten voldoende kwalitatieve arbeid en toepassing vinden in de vormgeving van incorporaties van inspanningen met een esthetische gerichtheid, een intellectueelrechtelijke bescherming verlenen waarbij de concrete vormgeving die de betrokken ideeën kregen, in beginsel als leidraad dient om de

²⁴⁵ Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld: R. BAKELS en P. HUGENHOLTZ, *The Patentability of Computer Programs, Discussion of European-level legislation in the field of patents for software* (Studie in opdracht van het Europees Parlement), Luxemburg, Europees Parlement, 2002, p.37 (“*Patent protection being much stronger and further-reaching, it is only logical to impose (considerably) stricter prerequisites. If novelty would suffice, patents would be available on conditions similar to the low-level originality requirement of copyright. In our view, this clearly demonstrates that in addition to novelty, a substantial level of non-obviousness must be required.*”).

²⁴⁶ Voor een dergelijke opvatting rond de rol van het Gebruiksmodellenrecht, zie bijvoorbeeld: Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot onderlinge aanpassing van het recht inzake gebruiksmodellen" COM/99/0309 def. - COD 97/0356 P.B. C 248 E van 29/08/2000, p. 56-68; Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld de analyse bij KRAßER rond de wijze waarop het Duitse Gebruiksmodellenrecht van een duidelijk autonoom intellectueel recht evolueerde tot een soort onderbouw van het octrooirecht. R. KRAßER, "Die Entwicklung des Gebrauchsmusterrechts" in F.-K. BEIER, A. KRAFT, G. SCHRICKER en E. WADLE (eds.), *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift*, Weinheim, VCH Verlagsgesellschaft, 1991, p.617-655

²⁴⁷ Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld: R. BAKELS en P. HUGENHOLTZ, *The Patentability of Computer Programs, Discussion of European-level legislation in the field of patents for software* (Studie in opdracht van het Europees Parlement), Luxemburg, Europees Parlement, 2002, p.37 (“*In several countries, “lightweight” patents are granted in the form of “utility models”, requiring a “smaller” inventive step. If the inventive step requirements for a regular patent would really be just minimal, there would be no place for such patents.*”).

beschermingsomvang af te bakenen²⁴⁸. Deze traditionele taakomschrijving van het auteursrecht gaat daarbij dan eveneens terug op de analyse dat een bepaalde verhouding tussen de ‘waarde’ van het betrokken resultaat van inspanningen, enerzijds, en de te verwachten ‘beschikbare substituten’ voor incorporaties van dit resultaat van inspanningen, anderzijds, ook een bepaalde mate van bescherming het meest ‘verdienstelijk’ maakt. De logica is dan met name dat de esthetische gerichtheid van de betrokken incorporaties van inspanningen een voldoende aantal ‘substituten’ moet garanderen voor incorporaties van dit resultaat van inspanningen, waardoor ook het volgende gegarandeerd is: dat de beperkte ‘waarde’ van dit resultaat van inspanningen niettemin zal volstaan om de te verwachten ‘tekortkomingen’ van een auteursrechtelijke bescherming rond dit resultaat van inspanningen, goed te maken door de te verwachten ‘verdiensten’ van deze bescherming²⁴⁹. Vanuit deze traditionele benadering van het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ is ook het auteursrecht daarbij dan gekenmerkt door een specifieke wisselwerking tussen afbakening van zijn ‘toepassingsgebied’ en bepaling van zijn ‘beschermingsomvang’, die de ‘verdienstelijkheid’ moet garanderen van zijn concrete toepassing. Deze wisselwerking bij het auteursrecht bestaat er dan in dat de principiële beperking van de beschermingsomvang tot een concrete vormgeving van incorporaties van inspanningen met een esthetische gerichtheid, het volgende moet garanderen: dat de te verwachten ‘tekortkomingen’ van een auteursrechtelijke bescherming beperkt genoeg blijven om niettemin gecompenseerd te worden door de ‘verdiensten’ die te verwachten zijn bij het beschermen van de resultaten van inspanningen die voldoen aan de auteursrechtelijke beschermingsvereisten, met name gewone, niet-exceptionele resultaten van intellectuele arbeid die toepassing vinden in incorporaties van inspanningen met een esthetische gerichtheid.

Het tekeningen- en modellenrecht en de naburige rechten moeten binnen de traditionele opvattingen rond de taakverdeling binnen het intellectuele eigendomsrecht dan wenselijk geachte variaties of nuanceringen mogelijk maken op het auteursrecht. Ook hier geldt dat de zin van het tekeningen- en modellenrecht en de naburige rechten binnen deze traditionele opvattingen in de regel gezien wordt in het feit dat zij soepelere beschermingsvereisten stellen dan het auteursrecht om, in verhouding tot het auteursrecht, een enigszins beperktere mate van bescherming te verlenen²⁵⁰. Vanuit de logica van het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ geldt dan opnieuw dat er in principe grenzen zijn aan de wenselijke variaties of nuanceringen die een dergelijk tekeningen- en modellenrecht en dergelijke naburige rechten kunnen doorvoeren. Ook hier blijft het, in beginsel, steeds nodig om het voorliggen te vereisen van een voldoende ‘waardevol’ resultaat van inspanningen, om het volgende te garanderen: dat de te verwachten ‘verdiensten’ van de betrokken intellectueelrechtelijke bescherming rond

²⁴⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: D. KARJALA, "Distinguishing Patent and Copyright Subject Matter", *Connecticut Law Review* 2003, p.439 e.v.; J. HUYDECOPER, "Originaliteit of inventiviteit? Het technisch effect in het auteursrecht.", *BIE* 1987, p.109; G. VANDENBERGHE, "Softwarebescherming in de U.S.A.: een voorbeeld voor Europa?", *B.I.E.* 1985, p. 54.

²⁴⁹ HUYDECOPER verwoordt deze redenering treffen in de observatie dat: "...beoefenaars van het auteursrecht er kennelijk van uitgaan dat er in de aard van het auteursrechtelijk beschermde rechtsgoed en in de omvang van de door het auteursrecht verleende bescherming al beperkingen besloten liggen die (in voldoende mate) waarborgen dat het auteursrecht niet onaanvaardbaar ver reikt, en dat daarom uitbreiding van auteursrechtelijke bescherming ook tot prestaties met een zeer bescheiden verdienste, niet bezwaarlijk hoeft te zijn." J. HUYDECOPER, "Originaliteit of inventiviteit? Het technisch effect in het auteursrecht.", *BIE* 1987, p. 109.

²⁵⁰ Voor de analyse dat de naburige rechten in wezen de bedoeling hebben om, in het verlengde van of in aansluiting met het traditionele auteursrecht, bijkomende incorporaties van inspanningen te beschermen, om zo tot een omvattende regeling te komen rond de exploitatie van ‘creatieve’ incorporaties van inspanningen, zie bijvoorbeeld: D. VISSER, *Naburige rechten van uitvoerende kunstenaars, fonogrammenproducenten, filmproducenten en omroeporganisaties*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, p. 2; Met betrekking tot het gegeven dat het tekeningen- en modellenrecht lange tijd als onderbouw fungeerde van het auteursrecht, zie bijvoorbeeld: A. WANDTKE en C. OHST, "Zur Reform des deutschen Geschmacksmustergesetzes", *GRURInt* 2005, p. 91-102; Vergelijk ook: HUYDECOPER die uitdrukkelijk stelde dat duidelijke gedachten over de grondslagen van het tekeningen- en modellenrecht ontbraken en dat het daardoor onduidelijk was waartoe dit recht strekte en wat de inhoud ervan was. J. HUYDECOPER, "Waarom bescherming en waarom zoveel soorten?", *B.I.E.* 1997, p. 35; Zie echter ook de recent pogingen om het tekeningen- en modellenrecht een eigen zelfstandige bestaansreden te geven, bijvoorbeeld: A. KUR, "The Max Planck Draft for a European Design Law" in F. GOTZEN (ed.), *The Green Paper on the legal protection of industrial design*, Brussel, Story-Scientia, 1992, p. 14-26.

incorporaties van inspanningen met een esthetische gerichtheid, de te verwachten ‘tekortkomingen’ zouden overstijgen van een dergelijke bescherming²⁵¹.

Het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, ten slotte, komt binnen de traditionele opvattingen rond de taakverdeling binnen het intellectuele eigendomsrecht in beginsel dan de volgende taak toe: incorporaties van inspanningen waarvan het resultaat blijkt geeft van een zekere, eerder beperkte ‘waarde’, een beperkte bescherming te voorzien tegen daden van mededinging die verband houden met een kopiëren van deze incorporaties van de inspanningen en die in het licht van de concrete omstandigheden die ermee gepaard gaan onrechtmatige daden van mededinging uitmaken²⁵². Ook deze traditionele taakomschrijving van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ gaat daarbij dan terug op de analyse dat een bepaalde verhouding tussen, de ‘waarde’ van het betrokken resultaat van inspanningen enerzijds, en de te verwachten ‘beschikbare substituten’ voor incorporaties van dit resultaat van inspanningen anderzijds, een bepaalde mate van bescherming het meest ‘verdienstelijk’ maakt. In het geval van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ bestaat deze analyse er dan concreet in dat van een bescherming die in principe enkel de ‘onrechtmatige’ en niet de ‘rechtmatige’ totstandkoming van substituten verhindert, zodanig lage ‘tekortkomingen’ te verwachten zijn, dat deze ook te compenseren zijn door de lage ‘verdiensten’ die te verwachten zijn van het beschermen van resultaten van inspanningen met een eerder bescheiden waarde. Ook het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ is daarbij, geredeneerd vanuit het ‘denkkader’ rond ‘verdienste versus beperking’, getypeerd door een specifieke wisselwerking tussen de afbakening van zijn ‘toepassingsgebied’ en de bepaling van zijn ‘beschermingsomvang’, die moet waken over de ‘verdienstelijkheid’ van zijn concrete toepassing. In dit geval bestaat deze wisselwerking er in dat de principiële beperking van de beschermingsomvang tot een optreden tegen concrete ‘onrechtmatige’ daden van mededinging die verband houden met kopiëren ook garandeert dat slechts zodanig lage ‘tekortkomingen’ te verwachten zijn van deze bescherming dat zij ook kunnen overstegen worden door de eerder lage ‘verdiensten’ die te verwachten zijn van het toekennen van deze bescherming rond resultaten van inspanningen met slechts een bescheiden ‘waarde’²⁵³.

Daarnaast is het binnen de traditionele opvattingen rond de aangewezen taakverdeling van de bestaande beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, dan ook steeds essentieel dat er een bepaalde constellatie van omstandigheden is waarin *geen* wenselijke bescherming mogelijk is op grond van intellectuele rechten. We kunnen stellen dat het hierbij dan met name gaat om het geval waarin functionele incorporaties van inspanningen blijkt geven van een niet-exceptioneel, eerder gewoon resultaat van intellectuele arbeid of handenarbeid. De verantwoording waarom in een dergelijk geval geen wenselijke bescherming mogelijk is op grond van intellectuele rechten gaat daarbij dan in wezen terug op de volgende logica op grond van het ‘denkkader’

²⁵¹ Vergelijk op dit vlak de analyse bij, bijvoorbeeld: R. HILTY, "The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces" in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p. 36 e.v..

²⁵² Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: R. HILTY, "The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces" in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p. 27 e.v. en A. KUR, "Der wettbewerbliche Leistungsschutz Gedanken zum wettbewerbsrechtlichen Schutz von Formgebungen, bekannten Marken und „Characters“", *GRUR* 1990, p. 5 ("Die Frage nach Begründung und Reichweite des wettbewerblichen Leistungsschutzes verlangt ein Eingehen auf die Prinzipien, die dem Spannungsverhältnis von Nachahmungsfreiheit und Sonderrechtsschutz im Bereich der gewerblichen Schutzrechte und des Urheberrechts zugrunde liegen. Dabei ist davon auszugehen, daß die Zuweisung einer geschützten Rechtsposition in diesem Bereich im allgemeinen als gerechtfertigt angesehen wird, weil sie - und soweit sie - eine im Allgemeininteresse als förderungswürdig betrachtete Leistung belohnt bzw. weil dadurch ein Wettbewerb auf "höherer Ebene" angeregt wird.").

²⁵³ Vergelijk op dit vlak de nadruk die vaak gelegd wordt op het feit dat het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’, in principe geen exclusieve rechten toekent. Zie in die zin bijvoorbeeld: H.-P. GÖTTING, "Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9)", in K-H FEZER (ed.), *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Verlag C.H. Beck München 2005, (Band 1) p.762 ("Das UWG gewährt keine Ausschließlichkeitsrechte mit gegenständlicher (dinglicher) Wirkung, sondern allein wettbewerbsrechtliche, schuldrechtliche Ansprüche gegen die Art und Weise der Verwertung einer fremden Leistung, d.h., gegen ein bestimmtes Wettbewerbshandeln.").

rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’: bij een resultaat van inspanningen dat toepassing vindt in functionele incorporaties van inspanningen en geen exceptionele ‘waarde’ heeft, zullen de te verwachten ‘verdiensten’ van het verlenen van een intellectueelrechtelijke bescherming aan dit resultaat van inspanningen in de regel niet volstaan om de te verwachten grote ‘tekortkomingen’ te overstijgen van het verlenen van deze intellectueelrechtelijke bescherming²⁵⁴. Deze logica gaat daarbij dan met name uit van de hierboven vermelde veronderstelling dat gerichtheid van de betrokken incorporatie van inspanningen op een functionele taak, ook het volgende impliceert: dat er niet veel substituten zullen zijn voor deze incorporatie van inspanningen en dat bij een intellectueelrechtelijke bescherming rond deze incorporatie van inspanningen te weinig substituten zouden overblijven.

De laatste decennia ontstond er echter een trend om enigszins af te wijken van de zonet beschreven traditionele opvattingen rond een passende interpretatie en taakverdeling van de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht. Deze afwijkende trend menen we te kunnen typeren als volgt: een evolutie om bij de afweging rond de aangewezen mate van bescherming veeleer te gaan focussen op indicaties rond de *afwezigheid* van ‘tekortkomingen’ van het verlenen van een bepaalde mate van bescherming, in plaats van, zoals traditioneel het geval was, indicaties af te wegen rond én de te verwachten ‘verdiensten’ én de te verwachten ‘tekortkomingen’ van het verlenen van een bepaalde mate van bescherming. Om *in concreto* de afwezigheid van ‘tekortkomingen’ te toetsen van het verlenen van bescherming rond bepaalde incorporaties van inspanningen kwam binnen deze trend dan met name de volgende indicator centraal te staan: de mate van keuzevrijheid bij het creëren van incorporaties van inspanningen als indicator te nemen om het aantal substituten voor deze incorporaties van inspanningen in te schatten²⁵⁵. Het uitgangspunt bij deze indicator is dan, zoals aangegeven, dat het feit dat er bij het creëren van een incorporatie van inspanningen een vrije keuze was tussen meerdere alternatieven om deze incorporatie haar beoogde werking te geven, ook impliceert dat er nog substituten zijn voor de uiteindelijk gecreëerde incorporatie van inspanningen. Dit feit dat er nog substituten zijn voor de uiteindelijk gecreëerde incorporatie van inspanningen wordt binnen de logica van het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan geïnterpreteerd als een garantie dat de ‘tekortkomingen’ die te verwachten zijn bij het verlenen van bescherming rond de uiteindelijk gecreëerde incorporatie van inspanningen.

Deze trend om te focussen op de *afwezigheid* van ‘tekortkomingen’ zorgde voor een belangrijke wijziging in de opvattingen rond de concrete grenzen van een wenselijke interpretatie en taakverdeling van de bestaande beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, geredeneerd vanuit het ‘denkkader’ rond

²⁵⁴ Vergelijk in die zin bijvoorbeeld: D. KARJALA, "A Coherent Theory for the Copyright Protection of Computer Software and Recent Judicial Interpretations", *U.Cin.L.Rev.* 1997-1998, p. 55 (“*We must always bear in mind that failure to protect under copyright does not necessarily mean a complete absence of protection. Many program elements and features can be protected under patent or trade secret law. Moreover, we must remember that these other branches, too, draw finely tuned balances between protection and free use. Therefore, even when other branches of intellectual property law also deny protection, there will often be a valid reason based on a judgment that protection would result in more social harm than benefit. As a result, we must be cautious in allowing copyright to reach outside its traditional realm to protect functional elements of works that are denied protection under the branches of intellectual property law designed and honed over the years for application to such elements.*”); J. HUYDECOPER, "Originaliteit of inventiviteit? Het technisch effect in het auteursrecht.", *BIE* 1987, p.106-112; House Report Chips p.5757-5758 (“*The prohibition against copyright in useful articles is a fundamental principle of our copyright laws, adhered to for the nearly 200 years of their existence. In philosophical terms, the prohibition rests on the distinction between protection for expression and nonprotection for ideas under copyright, and on the differences in scope, standards, term, and purpose of the patent and copyright systems. In pragmatic terms, the nonprotection of useful articles that do not meet the patent standards of novelty and invention represents a societal judgment that the public benefits from relatively unhampered imitative copying of non-novel useful articles, unless the conduct is so predatory that it should be curtailed by unfair competition, or perhaps trade secrecy, laws. Other countries have established design protection laws, based on modified copyright and patent principles, to fill some of the gap between copyright and patent protection for designs applied to useful articles. The Congress has rejected this course to date.*”).

²⁵⁵ Vergelijk op dit vlak D. GERVAIS, "Feist goes global: a comparative analysis of the notion of originality in copyright law", *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 2002, p.974 (“*.... civil law systems adapted themselves to new technologies not by abandoning their traditional model based on the search for the mark of the author's personality, but rather by increasing the level of abstraction of the traditional concept, which led them to a doctrine of creative choices...*”).

‘verdiensten versus tekortkomingen’. Op zich vormde deze trend geen breuk met de basislogica van het dominante ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’. Uit de zonet omschreven logica die deze trend beheerst, blijkt immers dat het er bij deze trend uiteindelijk nog altijd op aankomt om te verzekeren dat de ‘verdiensten’ van de verleende bescherming haar ‘tekortkomingen’ overstijgen. De wijziging bestond er nu echter in dat aangenomen werd dat er *wel* een verdienstelijke intellectueelrechtelijke bescherming mogelijk is rond functionele incorporaties van inspanningen die blijf geven van een niet-exceptioneel resultaat van inspanningen, op voorwaarde dat er voldoende indicaties zijn dat de beoogde bescherming verlenen rond die concrete incorporaties van inspanningen geen belangrijke ‘tekortkomingen’ zal vertonen. Die indicaties werden dan, zoals aangegeven, in het bijzonder gezocht in de mate dat een vrije keuze mogelijke was tussen alternatieven om de betrokken incorporaties van inspanningen geschikt te maken voor de beoogde functionele werking²⁵⁶. In tegenstelling tot de traditionele benadering ging deze nieuwe trend daarmee voor het bepalen van de wenselijkheid van een bepaalde beschermingsomvang dus uit van de verhouding tussen de *concreet* ‘beschikbare substituten’ voor incorporaties van een resultaat van inspanningen, enerzijds, en de ‘waarde’ van het betrokken resultaat van inspanningen, anderzijds. ‘Ingedekt’ door een dergelijke toetsing rond de afwezigheid van ‘tekortkomingen’ van bescherming *in concreto*, achtte deze trend het dus ook mogelijk om een wenselijke intellectueelrechtelijke bescherming te gaan verlenen in het type constellatie van omstandigheden waar traditionele opvattingen een wenselijke intellectueelrechtelijke bescherming, zoals aangegeven, onmogelijk achtten. Concreet gaf de betrokken trend dan bijvoorbeeld aanleiding tot de opvatting dat het auteursrecht ook een wenselijke bescherming kan verlenen aan *functionele* incorporaties van een niet-exceptioneel resultaat van intellectuele arbeid, indien de beschermingsvereiste die het auteursrecht stelt, met name originaliteit of een eigen intellectuele schepping, de invulling krijgt van een dergelijke toetsing naar de mate van keuzevrijheid die voorlag²⁵⁷.

Vanuit de traditionele analyse om, uit de basislogica van het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’, een wenselijke interpretatie en taakverdeling af te leiden van de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, was er echter sterke kritiek op de zonet beschreven trend om te focussen op de afwezigheid van ‘tekortkomingen’. Het voornaamste punt van kritiek hierbij was dat – indien dit al te toetsen was via het criterium van ‘keuzevrijheid’ – de te verwachten afwezigheid van ‘tekortkomingen’ van het verlenen van bescherming, op zich niet toeliet om te besluiten dat het verlenen van bescherming ook ‘verdienstelijk’ zou zijn. Meer concreet was het argument dat het peilen naar ‘keuzevrijheid’ bij het creëren van een incorporatie van inspanningen niet toelaat om te besluiten of het betrokken resultaat van inspanningen de ‘waarde’ heeft die moet voorliggen opdat het toekennen van bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht gerechtvaardigd en verdienstelijk zou kunnen zijn. Opdat de ‘verdienstelijkheid’ gegarandeerd zou zijn van de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, bleef het voor de aanhangers van de betrokken traditionele analyse, dan ook cruciaal om het toekennen van bescherming te baseren op een dubbele toetsing: in eerste instantie een toetsing rond de ‘waarde’ van het betrokken resultaat van inspanningen, als indicatie voor de te verwachten ‘verdiensten’ van de bescherming, en in tweede instantie een toetsing rond de overblijvende substituten, als indicatie voor de te verwachten ‘tekortkomingen’ van de bescherming²⁵⁸.

²⁵⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: P. HUGENHOLTZ, “Juridische bescherming van chips”, *B.I.E.* 1985, p.132

²⁵⁷ Zie bijvoorbeeld: D. VERKADE, Boekbespreking: G. VANDENBERGHE, *Bescherming van computersoftware, een rechtsvergelijkend onderzoek*, *B.I.E.* 1984, p. 338.

²⁵⁸ Zie voor deze punten van kritiek bijvoorbeeld: J. HUYDECOPER, "Originaliteit of inventiviteit? Het technisch effect in het auteursrecht.", *BIE* 1987, p. 106-112.

B. Een passende beschermingsregeling rond chips, computerprogramma's en databanken binnen het intellectuele eigendomsrecht

Vervolgens kunnen we dan ingaan op de concrete overwegingen waardoor wetgevers, rechtsleer en rechtspraak zich lieten leiden bij vragen rond het uitwerken van een bescherming rond chips, computerprogramma's en databanken op grond van het intellectuele eigendomsrecht. Eerst (B.1.) bespreken we de overwegingen die in dit verband aan de orde waren rond chips en computerprogramma's. Vervolgens (B.2.) komen dan de betrokken overwegingen aan bod met betrekking tot databanken. De reden voor deze indeling is dat de concrete overweging in dit verband rond chips en computerprogramma's onderling sterke gelijkenissen vertoonden en enigszins anders lagen als bij databanken.

B.1. Chips en computerprogramma's

De opkomst van chips en computerprogramma's zorgde er voor dat wetgevers steeds vaker geconfronteerd werden met vragen rond een mogelijke bescherming van deze soorten incorporaties van inspanningen op grond van het intellectuele eigendomsrecht. In wezen waren hierbij, zoals aangegeven, twee vragen aan de orde. De eerste vraag (C.1.1.) was of het aangewezen was om rond deze soorten incorporaties van inspanningen een bepaalde mate van bescherming te verlenen op grond van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging'. De tweede vraag (C.1.2.) was dan of het mogelijk was om chips en computerprogramma's de wenselijke mate van bescherming te verlenen op grond van de bestaande beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht dan wel of dit nieuwe *sui generis* beschermingsregelingen vroeg. In wat volgt, gaan we in op de overwegingen die aangehaald werden om een antwoord te formuleren op deze vragen. Daarbij hebben we in dit geval ook aandacht voor het debat dat in de Verenigde Staten heerste rond de intellectueelrechtelijke bescherming van chips en computerprogramma's. De reden hiervoor is dat de aanpak van de Verenigde Staten met betrekking tot de intellectueelrechtelijke bescherming van chips en computerprogramma's wereldwijd een belangrijke voorbeeldfunctie had²⁵⁹.

B.1.1. Wenselijkheid van een bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht

Het debat of het wenselijk was om een bepaalde mate van bescherming te verlenen rond chips en computerprogramma's op grond van het intellectuele eigendomsrecht, draaide vooral rond de inschatting van de voor- en nadelen hiervan. Wat de identificatie en inschatting van deze voor- en nadelen betreft, stellen we vast dat bij dit debat grotendeels geargumenteed werd volgens de zonet beschreven logica van het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen'.

Het voordeel van het toekennen van een bepaalde mate van bescherming rond chips en computerprogramma's op grond van het intellectuele eigendomsrecht werd vooral gezien in het volgende: van deze bescherming zou een aansporing uitgaan om chips en computerprogramma's te creëren, in de mate dat betrokken producenten door deze bescherming niet langer de concurrentie hoefden te vrezen van kopieën van hun incorporaties van inspanningen. Deze analyse was daarbij gebaseerd op de inschatting dat zich bij de productie van chips en computerprogramma's een bijzonder fenomeen voordoet. Dit fenomeen zou er met name in bestaan dat chips en computerprogramma's aanzienlijk investeringen vragen bij hun initiële ontwikkeling maar, eenmaal vervaardigd en op de markt gebracht, door concurrenten kunnen gekopieerd worden voor een fractie van de kosten die nodig waren voor hun initiële ontwikkeling²⁶⁰. Het gevolg van dit fenomeen zou dan zijn dat de initiële producenten van chips of

²⁵⁹ Zie in verband met deze 'voorbeeldfunctie' van de aanpak van de Verenigde Staten op het vlak van de intellectueelrechtelijke bescherming van chips en computerprogramma's, bijvoorbeeld: G. VANDENBERGHE, "Softwarebescherming in de U.S.A.: een voorbeeld voor Europa?", *B.I.E.* 1985, p.50- 56; H. COHEN JEHORAM, De niet-harmoniserende Europese Richtlijn en het Nederlandse wetsontwerp chipsbescherming, *NJB* 1987, p. 502.

²⁶⁰ In het House Report rond de Amerikaanse Semiconductor Chip Protection Act, die model stond voor de Richtlijn Chips, vinden we binnen het onderdeel "Nature of the problem" onder andere de volgende analyse terug: "A competing firm can photograph a chip and its layers, and in several months and for a cost of less than \$ 50,000 duplicate the mask work of the innovating firm. Because the copyist firm does not have the enormous costs borne by the innovator, such a firm can undersell the innovating firm and flood the market with cheap copies of the semiconductor chip. In an industry in which innovation is absolutely essential, such appropriation of creativity is

computerprogramma's systematisch met een prijsconcurrentie geconfronteerd worden die het hen zeer moeilijk of onmogelijk maakt om, via de prijs van hun chips of computerprogramma's, nog de ontwikkelingskosten te recupereren rond hun chips en computerprogramma's. Op termijn zou dit fenomeen er dan ook toe leiden dat producenten, uit schrik de betrokken investeringen niet te kunnen recupereren, zich niet langer geroepen voelen om nog te investeren in de initiële ontwikkeling van chips en computerprogramma's²⁶¹. Omdat chips en computerprogramma's als waardevolle ontwikkelingen golden²⁶², werd het dan ook onwenselijk geacht dat het zonet beschreven fenomeen een rem zou vormen op de creatie van chips en computerprogramma's. Een belangrijke factor daarbij was expliciet of impliciet dat het betrokken fenomeen inhoudt dat een producent in concurrentie moet treden met anderen die zich door kopiëren het resultaat, de 'vrucht', van zijn arbeid toe-eigenen. Geredeneerd vanuit het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen', was het idee dan ook dat een bescherming rond chips en computerprogramma's op grond van het intellectuele eigendomsrecht, met name door het zonet aangehaalde kopiëren te verhinderen, 'verdienselijk' zou zijn. De waarde van chips en computerprogramma's maakte immers dat het wenselijk was om hun productie te stimuleren en maakte het ook legitiem om het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid van de betrokken producenten te beschermen. Als nadeel daarentegen van het verlenen van een bepaalde mate van bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht rond computerprogramma's en chips gold dan vooral het volgende: dat deze bescherming, naarmate zij een uitgebreider verbod bevat op de creatie van gelijkende chips en computerprogramma's, al snel zou verhinderen dat er überhaupt nog een concurrerend aanbod is van substitueerbare chips en computerprogramma's en anderen ook zou ontmoedigen om bestaande chips en computerprogramma's door kleine wijzigingen verder te verbeteren. Het ontbreken van een concurrerend aanbod van substitueerbare chips en computerprogramma's, werd daarbij vooral onwenselijk geacht omwille van de monopoliemacht die dit de initiële producent van een bepaalde chips of computerprogramma's kon opleveren. Concreet was er in dit verband zowel bij chips als bij computerprogramma's vooral de bezorgdheid dat een intellectueelrechtelijke bescherming producenten niet mocht belemmeren om bestaande, 'beschermde' chips en computerprogramma's van andere producenten aan de nodige analyse-handelingen te onderwerpen met het oog op het creëren van eigen, niet goedkoop gekopieerde chips en computerprogramma's die de vereiste 'compatibiliteit' vertoonden om ook daadwerkelijke substituten te zijn voor de betrokken bestaande chips en computerprogramma's. Bij chips ging het er in dit verband dan met name om dat de latere chips net als de bestaande chip in staat moesten zijn om in bepaalde

a devastating disincentive to innovating research and development." House Report on the Semiconductor Chip Protection Act, p. 5751-5752; Dat deze argumentatie ook weerklank vond in de rechtsleer, blijkt bijvoorbeeld uit T. DREIER, "Development of the Protection of Semiconductor Integrated Circuits", *IIC* 1988, p. 428; Zie ook de tweede overweging in de Richtlijn Computerprogramma's, die luidt: "*Overwegende dat voor de ontwikkeling van computerprogramma's belangrijk menselijk en technisch potentieel en aanzienlijke financiële middelen moeten worden ingezet, terwijl zij kunnen worden gekopieerd voor een fractie van de kosten die moeten worden besteed om deze programma's zelfstandig te ontwikkelen*" Richtlijn Computerprogramma's". Vergelijk in die zin ook het rapport van de commissie, die de Amerikaanse Wetgever diende te adviseren rond het al dan niet toepassen van een auteursrechtelijke bescherming met betrekking tot computerprogramma's, met name National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, *Final Report*, 31 juli 1978, p. 11 (hierna: CONTU-rapport).

²⁶¹ In het House Report rond de Amerikaanse Semiconductor Chip Protection Act heet het: "*The prices charged by an innovating firm necessarily must reflect the research and development costs of the innovating chip. Once returns on investment have been choked off by the unfair competition of competing firms which do not bear the tremendous research and development costs, the incentive for innovating firms to set aside internal funds for the development of future generations of semiconductor products is severely limited.*" House Report on the Semiconductor Chip Protection Act, p. 5751-5752; Zie in die zin de beschouwing in het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Computerprogramma's met betrekking tot de nood aan een wetgevend ingrijpen dat computerprogramma's beschermt, die luidt: "*Without such a legal environment, the intellectual effort and financial resources employed to devise computer programs are put at risk by the ease with which the program can be reproduced, imitated or counterfeited.*" Europese Commissie, Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende de Rechtsbescherming van Computerprogramma's, COM (88) 816 Def., Brussel 17 maart 1989, p. 4 (Hierna: Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Computerprogramma's).

²⁶² In de overwegingen van de Richtlijn Chips luidt het: "*Overwegende dat halfgeleiderprodukten in een groot aantal sectoren van de industrie een steeds belangrijker rol spelen en dat de halfgeleider technologie dan ook als van fundamenteel belang voor de industriële ontwikkeling van de Gemeenschap kan worden beschouwd;*" Wat de perceptie van computerprogramma's als waardevol betreft, zie bijvoorbeeld: Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Computerprogramma's, p.3, punt 1.2. en CONTU-rapport, p. 11.

apparaten ingepast te worden en daarin te functioneren²⁶³. In het geval van computerprogramma's was er concreet de bezorgdheid dat het mogelijk diende te blijven voor latere producenten om de nodige kennis te vergaren om zelfstandig computerprogramma te ontwikkelen die nuttig kunnen samenwerken met het geanalyseerde computerprogramma of met andere bestaande computerprogramma's²⁶⁴. Vanuit de logica van het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen' was de analyse dus vaak dat een intellectueelrechtelijke bescherming rond chips en computerprogramma's – beiden in wezen functionele incorporaties van inspanningen – al snel belangrijke 'tekortkomingen' kon gaan vertonen, die niet te compenseren waren door de te verwachten 'verdiensten' van een dergelijke bescherming. Door de totstandkoming van substituten verregaand te verhinderen, zou een dergelijke bescherming immers al snel vele op zich wenselijke handelingen verhinderen en vele mensen ernstig beknotten in de uitoefening van hun natuurlijk rechten.

De uiteenlopende standpunten rond de wenselijkheid van een bepaalde mate van bescherming rond chips en computerprogramma's op grond van het intellectuele eigendomsrecht kwam daarbij uiteindelijk vooral neer op het volgende: uiteenlopende inschattingen rond de mate waarin de zonet vermelde voordelen of nadelen het overheersende effect zouden zijn van een dergelijke bescherming.

B.1.2. De aangewezen beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht

In zoverre geoordeeld werd dat het aangewezen was om op grond van het intellectuele eigendomsrecht een bepaalde mate van bescherming te verlenen rond chips en computerprogramma's, rees dan, zoals aangegeven, ook de volgende vraag: of het mogelijk was om chips en computerprogramma's de beoogde mate van bescherming te verlenen op grond van de bestaande beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht dan wel of dit nieuwe *sui generis* beschermingsregelingen vroeg. Doorheen de overwegingen van rechtsleer en wetgevers stellen we vast dat zij, naast de optie van *sui generis* beschermingsregelingen, vooral de volgende bestaande beschermingsregimes binnen het intellectuele eigendomsrecht in overwegingen namen als optie voor het uitwerken van een bescherming rond chips en computerprogramma's: het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging', het octrooirecht en het auteursrecht. In wat volgt, gaan we dieper in op de concrete afwegingen die rechtsleer en wetgevers maakten rond de wenselijkheid van deze opties.

a. Het recht inzake oneerlijke mededinging

Om chips en computerprogramma's een passende bescherming te verlenen op grond van het intellectuele eigendomsrecht, werd in de eerste plaats vaak de optie aangehaald van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen 'parasitaire mededinging'.

In de regel werd daarbij echter aangenomen dat het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen 'parasitaire mededinging', chips en computerprogramma's een onvoldoende mate van bescherming bood. Het werd daarbij met name onvoldoende geacht dat chips en computerprogramma's aan dit ingrijpen enkel een bescherming konden ontleen ten aanzien van 'daden van mededinging' die verband houden met een kopiëren, indien aan te tonen was dat de bijzondere 'begeleidende omstandigheden' van het concrete geval deze daden van mededinging tot 'onrechtmatige' daden van mededinging maakten. Impliciet hield deze analyse dus de opvatting in dat het aangewezen was om chips en computerprogramma's een hogere mate van bescherming te verlenen die toeliet om meer systematisch op te treden tegen het kopiëren van chips en computerprogramma's, zonder daarbij

²⁶³ Zie wat deze opvatting betreft: House Report on the Semiconductor Chip Protection Act, p. 5771; Met betrekking tot het gegeven dat deze overwegingen rond deze vorm van 'reverse engineering', de tweede grote bezorgdheid vormden, die, naast het bieden van een bescherming tegen kopiëren, bepalend was voor de opvattingen rond de intellectueelrechtelijke beschermingswaardigheid of nood tot bescherming met betrekking tot chips, zie bijvoorbeeld: L. RASKIND, "Reverse Engineering, Unfair Competition, and Faire Use", *Minnesota Law Review* 1985-1986, p. 385 (Met name waar hij bijvoorbeeld stelt: "The statutory framework of the reverse engineering provision is the capstone of the Chip Act.").

²⁶⁴ Zie met betrekking tot deze bezorgdheid: Toelichting bij het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Computerprogramma's, p.12 en, uitgebreid, in Europese Commissie, Gewijzigd voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende de Rechtsbescherming van Computerprogramma's, COM (90) 509 Def., Brussel 18 oktober 1990, p.9-12; (hierna steeds aangeduid als "Gewijzigd Voorstel Richtlijn Computerprogramma's").

telkens het bewijs te moeten leveren van specifieke begeleidende omstandigheden die dit kopiëren onrechtmatig maken²⁶⁵.

Deze analyse dat het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen 'parasitaire mededinging' chips en computerprogramma's een onvoldoende bescherming bood, was daarbij naar onze mening in wezen terug te voeren op de logica van het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen'. Op grond van dit 'denkkader' kenmerkt het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging' zich door een specifieke wisselwerking tussen de afbakening van zijn 'toepassingsgebied' en de bepaling van zijn 'beschermingsomvang', die toeziet op de 'verdienstelijken' van de concrete toepassing van dit ingrijpen. Deze wisselwerking bestaat er zoals aangegeven concreet in dat de principiële beperking van de beschermingsomvang tot een optreden enkel tegen concrete 'onrechtmatige' daden van mededinging die verband houden met kopiëren ook garandeert dat slechts zodanig lage 'tekortkomingen' te verwachten zijn van deze bescherming dat zij niettemin kunnen overstegen worden door de eerder lage 'verdiensten' die te verwachten zijn van het toekennen van deze bescherming rond resultaten van inspanningen met slechts een bescheiden 'waarde'.

b. Het octrooirecht

Om een passende bescherming te verlenen rond chips en computerprogramma's op grond van het intellectuele eigendomsrecht, werd in de tweede plaats ook vaak de mogelijkheid in overweging genomen van een bescherming op grond van het octrooirecht. De overheersende opvatting in dit verband was echter dat voor de meeste chips en computerprogramma's het verlenen van een octrooirechtelijke bescherming geen optie kon zijn. Daarbij was het gebruikelijk om er op te wijzen dat het resultaat van inspanningen dat aanleiding gaf tot een bepaalde chip of een bepaald computerprogramma doorgaans niet staat om de strenge vereisten te vervullen die het octrooirecht stelt om bescherming toe te kennen. De analyse in dit verband bestond er met name in dat de ontwikkeling van chips en computerprogramma's in de regel weliswaar gepaard ging met belangrijke ontwerparbeid, maar dat in de meeste gevallen deze ontwerparbeid te routinematig was om aan te nemen dat deze ontwerparbeid ook blijk gaf van 'uitvinderswerkzaamheid'²⁶⁶. Wat specifiek de zoektocht betreft naar een passende beschermingsregeling rond computerprogramma's, werd ook aangenomen dat de uitdrukkelijke bepalingen binnen het octrooirecht die computerprogramma's 'als zodanig' uitsluiten uit de groep van octrooieerbare uitvindingen, inhielden dat het octrooirecht geen enkel computerprogramma bescherming kon bieden. Pas later, in het licht van uitspraken die

²⁶⁵ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: M. FLAMÉE en H. VANHEES, "Une Approche Européenne de la protection des "chips", *R.I.D.E.* 1989, p. 57; T. DREIER, "Die Entwicklung des Schutzes integrierter Halbleiterschaltkreise", *GRUR Int* 1987, p.647; R. HART, "Legally Protecting Semiconductor Chips in the UK", *E.I.P.R.* 1985, p. 263; G. SCHULZE, "Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen - geklärte Rechtsfrage oder bloße Illusion?", *GRUR* 1985, p. 1006; G. KOLLE, "Der Rechtsschutz der Computersoftware in der Bundesrepublik Deutschland", *GRUR* 1982, p. 457-458; CONTU-rapport, p. 18

²⁶⁶ In het House Report on the Semiconductor Chip Protection Act luidt het in die zin: "*Patent law can protect the basic electronic circuitry for new microprocessors or other new such products. But patent law does not protect the particular layouts and design works performed by the different chip manufacturers in adapting those electronic circuits for a particular industrial purpose, because the creativity involved does not rise to the inventive level required by the patent laws. Yet, it is those layouts and design works that consume the resources of the innovating firms and that are copied by free riders.*" House Report, p.5752; Wijzen in hoodzaak het vereiste van uitvinderswerkzaamheid aan als hinderpaal, bijvoorbeeld: R. HART, "Legally Protecting Semiconductor Chips in the UK", *E.I.P.R.* 1985, p. 261; P. HUGENHOLTZ, "Juridische bescherming van chips", *B.I.E.* 1985, p.132; Wijzen, naast het vereiste van uitvinderswerkzaamheid, ook het vereiste van nieuwheid aan als mogelijke hinderpaal, bijvoorbeeld: R. WERUM, *Der Schutz von Halbleiterzeugnissen der Mikroelektronik im deutschen Rechtssystem*, Frankfurt am Main, Verlag Peter lang, 1990, p. 30-33; A. MEIJBOOM, "Das niederländische Gesetz über den Schutz von Halbleitertopographien", *GRURInt* 1988, p.931; T. DREIER, "Die Entwicklung des Schutzes integrierter Halbleiterschaltkreise", *GRUR Int* 1987, p.646; N. FERRY en D. HURSTEL, "La protection juridique des semi-conducteurs", *La Semaine Juridique. Cahiers de Droit de l'Entreprise* 1986, (Études et Commentaires 14800) p. 678; Zie in dit verband tenslotte ook: M. FLAMÉE en H. VANHEES, "Une Approche Européenne de la protection des "chips", *R.I.D.E.* 1989, p. 57; Zie bijvoorbeeld de Toelichting bij het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Computerprogramma's, die stelt: "...the requirement of an inventive step will lead, in the case of a large majority of valuable computer programs, to the conclusion that the conditions for patent protection are not fulfilled." Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Computerprogramma's, p. 9.

toelichting gaven bij de betekenis van de betrokken uitsluiting van computerprogramma's 'als zodanig', zou duidelijk worden dat deze uitsluiting niet zo ver ging²⁶⁷.

De opvatting dat voor de meeste chips en computerprogramma's het verlenen van een octrooirechtelijke bescherming geen optie kon zijn, was daarbij volgens ons nu in wezen opnieuw terug te voeren op de logica van het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen'. Vanuit dit 'denkkader' kenmerkt het octrooirecht zich door een specifieke wisselwerking tussen de afbakening van zijn 'toepassingsgebied' en de bepaling van zijn 'beschermingsomvang', die waakt over de 'verdiensteljkheid' van de concrete toepassing van het octrooirecht. Cruciaal bij deze wisselwerking is zoals aangegeven dat de beschermingsvereisten de toepassing van het octrooirecht beperken tot exceptioneel vernieuwende resultaten van intellectuele arbeid die toepassing vinden in functionele incorporaties van inspanningen, zodat ook gegeven is dat de te verwachten 'verdiensten' bij het beschermen ervan *in concreto* de grote 'tekortkomingen' zullen overstijgen die te verwachten zijn bij het toekennen van de ruime octrooirechtelijke bescherming rond deze resultaten van intellectuele arbeid. Vanuit die optiek functioneert de beschermingsvereiste binnen het octrooirecht dat sprake zou zijn van een exceptioneel vernieuwend resultaat van intellectuele arbeid dus als een essentiële waarborg om te waken over de 'verdiensteljkheid' van de concrete toepassing van het octrooirecht. Indien chips en computerprogramma's nu in de regel geen blijk geven van exceptioneel vernieuwende resultaten van intellectuele arbeid, gaf dit volgens het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen' aan dat zich een fundamenteel probleem stelde rond een octrooirechtelijke bescherming van deze chips en computerprogramma's. In die gevallen kon het dan met name voorvallen dat het betrokken resultaat van inspanningen onvoldoende 'waardevol' zou zijn opdat te verwachten 'verdiensten' van een octrooirechtelijk bescherming ervan *in concreto* ook de grote 'tekortkomingen' zouden overstijgen die te verwachten zijn indien functionele incorporaties van inspanningen een ruime octrooirechtelijke bescherming genieten. De problemen die chips en computerprogramma's ondervonden om de strenge beschermingsvereisten te vervullen van het octrooirecht, golden vanuit het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen' dus als problemen om de nodige garanties te geven rond een 'verdiensteljk' toepassing van het octrooirecht²⁶⁸. Dit verklaart volgens ons dan ook waarom het niet als een optie gezien werd om deze beschermingsvereisten soepeler te gaan interpreteren zodat het octrooirecht alsnog toepassing zou kunnen vinden op het merendeel van chips en computerprogramma's.

c. Het auteursrecht

In de derde plaats was er veel discussie rond de wenselijkheid van een auteursrechtelijke bescherming rond chips en computerprogramma's. De concrete twistpunten in deze discussie waren enigszins verschillend naargelang het ging om landen met een Common Law rechtstraditie dan wel om landen met een Europees Continentale rechtstraditie. De reden hiervoor is dat het auteursrecht binnen deze onderscheiden rechtstradities ook onderscheiden benaderingen hanteert om via zijn beschermingsvereisten zijn 'toepassingsgebied' af te bakenen. Binnen een Europees Continentale rechtstraditie is het gebruikelijk om het toekennen van auteursrechtelijke bescherming te laten afhangen van de volgende algemene vereiste: dat een incorporatie van inspanningen blijk geeft van een eigen, 'origineel', resultaat van een zekere intellectuele arbeid dat, in zijn toepassing binnen de vormgeving van de betrokken incorporatie van inspanningen, minstens ten dele een esthetische gerichtheid heeft en niet noodzakelijk is voor het bereiken van een bepaalde esthetische of functionele werking²⁶⁹.

²⁶⁷ Dit werd met name pas duidelijk in het licht van: Kamer van Beroep (E.O.B), 1 juli 1998 (*Computer program product I/IBM*-beslissing), T_1173/97, overweging 5.2. en 5.3.

²⁶⁸ In het House Report rond de Semiconductor Chip Protection Act luidt het bijvoorbeeld uitdrukkelijk: "*In pragmatic terms, the nonprotection of useful articles that do not meet the patent standards of novelty and invention represents a societal judgment that the public benefits from relatively unhampered imitative copying of non-novel useful articles, unless the conduct is so predatory that it should be curtailed by unfair competition, or perhaps trade secrecy, laws.*" House Report, p. 5757-5758.

²⁶⁹ Zie in dit verband bijvoorbeeld: Hof van Cassatie 11 maart 2005, A&M 2005, p. 396; *I.R.D.I.* 2005, p.238 ("Om bescherming van de Auteurswet van 30 juni 1994 te genieten is het nodig maar voldoende dat bewezen wordt dat het werk de uitdrukking is van de intellectuele inspanning van de maker ervan, welke voorwaarde onontbeerlijk is om aan het werk het vereiste individuele karakter te geven waardoor een schepping ontstaat"), Hof van Cassatie 11 maart 2005, A&M 2005, p. 396; *I.R.D.I.* 2005, p.238; F. GOTZEN, "Art. 1" in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet. De Belgische auteurswet. Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2009, p.

In de meeste Common Law landen daarentegen staat bij de beoordeling rond het toekennen van auteursrechtelijke bescherming geen toetsing centraal rond een algemeen vereiste van een 'origineel' resultaat van intellectuele arbeid met een esthetische gerichtheid maar ligt de nadruk veeleer op een toetsing of de betrokken incorporatie van inspanningen de onderscheiden, specifieke vereisten vervult die nodig zijn om te kwalificeren als één van de binnen het auteursrecht omschreven categorieën van auteursrechtelijk beschermde werken. In het Britse auteursrecht bijvoorbeeld is het toekennen van auteursrechtelijke bescherming enkel mogelijk indien een incorporatie van inspanningen te kwalificeren is als een van de volgende, vrij gedetailleerd omschreven categorieën van auteursrechtelijk beschermde werken: 'literary works', 'dramatic works', 'musical works' of 'artistic works'²⁷⁰. Binnen het Amerikaanse recht daarentegen is de opsomming van de categorieën auteursrechtelijk beschermde werken in de auteurswet niet exhaustief en geldt zelfs als principe dat alle originele werken van een auteur die vastgelegd zijn in een tastbaar medium in beginsel in aanmerking kunnen komen voor auteursrechtelijk bescherming²⁷¹. Niettemin stellen we echter het volgende vast: de kwalificatie van een incorporatie van inspanningen als één van de uitdrukkelijk opgesomde categorieën auteursrechtelijk beschermde werken impliceert vaak dat deze incorporatie van inspanningen ook de voor de betrokken categorie specifieke

6-7; Hoge Raad, 16 juni 2006, NJ 2006, p.585 (Beslissend is dat het daarbij gaat om een voortbrengsel dat vatbaar is voor menselijke waarneming en het een eigen, persoonlijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt.); J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, p. 65 e.v.; U. LOEWENHEIM, "Abschnitt 2. Das Werk" in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p. 56 e.v.; A. LUCAS en H.-J. LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Paris, Litec, 2005, p. 54 e.v.; Specifieke met betrekking tot de vereiste van een esthetische gerichtheid, zie bijvoorbeeld: G. SCHULZE, "Werturteil und Objektivität im Urheberrecht – Die Feststellung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit am Beispiel der 'kleinen Münze'", *GRUR* 1984, p.403; A. DIETZ, "Das Problem des Rechtsschutzes von Computerprogrammen in Deutschland und Frankreich. Die kategoriale Herausforderung des Urheberrechts", *B.I.E.* 1983, p.310; Vergelijk op dit punt ook: A. STROWEL en E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données multimédia. Droit belge, européen et comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, p. 22 ("Appartenance au domaine littéraire et artistique"); M. DE COCK BUNING en E. NUMANN, "De gestage wildgroei van het auteursrecht. Een hoge snelheidstrein dreigt te ontsporen" in D. VISSER en D. VERKADE (eds), *Een eigen, oorspronkelijk karakter. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor*, Amsterdam, DeLex, 2007, p. 27 (met name met betrekking tot de 'domeinvraag' binnen het auteursrecht); F. GROSHEIDE, *Auteursrecht op Maat*, Deventer, Kluwer, 1986, p. 195 e.v. (met name met betrekking tot de 'externe afgrenzing' van het auteursrecht, in tegenstelling tot de 'interne afgrenzing' van het auteursrecht op grond van de vereiste van originaliteit).

²⁷⁰ Zie art. 1. Copyright, Designs and Patents Act 1988 dat stelt: "(1) *Copyright and copyright works*" die luidt: "*Copyright is a property right which subsists in accordance with this Part in the following descriptions of work*" (a) *original literary, dramatic, musical or artistic works*, (2) *In this Part "copyright work" means a work of any of those descriptions in which copyright subsists.*" Zie ook de gedetailleerde omschrijvingen van de noties 'literary works', 'dramatic works', 'musical works' en 'artistic works' in art. 3-4 Copyright, Designs and Patents Act. Zo bevat bijvoorbeeld art. 4 Copyright, Designs and Patents Act 1988 de volgende gedetailleerde omschrijving van de notie 'artistic works': "(1) *In this Part "artistic work" means (a) a graphic work, photograph, sculpture or collage, irrespective of artistic quality, (b) a work of architecture being a building or a model for a building, or (c) a work of artistic craftsmanship.* (2) *In this Part "building" includes any fixed structure, and a part of a building or fixed structure; "graphic work" includes (a) any painting, drawing, diagram, map, chart or plan, and (b) any engraving, etching, lithograph, woodcut or similar work; "photograph" means a recording of light or other radiation on any medium on which an image is produced or from which an image may by any means be produced, and which is not part of a film; "sculpture" includes a cast or model made for purposes of sculpture.*" Met betrekking tot het feit dat art. 1. Copyright, Designs and Patents Act 1988 een exhaustieve opsomming geeft van de mogelijke categorieën auteursrechtelijk beschermde werken, zie bijvoorbeeld: L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 86.

²⁷¹ 17 United States Code § 102, a) Amerikaanse Auteurswet stelt met name: "*Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. Works of authorship include the following categories: (1) literary works; (2) musical works, including any accompanying words; (3) dramatic works, including any accompanying music; (4) pantomimes and choreographic works; (5) pictorial, graphic, and sculptural works; (6) motion pictures and other audiovisual works; (7) sound recordings; and (8) architectural works.*"; Met betrekking tot het gegeven dat auteursrechtelijke bescherming niet vereist dat sprake is van één van de opgesomde categorieën auteursrechtelijk beschermde werken, zie bijvoorbeeld: H.R. Rep. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess., 1976 U.S.C.C.A.N. 5659, p. 53.

vereisten moet vervullen om auteursrechtelijke bescherming te kunnen genieten²⁷². Indien een incorporatie van inspanningen onder de categorie ‘pictorial, graphic, and sculptural works’ valt, impliceert dit bijvoorbeeld, zoals zo meteen aanbod komt, dat het toekennen van auteursrechtelijk bescherming onderworpen is aan een ‘functional article’- en ‘separability’-test, die niet gelden in het kader van de andere categorieën auteursrechtelijk beschermde werken.

In wat volgt gaan we nu dieper in op de concrete discussie die zich binnen beide rechtstradities voordeed rond de wenselijkheid van een auteursrechtelijke bescherming rond chips en computerprogramma’s. Eerst c.1.) doen we dit vanuit het perspectief van het auteursrecht binnen een Common Law rechtstraditie. Daarna c.2.) doen we dit vanuit het perspectief van het auteursrecht binnen een Europees Continentale rechtstraditie.

c.1. De discussie binnen Common Law rechtssystemen

De discussie rond de wenselijkheid van een auteursrechtelijke bescherming van chips en computerprogramma’s draaide in landen met een Common Law rechtstraditie vooral rond de volgende vraag: of het passend was om de bestaande categorieën van auteursrechtelijk beschermde werken zo te interpreteren dat ze ook een auteursrechtelijke bescherming rond chips en computerprogramma’s toelieten.

Bij chips was het dan met name de vraag of de uitgesproken functionele gerichtheid van chips een onoverkomelijke hinderpaal vormde om hen auteursrechtelijke bescherming te verlenen onder een categorie auteursrechtelijke beschermde werken. Chips zijn er immers, zoals aangegeven, op gericht om data die ze ontvangen in de vorm van binaire, elektronische spanningsverschillen, op te slaan of te onderwerpen aan logische bewerkingen en staan in dat opzicht ver van de incorporaties van inspanningen met een esthetische gerichtheid die traditioneel als toepassingsgebied gelden van het auteursrecht.

Binnen het Amerikaanse recht stond rond chips met name de discussie centraal of de auteursrechtelijke bescherming van chips dwingend te beoordelen was in licht van de specifieke categorie van ‘pictorial, graphic, and sculptural works’ en de daarrond geldende ‘functional article’- en ‘separability’-test²⁷³. ‘Pictorial, graphic, and sculptural works’ vormen één van de categorieën auteursrechtelijke beschermde werken die de Amerikaanse auteurswet uitdrukkelijk opsomt²⁷⁴. De Amerikaanse auteurswet typeert deze categorie auteursrechtelijk beschermde werken daarbij door het volgende te bepalen: “*Pictorial, graphic, and sculptural works include two-dimensional and three-dimensional works of fine, graphic, and applied art, photographs, prints and art reproductions, maps, globes, charts, diagrams, models, and technical drawings, including architectural plans.*”²⁷⁵ Bijzonder bij deze categorie ‘pictorial, graphic, and sculptural works’, is zoals aangehaald, dat in het kader van deze categorie auteursrechtelijke beschermde werken een ‘functional article’- en ‘separability’-test gelden. Dit betekent dat indien een incorporatie van inspanningen onder de categorie ‘pictorial, graphic, and sculptural works’

²⁷² In die zin ook bijvoorbeeld: S. HALPERN, C. NARD, K. PORT, *Fundamentals of United States Intellectual Property Law: Copyright, Patent, Trademark*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, p. 12 (“*While the Copyright Act does not create special categories of works, with separate schema for protection (except for semi-conductor chips), the combination of certain specific provisions of the Act and judicial development have resulted in different, if not special, treatment for computer software, compilations and databases, historical and factual material, utilitarian works, architectural works, sound recordings, and fictional characters*”) Zie met betrekking tot de belangrijke rol die de onderscheiden categorieën auteursrechtelijk beschermde werken spelen bij de toepassing van het Amerikaanse auteursrecht, bijvoorbeeld ook: B. LEHMAN, *Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, DIANE Publishing, 1995, p. 42-43.

²⁷³ Zie op dit vlak bijvoorbeeld: Senate Report on the Semiconductor Chip Protection Act, Report No. 98-425, 98th Cong., 2d Sess, 1984, p.10-11 en House Report on the Semiconductor Chip Protection Act, H.R. Rep. No. 781, 98th Cong., 2nd Sess. 1984, p.8 e.v.; Dit betekent niet dat dit de enige discussie was. Zie met betrekking tot het vereiste dat chips met moesten kunnen kwalificeren als ‘writings’ in de zin van art. I, sect.8, 8 van de Amerikaanse Grondwet, bijvoorbeeld: House Report on the Semiconductor Chip Protection Act, H.R. Rep. No. 781, 98th Cong., 2nd Sess. 1984, p.16, vtnt 36.

²⁷⁴ 17 United States Code § 102, a).

²⁷⁵ 17 United States Code § 101.

valt, de betrokken incorporatie van inspanningen enkel aanleiding kan geven tot auteursrechtelijke bescherming indien deze de combinatie van ‘functional article’- en ‘separability’-test doorstaat. De ‘functional article’-test toetst daarbij met name in eerste instantie of ‘pictorial, graphic, and sculptural works’ te kwalificeren zijn als een ‘useful article’. Een incorporatie van inspanningen geldt daarbij als een ‘useful article’ indien deze een intrinsiek functionele gerichtheid heeft, die er niet in bestaat zich louter te tonen of informatie over te dragen²⁷⁶. De ‘separability’-test gaat dan in tweede instantie na of een incorporatie van inspanningen die én onder de categorie van ‘pictorial, graphic, and sculptural works’ valt én een ‘useful article’ uitmaakt, over picturale, grafische of sculpturale kenmerken beschikt die onafhankelijk en te onderscheiden zijn van haar kenmerken met een functionele gerichtheid. Enkel indien de betrokken incorporatie van inspanningen inderdaad dergelijke picturale, grafische of sculpturale kenmerken heeft die onafhankelijk en te onderscheiden zijn van haar kenmerken met een functionele gerichtheid, kan deze incorporatie van inspanningen dan aanleiding geven tot het toekennen van auteursrechtelijke bescherming onder de categorie ‘pictorial, graphic, and sculptural works’²⁷⁷. Het slagen in deze ‘separability’-test gekoppeld aan een ‘useful article’-test is eigen aan de categorie van ‘pictorial, graphic, and sculptural works’ en vormt geen vereiste voor het toekennen van auteursrechtelijke bescherming buiten deze categorie van auteursrechtelijk beschermde werken²⁷⁸.

Het centrale twistpunt met betrekking tot een eventuele auteursrechtelijke bescherming van chips, was nu zoals aangegeven, of dit dwingend te beoordelen was in kader van de specifieke categorie van ‘pictorial, graphic, and sculptural works’ en de daarbij geldende ‘functional article’- en ‘separability’-test. Daarbij was van meet af aan duidelijk dat de analyse maken dat chips als potentiële ‘pictorial, graphic, and sculptural works’ kwalificeren hen dus zou onderwerpen aan de ‘functional article’- en ‘separability’-test en dus ook zou impliceren dat nauwelijks sprake kan zijn van een auteursrechtelijk bescherming rond chips. Chips zullen immers door hun gerichtheid op het opslaan en logisch bewerken van data in de vorm van binaire, elektronische spanningsverschillen, in de regel kwalificeren als ‘useful articles’. Chips zullen doorgaans ook nauwelijks auteursrechtelijk beschermbare picturale, grafische of sculpturale kenmerken vertonen die onafhankelijk en te onderscheiden zijn van hun kenmerken gericht op deze opslag en bewerking van data.

Enerzijds was er in dit verband de opvatting dat het aangewezen was om chips auteursrechtelijke bescherming te laten genieten en hen buiten het bereik te houden van de ‘functional article’- en ‘separability’-test²⁷⁹. Het concrete middel daartoe zou er dan met name in bestaan hebben om, naast de ‘pictorial, graphic, and sculptural works’, een bijkomende categorie auteursrechtelijke beschermde werken te introduceren, namelijk ‘mask works’, waarvoor geen dergelijke ‘functional article’- en ‘separability’-test zou gegolden hebben²⁸⁰. De opvatting dat het

²⁷⁶ Zie 17 United States Code § 101 dat luidt: “A ‘useful article’ is an article having an intrinsic utilitarian function that is not merely to portray the appearance of the article or to convey information.”

²⁷⁷ Het aanknopingspunt in de wetgeving voor deze ‘separability’-test gekoppeld aan een ‘functional article’-test is met en ‘separability’-test is met name 17 United States Code § 101 dat stelt: “...the design of a useful article, as defined in this section, shall be considered a pictorial, graphic, or sculptural work only if, and only to the extent that, such design incorporates pictorial, graphic, or sculptural features that can be identified separately from, and are capable of existing independently of, the utilitarian aspects of the article.”; De introductie van deze ‘separability test’ ontstond uit een reactie van het Copyright Office op de uitspraak in: Supreme Court of the United States, 8 maart 1954 (*Mazer v. Stein*), 347 U.S. 201, 74 S.Ct. 1954, p. 460; Zie met betrekking tot deze ‘separability test’ bijvoorbeeld: B. KEYES, “Alive and Well: The (Still) Ongoing Debate Surrounding Conceptual Separability in American Copyright Law”, *Ohio State Law Journal* 2008, p.109-145; C. BUSSERT, “Copyright law: a review of the ‘separability test’ and a proposal for new design protection”, *Rutgers Computer & Technology Law Journal* 1983-1984, p. 59-101.

²⁷⁸ Zie in dit verband bijvoorbeeld: S. HALPERN, C. NARD, K. PORT, *Fundamentals of United States Intellectual Property Law: Copyright, Patent, Trademark*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, p. 38; Vergelijk ook voor deze redenering in andere domeinen dan chips: H.R. Rep. No. 101-735, 101st Cong. 2d Sess. 20 (1990): “By creating a new category of protectable subject matter..., and therefore, by deliberately not encompassing architectural works as pictorial, graphic or sculptural works..., the copyrightability of architectural works shall not be evaluated under the separability test applicable to the pictorial, graphic, sculptural works embodied in useful articles.”

²⁷⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: Senate Report on the Semiconductor Chip Protection Act, Report No. 98-425, 98th Cong., 2d Sess, 1984, p.1 e.v..

²⁸⁰ Zie in die zin de toelichting bij het geplande wetsvoorstel in: Senate Report on the Semiconductor Chip Protection Act, Report No. 98-425, 98th Cong., 2d Sess, 1984, p. 10-11 (“‘Mask works’ are defined as series of related images embodying the pattern of the surface of the layers of semiconductor chips. A ‘mask’ is an

aangewezen was om chips langs deze weg auteursrechtelijke bescherming te laten genieten, ging daarbij voornamelijk terug op de volgende argumentatie. Ten eerste was er de analyse dat de bescherming van het bestaande auteursrecht zich in het verleden reeds verruimd had tot incorporaties van inspanningen die in belangrijke mate gericht waren op functionele taken, zonder dat dit aanleiding gegeven had tot grote problemen²⁸¹. Ten tweede was er dan de vaststelling dat kon aangenomen worden dat chips belangrijke gelijkenissen vertonen met incorporaties van inspanningen die reeds bescherming genoten onder het auteursrecht, bijvoorbeeld met kaarten of technische tekeningen²⁸². Ten slotte was er ook de overweging dat het praktisch en eenvoudig was om de intellectueelrechtelijke bescherming van chips te regelen binnen het auteursrecht. Een beroep doen op het auteursrecht om chips te beschermen, liet immers ook toe om daarbij terug te vallen op een reeks noties waarvan de betekenis nog weinig aanleiding tot discussie gaf binnen de rechtspraak en de rechtsleer. De introductie van een nieuw, *sui generis* intellectueel recht rond chips, zo was het idee, zou daarentegen aanleiding geven tot nieuwe interpretatievragen rond de inhoud en de afbakening van dit nieuwe intellectuele recht²⁸³. Een bijkomende overweging daarbij was overigens ook dat de aangewezen inhoudelijke bescherming van een *sui generis* intellectueel recht rond chips, onvermijdelijk veel gelijkenissen zou vertonen met de inhoudelijke bescherming die het auteursrecht reeds voorzag. Gezien de afbakenings- en interpretatie-vragen waartoe een *sui generis* intellectueel recht rond chips aanleiding kon geven, werd het vanuit die optiek dan ook weinig wenselijk geacht om ‘het wiel opnieuw uit te vinden’²⁸⁴.

Anderzijds was er echter de opvatting dat het net wenselijk was om chips auteursrechtelijke bescherming te ontfangen door hen als ‘pictorial, graphic, and sculptural works’ te zien en hen te laten falen bij de ‘functional article’- en ‘separability’-test. Deze opvatting steunde daarbij dan in het bijzonder op het argument dat het van fundamenteel belang was om het auteursrecht geen toepassing te laten vinden op incorporaties van inspanningen die in wezen volledig gericht waren op een andere functie dan het louter zich tonen en het inspelen op de zin voor esthetiek. Dit argument ging daarbij dan met name terug op de analyse dat het onwenselijk was om een intellectueelrechtelijke bescherming toe te kennen rond functionele incorporaties van inspanningen die geen blijk geven van een exceptioneel resultaat van inspanningen, omdat dit al te ver gaan zou gaan in het verhinderen van

embodiment of one of the images in the mask work; it is used like a stencil to etch a layer of a semiconductor chip. This Section provides that masks and mask works are not pictorial, graphic or sculptural works under the Copyright Act.”).

²⁸¹ Senate Report on the Semiconductor Chip Protection Act, Report No. 98-425, 98th Cong., 2d Sess, 1984, p. 12 (“*First, the history of the expansion of copyright protection to new forms of expression indicates that, while the extension of protection to mask works requires taking a step beyond the present boundaries of copyright, it does not involve a giant leap. Although the most familiar types of subject matter of copyright protection, such as books or graphic works, may seem far removed from utilization expressions, such as mask works, copyright today protects a vast range of works, some of which have value almost exclusively as utilitarian objects.*”).

²⁸² Senate Report on the Semiconductor Chip Protection Act, Report No. 98-425, 98th Cong., 2d Sess, 1984, p.13 (“*Second, the similarities between mask works and the kinds of expression already protected by copyright should not be underestimated. Masks are akin, both in function and appearance, to maps and technical drawings, which have long been accepted as subjects of copyright. Mask works are also like film images in many ways;... The patterns etched or deposited on semiconductor material, and the masks used as stencils for the manufacture of these chips, are not visually dissimilar to pictorial and graphic works that are clearly copyrightable. In light of all these similarities, it is not surprising that the existing framework of copyright protection would suffice, with "a minimum amount of distortion", to provide protection against chip piracy.*”).

²⁸³ Senate Report on the Semiconductor Chip Protection Act, Report No. 98-425, 98th Cong., 2d Sess, 1984, p.13 (“*Third, inclusion of chip protection within Federal copyright law would encourage certainty and stability within the field of semiconductor chip design. Applicable precedents under Federal copyright law would provide explicit guidance to the innovator, the practitioner of reverse engineering, and the would-be copist. The alternative approach of a new statute, containing many new concepts and terms, would promote uncertainty and invite costly litigation to define the parameters of the new form of protection.*”).

²⁸⁴ Senate Report on the Semiconductor Chip Protection Act, Report No. 98-425, 98th Cong., 2d Sess, 1984, p.13 (“*Fifth, the copyright approach recommends itself by its simplicity and economy. While it is true that it is not appropriate to incorporate every principle of copyright protection in the context of semiconductor chip products, the necessary adjustments are far more limited than the effort that would be required to create a new form of "copyrightlike" protection. Any Sui generis statute would inevitably borrow heavily from copyright principles and concepts. It makes more sense to include mask works within the existing framework of copyright law, with adjustments as appropriate, rather than to "reinvent the wheel" by reiterating standard copyright concepts in a new chapter of Title 17, or elsewhere in the U.S. Code.*”).

de totstandkoming van substituten²⁸⁵. Eventuele gelijkenissen en analogieën tussen chips en incorporaties van inspanningen die reeds bescherming genoten binnen het auteursrecht, waren volgens deze opvatting dan ook irrelevant en misleidend, in zoverre zij voorbij gingen aan het fundamentele principe dat incorporaties van inspanningen met een volledig functionele gerichtheid, geen bescherming behoren te genieten op grond van het auteursrecht. Het House Report rond de Semiconductor Chip Protection Act stelt in dit verband uitdrukkelijk: “*Stated somewhat differently, a mask work is not a book. The proposed legislation does not engage in the legal ‘fiction’ of treating books and mask works similarly. It does not suffer from the ‘fallacy of analogy’ ...*”²⁸⁶. Zoals zo meteen aan bod komt, is deze overweging opmerkelijk te noemen, in het licht van de redenering die uiteindelijk gevolgd werd met betrekking tot een mogelijke auteursrechtelijke bescherming van computerprogramma’s.

Binnen het Britse recht was het dan vooral de vraag of chips auteursrechtelijke bescherming konden genieten onder de categorie ‘artistic works’, met name als ‘works of artistic craftsmanship’ of als ‘drawings’, ‘photographs’ of ‘engravings’. De eerste vraag daarbij was dan met name of de chip zelf, *direct* auteursrechtelijke bescherming kon genieten als ‘work of artistic craftsmanship’. In dit verband vormde de gerichtheid van chips op het bereiken van een andere functie, dan het louter zich tonen en het inspelen op de zin voor esthetiek, echter een belangrijke hinderpaal²⁸⁷. Het gegeven dat de auteurswet uitdrukkelijk sprak van ‘works of *artistic* craftsmanship²⁸⁸ had de rechtspraak er immers in het verleden reeds toe aangezet om aan te nemen dat deze kwalificatie geen toepassing kon vinden op incorporaties van inspanningen waaraan een persoon geen ‘esthetische genoegdoening’ ontleende door hen te bekijken²⁸⁹.

De tweede vraag was dan of de chip eventueel *indirect* auteursrechtelijke bescherming kon genieten via een kwalificatie als ‘drawing’, ‘photograph’ of ‘engraving’ van, onder meer, de ontwerptekeningen en ‘maskers’ die gebruikt waren bij zijn vervaardiging. Daarbij werd aangenomen dat de gerichtheid van chips op niet-esthetische, functionele taken, geen hinderpaal vormde om de ontwerptekeningen en ‘maskers’ die gebruikt waren bij hun vervaardiging, te laten kwalificeren als ‘drawing’, ‘photograph’ of ‘engraving’²⁹⁰. Het argument hiervoor was dan met name dat de auteurswet uitdrukkelijk aangaf dat ‘drawings’, ‘photographs’ en ‘engravings’ auteursrechtelijk beschermde werken konden uitmaken “*irrespective of artistic quality*”²⁹¹. De moeilijkheid echter om langs deze indirecte weg, ook tot een auteursrechtelijk bescherming te komen van de uiteindelijk vervaardigde chip, was dat de auteurswet daartoe een specifieke voorwaarde stelde. De auteurswet stelde namelijk dat de bescherming van een twee-dimensionale vormgeving zich ook uitstreckte tot haar reproductie in een drie-dimensionale

²⁸⁵ House Report on the Semiconductor Chip Protection Act, H.R. Rep. No. 781, 98th Cong., 2nd Sess. 1984, p. 8 (“*The prohibition against copyright in useful articles is a fundamental principle of our copyright laws, adhered to for the nearly 200 years of their existence. In philosophical terms, the prohibition rests on the distinction between protection for expression and nonprotection for ideas under copyright, and on the differences in scope, standards, term, and purpose of the patent and copyright systems. In pragmatic terms, the nonprotection of useful articles that do not meet the patent standards of novelty and invention represents a societal judgment that the public benefits from relatively unhampered imitative copying of non-novel useful articles, unless the conduct is so predatory that it should be curtailed by unfair competition, or perhaps trade secrecy, laws. Other countries have established design protection laws, based on modified copyright and patent principles, to fill some of the gap between copyright and patent protection for designs applied to useful articles. The Congress has rejected this course to date.*”).

²⁸⁶ House Report on the Semiconductor Chip Protection Act, H.R. Rep. No. 781, 98th Cong., 2nd Sess. 1984, p. 6.

²⁸⁷ Zie in dit verband bijvoorbeeld: R. HART, “Legally Protecting Semiconductor Chips in the UK”, *E.I.P.R.* 1985, p. 261.

²⁸⁸ Art 3,(1),(c) Britse Copyright Act 1956; Zie in die zin ook het huidige art. 4,(1),(c) Britse Copyright, Designs and Patents Act 1988.

²⁸⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: High Court of Justice – Chancery Division, 13 april 1984 (*Merlet v. Mothercare*), *F.S.R.* 1984, p. 358

²⁹⁰ Zie in dit verband bijvoorbeeld: K. HODKINSON, *Protecting and exploiting new technology and designs*, London, Spon, 1987, 422 p.; R. HART, “Legally Protecting Semiconductor Chips in the UK”, *E.I.P.R.* 1985, p. 261.

²⁹¹ Art 3(1) Britse Copyright Act 1956, bepaald meerbepaald: “*In the Act ‘artistic work’ means a work of any of the following description, that is to say – (a) the following irrespective of artistic quality, namely paintings, sculptures drawings, engravings and photographs;...*” Zie in die zin ook het huidige art 4,(1),(a) Britse Copyright, Designs and Patents Act 1988.

vormgeving²⁹², maar enkel op voorwaarde dat een niet-expert ook kon herkennen dat de drie-dimensionale vormgeving een reproductie was van de twee-dimensionale vormgeving²⁹³.

Voor een eventuele auteursrechtelijke bescherming rond de uiteindelijk, vervaardigde chip was het dus concreet de vraag of een niet-expert de ontwerptekeningen en ‘maskers’, die gebruikt waren bij zijn vervaardiging, kon herkennen in deze chip. Volgens sommige auteurs was het vervullen van deze voorwaarde weliswaar niet steeds vanzelfsprekend maar evenmin onoverkomelijk, gezien de grote bereidheid in de rechtspraak om te aanvaarden dat in dit verband een dergelijke herkenbaarheid voorlag²⁹⁴.

Ook bij computerprogramma’s was het binnen de Common Law landen dan de vraag of de functionele gerichtheid van computerprogramma’s het onmogelijk maakte om hen auteursrechtelijke bescherming te verlenen onder een categorie auteursrechtelijke beschermde werken. Een computerprogramma is er immers, zoals aangegeven, op gericht om een computer een bepaalde taak te laten uitvoeren en staat in dat opzicht eveneens ver van de incorporaties van inspanningen met een overwegend esthetische gerichtheid die traditioneel als het toepassingsgebied gelden van het auteursrecht.

De concrete discussie met betrekking tot een auteursrechtelijke bescherming rond computerprogramma’s spitste zich daarbij binnen de Common Law landen vooral toe op de volgende vraag: in hoeverre vormde de gelijkenis tussen de beschrijvingen in bron- of objectcode van computerprogramma’s en traditionele incorporaties van inspanningen onder de categorie ‘literary works’, een geldig argument om te aanvaarden dat niet alleen deze beschrijvingen maar ook de binnen een computer quasi-direct uitvoerbare manifestaties van computerprogramma’s bescherming kunnen genieten als ‘literary works’²⁹⁵. Hierbij is dan meteen op te merken dat computerprogramma’s beoordelen vanuit de specifieke categorie van ‘literary works’ een belangrijke implicatie had. Dit betekende immers dat de uitgesproken functionele gerichtheid van computerprogramma’s geen onoverkomelijke hindernis hoefde te zijn voor hun auteursrechtelijke bescherming. In het Amerikaanse recht hield een kwalificatie als ‘literary works’ immers in dat computerprogramma’s niet onderworpen waren aan de hierboven besproken ‘functional article’-test en ‘separability’-test rond ‘pictorial, graphic, and sculptural works’. Ook in het Britse recht was er binnen de omschrijving van de notie ‘literary works’ geen direct aanknopingspunt voorzien om incorporaties van inspanningen die voor het overige aan de omschrijving van een literary work voldeden, alsnog auteursrechtelijke bescherming te ontzeggen wegens hun functionele gerichtheid. Bij de discussie rond een auteursrechtelijke bescherming van computerprogramma’s was het in de Common Law landen, in het licht van een mogelijke kwalificatie als ‘literary work’, in elk geval wel gebruikelijk om een onderscheid te maken tussen de onderscheiden zintuiglijk waarneembare manifestaties van een computerprogramma.

Rond de beschrijvingen van computerprogramma’s in broncode en zelfs in objectcode werd uiteindelijk, zowel in het Amerikaanse als het Britse recht, relatief gemakkelijk aanvaard dat zij konden kwalificeren als een ‘literary

²⁹² Art 48, (1) Britse Copyright Act 1956, bepaalde immers: “*Reproduction in the case of ... an artistic work includes a version produced by converting the work into a three-dimensional form or if it is in three dimensions, by converting it into a two-dimensional form,...*”; In die zin ook het huidige art. 17, (3) Britse Copyright, Designs and Patents Act 1988.

²⁹³ Art 9(8) Britse Copyright Act 1956, bepaalde met name: “*The making of an object of any description which is in three dimensions shall not be taken to infringe the copyright in an artistic work in two dimensions, if the object would not appear, to person who are not experts in relation to object of that description, to be a reproduction of the artistic work.*”.

²⁹⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: R. HART, “Legally Protecting Semiconductor Chips in the UK”, *E.I.P.R.* 1985, p. 262.

²⁹⁵ Zie in dit verband bijvoorbeeld: P. SAMUELSON, “CONTU revisited: the case against copyright protection for computer programs in machine readable form”, *Duke Law Journal* 1984, p. 663-769; D. BAINBRIDGE, *Intellectual Property*, Harlow, Pearson 2007, p.230 e.v. en G. DWORKIN en R. TAYLOR, *Blackstone’s guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988: the law of copyright and related rights*, London, Blackstone, 1989, p. 180 e.v.; Dit betekent niet dat dit de enige discussie was. Zie met betrekking tot de discussie of computerprogramma’s binnen het Amerikaanse recht ook konden kwalificeren als ‘writings’ in de zin van art. I, sect.8, 8 van de Amerikaanse Grondwet, bijvoorbeeld: National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, *Final Report*, 31 juli 1978 (hierna: CONTU-report), p. 14; M. OGDEN, “Protection of Computer Software - A Hard Problem”, *Drake Law Review* 1976-1977, p. 180 e.v.; T. BURKE, “Software Protection: Patents, Copyrights, and Trade Secrets”, *Albany Law Review* 1970-1971, p. 707.

work'. Deze opvatting steunde daarbij in beide gevallen sterk op het argument dat het creëren van de beschrijving van een computerprogramma in broncode en in objectcode, net zoals bij de creatie van traditionele 'literary works' zoals boeken, inhield dat symbolen vastgelegd werden in een bepaald medium²⁹⁶. Een bezwaar tegen de kwalificatie van computerprogramma's als 'literary work', zowel in het Amerikaanse als het Britse recht, was soms het volgende: dat de beschrijvingen van computerprogramma's in broncode en zeker in objectcode, onvoldoende in staat waren om mensen informatie of literair genot te verschaffen, terwijl, minstens het verschaffen van informatie, toch als een wezenlijk vereiste gezien werd voor een kwalificatie als 'literary work'²⁹⁷. Dit bezwaar werd echter in beide gevallen weerlegd door er op te wijzen dat de vereiste om mensen informatie te verschaffen met het oog op een kwalificatie als 'literary work' een zeer lage drempel inhield. Zowel in het Amerikaanse als het Britse recht, werd daarbij dan met name aangehaald dat de rechtspraak in het verleden reeds aanvaard had dat een lijst met codewoorden een 'literary work' kon zijn, ook al hadden de betrokken codewoorden voor de meeste mensen geen betekenis²⁹⁸. Uiteindelijk werd het slechts als een kleine stap gezien om dan te aanvaarden dat ook beschrijvingen van computerprogramma's in broncode en objectcode naar hun aard 'literary works' konden uitmaken²⁹⁹.

De vraag of ook de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van computerprogramma's een auteursrechtelijke bescherming konden genieten onder de bestaande werkcategorieën zorgde echter voor veel meer discussie binnen het Amerikaanse en Britse recht. Deze discussie was daarbij dan getekend door het uitgangspunt dat, zoals zonet besproken, de beschrijving van een computerprogramma in broncode en objectcode auteursrechtelijke bescherming kon genieten als 'literary work'.

Eenzijds was er nu de opvatting dat de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van computerprogramma's niet onder de categorie 'literary works' konden vallen en dat het in wezen onwenselijk was om rond deze quasi-direct

²⁹⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, *Final Report*, 31 juli 1978, p. 15 ("a program is created, as are most copyrighted works, by placing symbols in a medium. In this respect, it is the same as a novel, poem, play, musical score, blueprint, advertisement, or telephone directory."); Kritisch met betrekking tot deze analogie, bijvoorbeeld: P. SAMUELSON, R. DAVIS, M. D. KAPOR en J.H. REICHMAN, "A manifesto concerning the legal protection of computer programs", *Colum. L. Rev.* 1994, p. 2320 (waar zij aangeven dat de correcte analogie volgens hen de volgende is: "Programs are Machines whose medium of construction is text").

²⁹⁷ Zie met betrekking tot deze bezwaren, bijvoorbeeld: D. BAINBRIDGE, *Intellectual Property*, Harlow, Pearson 2007, p.230 e.v. en G. DWORKIN en R. TAYLOR, *Blackstone's guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988: the law of copyright and related rights*, London, Blackstone, 1989, p. 180 e.v.; In het Britse recht gaat dit criterium met name terug op de overweging in de *Hollinrake v. Truswell*-zaak die luidt: "...a literary work is intended to afford either information and instruction, or pleasure, in the form of literary enjoyment." Court of Appeal, 8 augustus 1894 (*Hollinrake v. Truswell*), 3 Ch. 1894, p. 420 (p.428); Zie in die zin bijvoorbeeld ook de aangehaalde bezwaren die door het hof weerlegd worden in: United States Court of Appeals, Third Circuit, 30 augustus 1983 (*Apple Computer v. Franklin Computer*), 714 F.2d 1983, p.1240 (p.1249).

²⁹⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: King's Bench Division, 8 juni 1917 (*Anderson & Co. v. The Lieber Code Company*), 2 K.B. 1917, p.469; *Reiss v. National Quotation Bureau, Inc.*, 276 Fed. 717, 719 (S.D.N.Y. 1921).

²⁹⁹ United States Court of Appeals, Third Circuit, 30 augustus 1983 (*Apple Computer v. Franklin Computer*), 714 F.2d 1983, p.1240 (p.1249); High Court of Justice - Chancery Division, 2 juli 1982 (*Sega Enterprises v. Richards*), F.S.R. 1983, p. 73 (p. 75); Zie in dit verband ook: H. LADDIE, P. PRESCOTT en M. VITORIA, *The modern law of copyright*, London, Butterworth, 1980, p.93; Vergelijk in die zin ook: High Court of Australia at Canberra, 6 mei 1986 (*Computer Edge v. Apple Computer*), F.S.R. 1986, p. 537 (p.547: "...a source program is a literary work, and the print-out of an object program may be a literary work"); National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, *Final Report*, 31 juli 1978, p. 16 ("As to the location of programs within the classes of copyrightable works set out in section 102 (a), the House Report makes it clear that Congress perceived programs to be "literary works": The term "literary works" does not connote any criterion of literary merit or qualitative value: it includes catalogs, directories, and similar factual, reference, or instructional works and compilations of data. It also includes computer databases and computer programs to the extent that they incorporate authorship in the programmer's expression of original ideas, as distinguished from the ideas themselves (...)). Zie in dit verband ook het zogeheten Whitford-Rapport, dat reeds in 1977 aangaf dat het begrip "literary works" breed genoeg was om computerprogramma's te omvatten ongeacht of het computerprogramma direct kon waargenomen worden of enkel met behulp van een machine of een apparaat. Committee to consider the law on Copyright and Designs, *Report of the committee to consider the law on Copyright and Designs*, London, H.M.S.O., 1977, p.127-128.

uitvoerbare manifestaties van computerprogramma's auteursrechtelijke bescherming te verlenen. Het werd daarbij immers als een te verre gaande verdraaiing van de notie 'literary works' gezien, indien dit begrip ook zou slaan op elektrische impulsen, die nooit de bedoeling hebben en nauwelijks in staat zijn om een betekenis mee te delen aan mensen³⁰⁰. Binnen het Amerikaanse recht was er bijvoorbeeld de opvatting dat een auteursrechtelijke bescherming rond de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van computerprogramma's noodzakelijk te beoordelen was in het licht van de specifieke categorie van 'pictorial, graphic, and sculptural works' en daarrond geldende 'functional article'-test en 'separability'-test³⁰¹. Bij uitbreiding, over de concrete werkcategorieën heen, was er de analyse dat het fundamenteel onwenselijk was dat dergelijke uitgesproken functionele incorporaties van inspanningen zoals de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van computerprogramma's een auteursrechtelijke bescherming zouden verkrijgen³⁰².

Anderzijds was er echter de opvatting dat het aangewezen was om aan te nemen dat een auteursrechtelijke bescherming rond computerprogramma's als 'literary work' mogelijk was, niet alleen met betrekking tot hun beschrijvingen in bron- en objectcode, maar ook rond hun quasi-direct uitvoerbare manifestaties³⁰³. Een belangrijke argument voor deze opvatting was met name dat de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma in wezen telkens te beschouwen waren als reproducties of adaptaties van hun beschrijvingen in bron- of objectcode waarrond, zoals aangegeven, weinig discussie bestond dat deze 'literary works' konden uitmaken³⁰⁴. Deze opvatting ging daarbij uit van de analyse dat, gezien de vaak sterk functionele soorten

³⁰⁰ In dit verband is de invloed binnen het Britse recht niet te onderschatten van de Australische beslissing in het geschil tussen *Computer Edge* en *Apple Computer*. In deze zaak stelde het High Court of Australia at Canberra uiteindelijk dat: "...the question is whether the object program as embodied in the ROM--the sequence of electrical impulses or the pattern of circuits--was a "work," i.e. a literary work, for it was not a dramatic, musical or artistic work. It seems to me a complete distortion of meaning to describe electrical impulses in a silicon chip, which cannot be perceived by the senses and are not intended to convey any message to a human being and which do not represent words, letters, figures or symbols as a literary work;" High Court of Australia at Canberra, 6 mei 1986 (*Computer Edge v. Apple Computer*), F.S.R. 1986, p. 537 (p.547); Zie met betrekking tot de invloed van de beslissingen binnen deze zaak binnen het Britse recht: D. BAINBRIDGE, *Intellectual Property*, Harlow, Pearson 2007, p. 231.

³⁰¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: P. SAMUELSON, "CONTU revisited: the case against copyright protection for computer programs in machine readable form" *Duke Law Journal* 1984, p. 663 e.v. (in het bijzonder p. 741 e.v.) Anders echter: United States Court of Appeals, Third Circuit, 30 augustus 1983 (*Apple Computer v. Franklin Computer*), 714 F.2d 1983, p.1240 (p.1251-1252).

³⁰² Zie in die zin bijvoorbeeld: S. LAL, *The copyright protection of computer software in the United Kingdom*, Oxford (o.a.), Hart, 2000, p. 7; D. KARJALA, "A Coherent Theory for the Copyright Protection of Computer Software and Recent Judicial Interpretations", *U.Cin.L.Rev.* 1997-1998, p.53 e.v.; P. SAMUELSON, R. DAVIS, M. D. KAPOR en J.H. REICHMAN, "A manifesto concerning the legal protection of computer programs", *Colum. L. Rev.* 1994, p. 2308 e.v..

³⁰³ Zie in die zin bijvoorbeeld: *Apple Computer v. Franklin Computer*, waar het standpunt was dat "...a computer program, whether in object code or source code, is a "literary work" and is protected from unauthorized copying, whether from its object or source code version" en dit op grond van de overweging dat "The definition of 'literary works' in section 101 includes expression not only in words but also "numbers, or other ... numerical symbols or indicia", thereby expanding the common usage of 'literary works.'" United States Court of Appeals, Third Circuit, 30 augustus 1983 (*Apple Computer v. Franklin Computer*), 714 F.2d 1983, p.1240 (p.1249) onder verwijzing naar § 101 van Titel 17 United States Code, Hoofdstuk 9.

³⁰⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: High Court of Justice - Chancery Division, 2 juli 1982 (*Sega Enterprises v. Richards*), F.S.R. 1983, p. 73 (p.75): "On the evidence before me in this case I am clearly of opinion that copyright under the provisions relating to literary works in the Copyright Act 1956 subsists in the assembly code program of the game "Frogger." The machine code program derived from it by the operation of part of the system of the computer called the assembler is to be regarded, I think, as either a reproduction or an adaptation of the assembly code program, and accordingly for the purposes of deciding this motion I find that copyright does subsist in the program.") Uit de omstandigheden van de betrokken zaak en de bereidheid van de rechter om een prima facie inbreuk te aanvaarden blijkt volgens ons echter dat het begrip "machine code program" hier ook de binnen een computer direct of quasi direct uitvoerbare zintuiglijk waarneembare manifestaties van het computerprogramma omvat; Vergelijk in dit verband ook: National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, *Final Report*, 31 juli 1978, p. 22-23 ("When a program is copied into the memory of a computer, it still exists in a form from which a human-readable version may be produced. That is, the copy in the computer's memory may be duplicated, just as a version listed on paper or coded on magnetic tape may be. Only when the program is inserted— instruction by instruction— into the processing element of the computer and electrical impulses are sent through

incorporaties van inspanningen die op dat moment reeds auteursrechtelijk bescherming genoten, er uiteindelijk geen ernstige problemen te verwachten waren, indien het auteursrecht eveneens bescherming zou gaan bieden rond de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van computerprogramma's³⁰⁵.

De zonet beschreven discussie in de Common Law Landen rond de wenselijkheid van een auteursrechtelijke bescherming rond chips en computerprogramma's ging daarbij naar onze mening nu eveneens in wezen terug op de logica van het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen'. Dit was niet alleen het geval indien uitdrukkelijk argumenten aangehaald werden rond de functionele gerichtheid van chips en computerprogramma's, eventueel in verhouding tot de 'waarde' van het resultaat van inspanningen dat in de regel vervat ligt in chips en computerprogramma's. Dit was volgens ons ook vaak het geval indien bij deze discussie op het eerste gezicht een loutere begripsuitlegging op de voorgrond stond rond de door de auteurswetgeving opgesomde en gedefinieerde categorieën auteursrechtelijk beschermde werken.

De noties rond de werkcategorieën die centraal stonden bij de discussie rond een auteursrechtelijke bescherming van chips en computerprogramma's, hebben volgens ons immers uiteindelijk hun wortels in de traditionele benadering van de grenzen en de taak van het auteursrecht volgens het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen'. Binnen deze benadering geldt de 'beschermingsomvang' van het auteursrecht dan met name als het meest 'verdienstelijk' indien sprake is van een niet-exceptioneel resultaat van intellectuele arbeid dat toepassing vindt in de vormgeving van incorporaties van inspanningen met een esthetische gerichtheid. De logica is dan met name dat de esthetische gerichtheid van de betrokken incorporaties van inspanningen een voldoende aantal 'substituten' moet garanderen voor incorporaties van dit resultaat van inspanningen, waardoor de beperkte 'waarde' van dit resultaat van inspanningen niettemin zal volstaan om de te verwachten 'tekortkomingen' van een auteursrechtelijke bescherming rond dit resultaat van inspanningen, goed te maken door de te verwachten verdiensten van deze bescherming.

Doorheen de omschrijving en gebruikelijke interpretatie van de betrokken werkcategorieën stellen we dan met name vast dat zij op de volgende wijzen deze traditionele opvattingen omzetten rond de grenzen van het auteursrecht volgens het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen'. Enerzijds, wordt er voor geopteerd om werkcategorieën op te bouwen rond specifieke types incorporaties van intellectuele arbeid, waarvan – eventueel dankzij een erg gedetailleerde omschrijving van het betrokken types incorporaties van inspanningen – zonder meer aan te nemen is dat ze naar hun aard 'passen' binnen de grenzen van het auteursrecht, geredeneerd vanuit de traditionele benadering van het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen'. Een goed voorbeeld van deze benadering is de categorie 'literary works'. Anderzijds, in gevallen waar het gaat om types incorporaties van intellectuele arbeid die naar hun aard geen dergelijke garantie bieden dat ze 'passen' binnen de grenzen van het auteursrecht, geredeneerd vanuit de traditionele benadering van het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen', vraagt de betrokken werkcategorie bijkomend garanties in dit verband. Een voorbeeld van deze benadering is dan de specifieke categorie van 'pictorial, graphic, and sculptural works' binnen het Amerikaanse recht en de daarrond geldende 'functional article'- en 'separability'-test.

De onderliggende vraag bij de discussie of het passend was om de betrokken bestaande werkcategorieën zo te interpreteren dat ze ook een auteursrechtelijke bescherming rond chips en computerprogramma's toelieten, was volgens ons dan ook steeds de volgende: of bij chips en computerprogramma's in de regel sprake is van een verhouding tussen de 'waarde' van het betrokken resultaat van inspanningen, enerzijds, en 'beschikbare substituten' voor incorporaties van dit resultaat van inspanningen, anderzijds, die maakt dat een auteursrechtelijke beschermingsomvang rond het betrokken resultaat van inspanningen verdienstelijk zal zijn. Het was daarbij het antwoord op deze onderliggende vraag die aangaf wat rechtsleer, rechtspraak en wetgevers als de grenzen zagen van een 'passende' interpretatie van de bestaande werkcategorieën en hoe zij de wenselijkheid beoordeelden van een auteursrechtelijke bescherming rond chips en computerprogramma's. In zoverre er echter uiteenlopende inschattingen bestonden rond het antwoord op de betrokken onderliggende vraag, waren er dan ook uiteenlopende

the circuitry of the processor to initiate work is the ability to copy lost. ... Should a line need to be drawn to exclude certain manifestations of programs from copyright, that line should be drawn on a case-by-case basis by the institution designed to make fine distinctions— the federal judiciary.”).

³⁰⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, *Final Report*, 31 juli 1978, p. 15.

standpunten rond de grenzen van een passende interpretatie van de noties en omschrijvingen van de concrete werkcategorieën in het licht van chips en computerprogramma's.

c.2. De discussie binnen Europees continentale rechtssystemen

In landen met een Europees Continentale rechtstraditie draaide de discussie rond de wenselijkheid van een auteursrechtelijke bescherming van chips en computerprogramma's veeleer rond de volgende vraag: of de verhouding tussen het 'originele' resultaat van intellectuele arbeid dat vervat ligt in chips en computerprogramma's en hun uitgesproken functionele gerichtheid, toeliet om hen een wenselijke bescherming te bieden binnen het auteursrecht³⁰⁶.

Binnen de Europees Continentale rechtstraditie sloot de discussie rond de wenselijkheid van een auteursrechtelijke bescherming van chips en computerprogramma's daarmee nadrukkelijk aan bij de logica van het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen'. De grote bezorgdheid was immers dat een auteursrechtelijk bescherming rond een chip of een computerprogramma, gezien de uitgesproken functionele gerichtheid van incorporaties van inspanningen, al snel zeer ver kon gaan in het verhinderen van substituten voor de betrokken chips of het betrokken computerprogramma³⁰⁷. In termen van het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen' betrof deze bezorgdheid dus de mogelijke 'tekortkomingen' van het verlenen van een auteursrechtelijke bescherming rond chips en computerprogramma's. De vraag die in het licht van deze bezorgdheid centraal kwam te staan was dan met name de volgende: of bij het aanvaarden van een auteursrechtelijke bescherming rond chips en computerprogramma's nog voldoende garanties voorliggen dat de 'waarde' van het betrokken resultaat van inspanningen, eventuele verregaande beperkingen kon verantwoorden rond het creëren en gebruiken van substitueerbare chips en computerprogramma's. Deze vraag sluit daarbij aan bij de logica van het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen' die de 'waarde' van het resultaat van inspanningen als indicator neemt om de 'verdiensten' in te schatten van het verlenen van bescherming rond het betrokken resultaat van inspanningen. In deze vraag ligt ook de centrale afweging vervat tussen 'verdiensten' en 'tekortkomingen' van het verlenen van bescherming die het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen' naar voor schuift om de wenselijkheid te beoordelen van een bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht.

In de eerste plaats werd de wenselijkheid van een auteursrechtelijk bescherming rond chips en computerprogramma's dan met name bediscussieerd op grond van bovenvermelde traditionele benadering om op grond van het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen' de taak en de grenzen te bepalen van het auteursrecht binnen het intellectuele eigendomsrecht.

Binnen deze traditionele benadering is, zoals aangegeven, de 'beschermingsomvang' van het auteursrecht, aan de orde indien de volgende twee elementen gegeven zijn: ten eerste, dat een voldoende resultaat van intellectuele arbeid voorligt, weliswaar zonder dat dit een exceptioneel vernieuwend karakter moet hebben, en, ten tweede, dat dit resultaat van intellectuele arbeid toepassing vindt in de vormgeving van incorporaties van inspanningen met een esthetische gerichtheid. Deze traditionele benadering acht het zoals aangegeven immers cruciaal om bij de vaststelling van de aangewezen mate van bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht consequent een afweging te maken in licht van zowel de indicaties rond de te verwachten 'verdiensten' als de indicaties rond de te verwachten 'tekortkomingen' van het verlenen van bescherming. De logica rond de taak en de grenzen van het auteursrecht is binnen deze traditionele benadering dan opnieuw de volgende: de esthetische gerichtheid van de incorporaties van het resultaat van inspanningen moet een voldoende aantal 'substituten' garanderen voor deze

³⁰⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: H. VANHEES, "Het Belgische sui generis beschermingsregime voor chips: een nieuw industrieel eigendomsrecht", *R.W.* 1989-1990, p.1272; M. FLAMÉE en H. VANHEES, "Une Approche Européenne de la protection des "chips", *R.I.D.E.* 1989, p. 51-95; N. FERRY en D. HURSTEL, "La protection juridique des semi-conducteurs", *La Semaine Juridique. Cahiers de Droit de l'Entreprise* 1986, (Études et Commentaires 14800) p. 677 ; G. VANDENBERGHE, "Softwarebescherming in de U.S.A.: een voorbeeld voor Europa?", *B.I.E.* 1985, p. 54; P. HUGENHOLTZ, "Juridische bescherming van chips", *B.I.E.* 1985, p.132; R. PLAISANT, "La protection du logiciel par le droit d'auteur (programme d'ordinateur)", *Gazette du Palais* 1983, respectievelijk, p.349 e.v.; E. ULMER en G. KOLLE, "Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen", *GRURInt* 1982, p.495.

³⁰⁷ Uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: G. VANDENBERGHE, "Softwarebescherming in de U.S.A.: een voorbeeld voor Europa?", *B.I.E.* 1985, p. 54.

incorporaties, waardoor ook de beperkte ‘waarde’ van dit resultaat van inspanningen niettemin zal volstaan om de te verwachten ‘tekortkomingen’ van een auteursrechtelijke bescherming rond dit resultaat van inspanningen, goed te maken door de te verwachten verdiensten van deze bescherming. Deze traditionele benadering van het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ ziet het daarbij, zoals aangegeven, ook als een belangrijke grens van het auteursrecht en de andere intellectuele rechten dat zij geen intellectueelrechtelijke bescherming verlenen rond incorporaties van inspanningen met een uitgesproken functionele gerichtheid die geen blijk geven van een exceptioneel vernieuwend resultaat van intellectuele arbeid.

Vanuit deze traditionele benadering binnen dit ‘denkkader’ rond ‘verdienste versus beperking’ was de grote discussie rond de wenselijkheid van een auteursrechtelijke bescherming rond chips en computerprogramma’s dan met name de volgende: of bij chips en computerprogramma’s in de regel sprake is van een verhouding tussen de ‘waarde’ van het betrokken resultaat van inspanningen, enerzijds, en ‘beschikbare substituten’ voor incorporaties van dit resultaat van inspanningen, anderzijds, die maakt dat een auteursrechtelijke beschermingsomvang rond het betrokken resultaat van inspanningen verdienstelijk zal zijn.

Een eerste concreet discussiepunt vanuit die optiek was dan met name of het resultaat van inspanningen dat in de regel vervat ligt in chips en computerprogramma’s voldoende ‘waardevol’ was om een ‘verdienstelijke’ auteursrechtelijke bescherming te garanderen rond chips en computerprogramma’s. Daarbij ging het er dus om of het resultaat van inspanningen dat vervat lag in chips en computerprogramma’s in de regel waardevol genoeg was om de auteursrechtelijke bescherming ervan die mate van ‘verdienste’ te laten toekomen die steeds nodig was om de te verwachten ‘tekortkomingen’ te kunnen overstijgen van het verlenen van een auteursrechtelijke bescherming. De opvattingen in dit verband liepen uiteen. Enerzijds was er de inschatting dat de ontwerparbeid bij het ontwikkelen van chips en computerprogramma’s in de regel te routinematig was om de drempel te bereiken van een eigen ‘origineel’ resultaat van intellectuele arbeid die het auteursrecht vereiste om te waken over de wenselijkheid van zijn toepassing³⁰⁸. Anderzijds, was er echter ook de opvatting dat de ontwerparbeid die chips en computerprogramma’s vroegen, meestal wel deze drempel haalde van een eigen ‘origineel’ resultaat van intellectuele arbeid³⁰⁹.

Een tweede concreet discussiepunt was dan of er in de regel voldoende substituten overbleven voor een bepaalde chip of een bepaald computerprogramma’s om een ‘verdienstelijke’ auteursrechtelijke bescherming te garanderen rond chips en computerprogramma’s. Bij dit discussiepunt was het dan met name de vraag of in de regel de ‘tekortkomingen’ van een auteursrechtelijke bescherming van chips en computerprogramma’s door het verhinderen van ‘substituten’, nog te compenseren waren door de te verwachten ‘verdiensten’ van een bescherming van het soort resultaten van inspanningen die de beschermingsvoorwaarden van het auteursrecht vereisen, met name gewone, niet-exceptionele resultaten van intellectuele arbeid. Ook in dit verband liepen de meningen uiteen. Aan de ene kant was er de opvatting dat een auteursrechtelijke bescherming van chips en computerprogramma’s de totstandkoming van substitueerbare chips en computerprogramma’s als snel zo verregaand zou verhinderen dat een aangewezen, ‘verdienstelijk’ toepassing van het auteursrecht niet maar gegeven was³¹⁰. Aan de andere kant was er echter ook de inschatting dat een auteursrechtelijke bescherming van chips en computerprogramma’s onproblematisch was omdat er technisch gezien meestal vele alternatieve vormgevingen mogelijk waren om een chip of een computerprogramma dezelfde functie te laten vervullen. In het geval van chips was de overweging dan

³⁰⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. DREIER, "Die Entwicklung des Schutzes integrierter Halbleiterschaltkreise", *GRUR Int* 1987, p.647, Bundesgerichtshof, 9 mei 1985 (*Inkasso-Programm*), *GRUR* 1985, 1041, Vergelijk op dit punt ook VANHEES, die met betrekking tot een eventuele auteursrechtelijke bescherming van chips schreef: "Zo lijkt het in ieder geval moeilijk om het in het auteursrecht gehanteerde originaliteitsvereiste, dat er op neerkomt dat het auteursrechtelijk beschermde werk het stempel van de persoonlijkheid van de maker moet dragen, hier toe te passen,..." H. VANHEES, "Het Belgische sui generis beschermingsregime voor chips: een nieuw industrieel eigendomsrecht", *R.W.* 1989-1990, p. 1272.

³⁰⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: Pres. Rb. Zwolle, 22 juli 1983, *B.I.E.*, 1983, p. 332 ("...dat aan de print met componenten een zekere creatieve inbreng van de ontwerper daarvan niet kan worden ontzegd."); Vergelijk ook: N. FERRY en D. HURSTEL, "La protection juridique des semi-conducteurs", *La Semaine Juridique. Cahiers de Droit de l'Entreprise* 1986, (Études et Commentaires 14800) p. 677.

³¹⁰ Uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: G. VANDENBERGHE, "Softwarebescherming in de U.S.A.: een voorbeeld voor Europa?", *B.I.E.* 1985, p.54; Vergelijk ook: R. PLAISANT, "La protection du logiciel par le droit d'auteur (programme d'ordinateur)", *Gazette du Palais* 1983, respectievelijk, p. 349 en p. 350.

concreet dat een auteursrechtelijk bescherming rond de layout van een bepaalde geïntegreerde halfgeleiderschakeling, in de praktijk nauwelijks een hinderpaal vormde om een chip te ontwikkelen die via een andere, niet-inbreukmakende layout niettemin dezelfde opslag- of bewerkingsfuncties vervult³¹¹. Bij computerprogramma's was het idee dan met name dat de auteursrechtelijk bescherming rond de code van een bepaald programma nog steeds voldoende mogelijkheden overliet om een computerprogramma te schrijven met een andere, niet-inbreukmakende code die niettemin op dezelfde wijze kon inwerken op een computer of andere computerprogramma's³¹².

In de tweede plaats werd de wenselijkheid van een auteursrechtelijk bescherming rond computerprogramma's echter ook beargumenteerd vanuit bovenvermelde nieuwe trend om uitgaande van het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen' de taak en de grenzen vast te leggen van het auteursrecht binnen het intellectuele eigendomsrecht. Deze nieuwe trend neemt, zoals aangegeven, aan dat het verlenen van de 'beschermingsomvang' van het auteursrecht rond esthetische of functionele incorporaties van inspanningen 'verdienstelijk' zal zijn indien gegeven is dat bij het creëren ervan een voldoende mate van keuzevrijheid bestond tussen meerdere alternatieven om deze incorporaties hun beoogde werking te geven. Zoals aangegeven, volstaat het volgens deze nieuwe benadering van het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen' immers om bij de vaststelling van de aangewezen mate van bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht te focussen op indicaties rond de *afwezigheid* van 'tekortkomingen' van het verlenen van een bepaalde mate van bescherming. Binnen deze nieuwe benadering geldt de mate waarin er bij het creëren van een incorporatie van inspanningen een vrije keuze was tussen meerdere alternatieven om deze incorporatie haar beoogde werking te geven, daarbij dan als concrete indicator voor de mate waarin er nog substituten zijn voor de uiteindelijk gecreëerde incorporatie van inspanningen. Op grond van deze nieuwe trend werd dan ook aanvaard dat een wenselijke auteursrechtelijke bescherming mogelijk is rond functionele incorporaties van inspanningen die blijf geven van een niet-exceptioneel resultaat van inspanningen, op voorwaarde dat een voldoende mate van keuzevrijheid om de betrokken incorporaties van inspanningen hun functionele werking te verlenen, aangeeft dat weinig 'tekortkomingen' te verwachten zijn van het verlenen van een auteursrechtelijke bescherming. Om na te gaan of deze voorwaarde vervuld is, komt het er dan concreet op aan om de beschermingsvereiste die het auteursrecht stelt rond originaliteit of een eigen intellectuele schepping, te interpreteren als een dergelijke toetsing rond de mate van keuzevrijheid.

Geredeneerd vanuit deze nieuwe benadering om de taak en de grenzen van het auteursrecht af te leiden uit de het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen', werd een auteursrechtelijke bescherming rond chips en computerprogramma's als een onproblematische, zelfs wenselijke optie gezien. De redenering was dan met name dat het voor een wenselijke auteursrechtelijke bescherming rond chips en computerprogramma's volstond om te vereisen dat er bij hun creatie een voldoende mate van vrij keuze geweest was tussen alternatieve vormgevingen die toelieten de betrokken chip of computerprogramma zijn werking te verlenen. Deze keuzevrijheid zou dan met name garanderen dat een auteursrechtelijke bescherming rond de betrokken chip of het betrokken computerprogramma hoogstens één mogelijke vormgeving kon monopoliseren om een bepaalde functionele werking te bereiken terwijl er voldoende alternatieve vormgevingen overbleven om zonder auteursrechtelijke inbreuk, substitueerbare chips en computerprogramma's te maken³¹³. Door in het auteursrechtelijke

³¹¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: P. HUGENHOLTZ, "Juridische bescherming van chips", *B.I.E.* 1985, p.132

³¹² Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld, ULMER en KOLLE die schrijven: "*Man bezeichnet es als "Binsenwahrheit", daß jede Aufgabe auf vielerlei Wegen programmiert werden kann und eine große Variationsbreite besteht, und weist insoweit darauf hin, daß sich diese Aussage experimentell eindeutig belegen läßt, wenn man z.B. Studenten dieselbe Testaufgabe zu programmieren gibt*" E. ULMER en G. KOLLE, "Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen", *GRURInt* 1982, p. 495.

³¹³ Uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld; P. HUGENHOLTZ, "Juridische bescherming van chips", *B.I.E.* 1985, p.132 ("*Vandenberghes lijkt uit het oog te verliezen, dat de Auteurswet alleen de maker beschermt die uit talloze alternatieven één keuze heeft gemaakt. Alleen deze ene keuze wordt zodoende in zekere zin gemonopoliseerd. Voor de concurrentie blijven talloze mogelijkheden min één over. Waar geen sprake is geweest van keuzevrijheid, wordt geen auteursrecht toegekend. Het oorspronkelijkheids criterium voorkomt zodoende precies wat Vandenberghes vreest: een monopolie waar de concurrentie bijna niet om heen kan*"); Vergelijk op dit punt ook: N. FERRY en D. HURSTEL, "La protection juridique des semi-conducteurs", *La Semaine Juridique. Cahiers de Droit de l'Entreprise* 1986, (Études et Commentaires 14800) p. 677; J. KEUSTERMANS, "The Intellectual Effort Requirement in Chip Protection Laws compared to the Originality Requirement in Copyright Law" in E.

beschermingsvereiste van een eigen, ‘origineel’ resultaat van intellectuele arbeid een dergelijk criterium van voldoende ‘keuzevrijheid’ te lezen, moest het mogelijk worden om het auteursrecht tot een wenselijk instrument te maken voor een intellectueelrechtelijke bescherming rond chips en computerprogramma’s. De redenering die DREXL in dit verband opbouwt rond computerprogramma’s vormt een goede illustratie van de logica bij deze benadering. Deze auteur gaf toe dat de auteursrechtelijke bescherming rond computerprogramma’s veelal niet zou focussen op de meest waardevolle onderdelen van computerprogramma’s in het licht van hun werking, maar integendeel net op de onderdelen waarrond willekeurige keuzes mogelijke waren. Volgens deze auteur deed dit gegeven echter niets af aan het nut van de bescherming die uit deze benadering voortvloeide. Volgens deze auteur deed dit gegeven echter niets af aan het gegeven dat deze benadering resulteerde in een passende bescherming vanuit de logica van het ‘denkkader’ rond ‘verdienste versus beperkingen’. Deze benadering gaf volgens DREXL immers aanleiding tot een wenselijke, effectieve bescherming tegen goedkoop, letterlijk kopiëren van computerprogramma’s, – een dergelijk kopiëren nam immers ook de vrij te kiezen elementen over – terwijl concurrenten niettemin vrij konden beschikken over waardevolle, functionele onderdelen van computerprogramma’s waarrond bij gebrek aan keuzevrijheid en beschikbare substituten geen auteursrechtelijke bescherming bestond³¹⁴.

d. Een sui generis beschermingsregeling

Om chips en computerprogramma’s een passende bescherming te verlenen op grond van het intellectuele eigendomsrecht, werd ten slotte ook vaak gedacht aan het introduceren een *sui generis* intellectueel recht rond deze soorten incorporaties van inspanningen. Daarbij was er geen eensgezindheid of de introductie van een dergelijk *sui generis* intellectueel recht daadwerkelijk nodig en wenselijk was om tot een passende bescherming te komen van chips en computerprogramma’s op grond van het intellectuele eigendomsrecht.

Aan de ene kant was er de opvatting dat de introductie van *sui generis* intellectueel rechten nodig waren om een intellectueelrechtelijke bescherming op maat uit te werken rond chips en computerprogramma’s zonder dat de principes van de bestaande beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht daartoe geweld aangedaan werden³¹⁵. Een *sui generis* intellectueel recht liet immers toe om, als het ware vanaf nul en niet gehinderd door reeds bestaande bepalingen en principes, de aangewezen bescherming uit te werken rond chips en computerprogramma’s.

Aan de ander kant bestond er echter ook de opvatting dat bijkomende *sui generis* intellectueel rechten rond chips en computerprogramma’s niet nodig waren met het oog op een passende intellectueelrechtelijke bescherming rond chips en computerprogramma’s en enkel aanleiding zouden geven tot onnodige interpretatie- en afbakeningsmoeilijkheden. Deze opvatting ging daarbij dan met name uit van de analyse dat de bestaande beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, in het bijzonder het auteursrecht in combinatie met het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’, reeds een passende bescherming boden rond chips en computerprogramma’s. Vanuit die analyse was het idee dan ook, zoals

DOMMERING en W. KORTHALS (eds.), *Information law towards the 21st century*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 310; Vergelijk op dit vlak ook het belang dat gehecht wordt aan het maken van keuzes in bijvoorbeeld: Cour de Paris, 2 november 1982 (*Babolat v. Pachot*), *Gazette du Palais* 1983, 1, p.117 (...*qu'en effet les analystes programmeurs ont à choisir comme les traducteurs d'ouvrages entre divers modes de presentation et d'expression, que leur choix portes ainsi la marque de leur personnalité*).

³¹⁴ J. DREXL, "What is protected in a computer program? Copyright Protection in the United States and Europe", in F-K BEIER en G. SCHRICKER (ed.), *IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law* (vol. 15), Weinheim en New York, VCH Verlagsgesellschaft, 1994, p. 78-80.

³¹⁵ Het House Report bijvoorbeeld, ziet het voordeel van een *sui generis* intellectueel recht met betrekking tot chips bijvoorbeeld in de mogelijkheden van “*providing requisite protection*”, House Report, p. 5753; Zie in die zin ook: N. FERRY en D. HURSTEL, “La protection juridique des semi-conducteurs”, *La Semaine Juridique. Cahiers de Droit de l'Entreprise* 1986, (Études et Commentaires 14800) p. 679; Zie in dit verband ook het door WIPO gedane voorstel voor een *sui generis* bescherming rond computerprogramma’s: WIPO, *Model provisions on the protection of computer software* (WIPO Publication No. 814), Geneve, WIPO, 1978, 27 p.; Zie in dit verband bijvoorbeeld de voorstellen van een *sui generis* bescherming met betrekking tot computerprogramma’s, bij bijvoorbeeld: G. SCHULZE, “Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen - geklärte Rechtsfrage oder bloße Illusion?”, *GRUR* 1985, p. 1006 e.v.; G. VANDENBERGHE, *Bescherming van computersoftware, een rechtsvergelijkend onderzoek*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984, 222 p..

aangegeven, dat het onwenselijk was om het wiel nog een opnieuw uit te vinden³¹⁶. De introductie van nieuwe normen rond chips en computerprogramma's zou immers ook inspanningen vragen en zou wellicht ook aanleiding geven tot nieuwe interpretatie- en afbakeningsmoeilijkheden bij de toepassing van de verschillende beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht³¹⁷.

B.2. Databanken

De ontwikkelingen rond digitale databanken zorgden er voor dat ook rond deze incorporaties van inspanningen steeds vaker vragen rezen rond hun mogelijke bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht. De eerste vraag (C.2.1.) was dan met name rond welke aspecten van databanken welke mate van bescherming aangewezen was op grond van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging. De tweede vraag (C.2.2.) was dan opnieuw of een passende mate van bescherming rond databanken mogelijk was op grond van de bestaande beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht dan wel of dit een nieuwe *sui generis* beschermingsregeling vroeg. In wat volgt, gaan we opnieuw in op de overwegingen die aangehaald werden om een antwoord te formuleren op deze vragen. In dit geval plaatsen we daarbij de overwegingen van de Europese wetgever centraal omdat deze wereldwijd het voortouw nam in het uitwerken van een intellectueelrechtelijke bescherming rond databanken.

B.2.1. Wenselijkheid van een bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht

Ook het debat of het wenselijk was om databanken een bepaalde mate van bescherming te verlenen op grond van het intellectuele eigendomsrecht draaide vooral rond de inschatting van de voor- en nadelen van een dergelijke bescherming. De identificatie en inschatting van de betrokken voor- en nadelen lag daarbij opnieuw in de lijn van de logica van het hierboven beschreven 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen'.

Als voordeel van het verlenen van een bepaalde mate van bescherming rond databanken op grond van het intellectuele eigendomsrecht gold daarbij vooral het volgende: deze bescherming zou een aansporing geven om databanken te creëren in de mate dat betrokken producenten door deze bescherming niet langer de concurrentie hoefden te vrezen van kopieën van hun incorporaties van inspanningen. De identificatie van dit voordeel was daarbij gebaseerd op de inschatting dat zich bij de productie van databanken in wezen hetzelfde fenomeen voordeed als bij chips en computerprogramma's. In het geval van databanken hield dit fenomeen dan concreet in dat databanken belangrijke investeringen vragen bij hun initiële creatie maar, eenmaal publiek gemaakt, gemakkelijk kunnen gekopieerd worden door concurrenten en dit, vooral bij digitale databanken, tegen een fractie

³¹⁶ Zie in die zin, bijvoorbeeld: D. VERKADE, Boekbespreking: G. VANDENBERGHE, *Bescherming van computersoftware, een rechtsvergelijkend onderzoek*, B.I.E. 1984, p. 338 ("Vandenberghes opvatting acht ik voorts onpraktisch Zij zou praktisch zijn indien Vandenberghes bescherming van computersoftware ongewenst zou achten. Zo is het echter niet; sterker nog, Vandenberghes sui-generis-systeem is een systeem dat geheel en al met de auteursrechtelijke bescherming overeenkomt, op een enkele uitzondering na. De ene uitzondering is dat de beschermingsduur tot vijftien jaar beperkt zou moeten zijn; Vandenberghes acht de bescherming tot vijftig jaar na de dood van de auteur veel te lang en daaraan bestaat volgens hem ook geen enkele behoefte. Dat laatste zal wel juist zijn. Maar dan is er ook geen enkele reden om zich over die langere wettelijke beschermingsduur zorgen te maken."); Senate Report on the Semiconductor Chip Protection Act, Report No. 98-425, 98th Cong., 2d Sess., 1984, p.13 ("Fifth, the copyright approach recommends itself by its simplicity and economy. While it is true that it is not appropriate to incorporate every principle of copyright protection in the context of semiconductor chip products, the necessary adjustments are far more limited than the effort that would be required to create a new form of "copyrightlike" protection. Any Sui generis statute would inevitably borrow heavily from copyright principles and concepts. It makes more sense to include mask works within the existing framework of copyright law, with adjustments as appropriate, rather than to "reinvent the wheel" by reiterating standard copyright concepts in a new chapter of Title 17, or elsewhere in the U.S. Code.").

³¹⁷ Zie in die zin, bijvoorbeeld: D. VERKADE, Boekbespreking: G. VANDENBERGHE, *Bescherming van computersoftware, een rechtsvergelijkend onderzoek*, B.I.E. 1984, p. 338 ("...ik acht het onpraktisch om zonder werkelijke reden voor het een of het andere nieuwe object of fenomeen, of het nu computersoftware of iets anders is, telkens maar weer een nieuwe beschermingswet te ontwerpen."); Senate Report on the Semiconductor Chip Protection Act, Report No. 98-425, 98th Cong., 2d Sess., 1984, p. 13.

van de kosten die nodig waren om de initiële databank te maken³¹⁸. Het gevolg van dit verschijnsel zou in dit geval dan zijn dat de initiële producenten van databanken steeds met een prijsconcurrentie geconfronteerd worden die hun mogelijkheden op de helling zet om, via de prijs voor hun databanken of het gebruik ervan, nog de investeringen te kunnen recupereren die zij deden om hun databanken te creëren. Op termijn zou dit fenomeen er dan ook in dit geval toe leiden dat producenten, uit schrik de betrokken investeringen niet te kunnen recupereren, zich niet langer geroepen voelen om nog te investeren in de initiële ontwikkeling van databanken. Omdat ook databanken gepercipieerd werden als waardevolle ontwikkelingen, werd het dan opnieuw onwenselijk geacht dat het zonet beschreven fenomeen de creatie van databanken zou gaan afremmen. Ook hier was het expliciet of impliciet een belangrijke overweging dat het fenomeen dat voor deze rem zorgt, inhoudt dat een producent moet gaan concurreren met personen die zich door kopiëren het resultaat, de ‘vrucht’, van zijn arbeid toe-eigenen. Aansluitend bij de logica van het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’, ontstond dan ook hier de opvattingen dat een bescherming rond databanken op grond van het intellectuele eigendomsrecht, met name door het verhinderen van het zonet aangehaalde kopiëren, ‘verdienselijk’ zou zijn. Ook het nut van databanken zorgde er immers voor dat het wenselijk was om hun productie te stimuleren en dat het legitiem was om het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid van de betrokken producenten te beschermen.

Er was echter ook de analyse dat er een belangrijk nadeel kon verbonden zijn aan databanken een bepaalde mate van bescherming verlenen op grond van het intellectuele eigendomsrecht. De analyse in dit verband was met name dat naarmate een ruimere bescherming zou gelden rond databanken, dit elk concurrerend aanbod van substitueerbare databanken kon verhinderen en, onder omstandigheden, ook kon verhinderen dat er nog alternatieve bronnen zouden zijn om bepaalde informatie uit de beschermde databank te verkrijgen. Er was met andere woorden een grote vrees dat een bescherming van databanken op grond van het intellectuele eigendomsrecht, de begunstigde van deze bescherming een monopolie macht zou verlenen niet alleen op een bepaalde databank maar ook op informatie³¹⁹. Geredeneerd vanuit de logica van het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ was de analyse dus vaak dat een intellectueelrechtelijke bescherming rond databanken al snel belangrijke ‘tekortkomingen’ kon gaan vertonen, die niet te compenseren waren door de te verwachten ‘verdiensten’ van een dergelijke bescherming. Door de totstandkoming van substitueerbare databanken te verhinderen en informatie zelf te gaan monopoliseren, zou een dergelijke bescherming er immers toe leiden vele wenselijke handelingen te verhinderen en vele mensen ernstig te beperken in de uitoefening van hun natuurlijk rechten.

Ook hier geldt dat de verschillende standpunten rond de wenselijkheid van een bepaalde mate van bescherming rond databanken op grond van het intellectuele eigendomsrecht vooral voortvloeiden uit het volgende: uiteenlopende inschattingen rond de mate waarin de zonet vermelde voordelen of nadelen het overheersende effect zouden zijn van een dergelijke bescherming.

B.2.2. De aangewezen beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht

In zoverre nu ook rond databanken geoordeeld werd dat het aangewezen was om hen een bepaalde mate van bescherming te verlenen op grond van het intellectuele eigendomsrecht, stelde zich ook hier dan de vraag of dit mogelijk was op grond van de bestaande beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht dan wel of daartoe nieuwe *sui generis* beschermingsregelingen nodig waren. Om deze vraag te beantwoorden ging de Europese wetgever, die zoals aangegeven het voortouw nam in het regelen van de bescherming rond databanken, uit van het volgende uitgangspunt: de onderscheiden benadering die binnen de Europese Lidstaten bestonden om, wat we algemeen kunnen aanduiden als ‘verzamelingen’, een bescherming te verlenen op grond van het intellectuele eigendomsrecht. Deze onderscheiden beschermingsregelingen rond ‘verzamelingen’ konden immers

³¹⁸ In overweging 7 van de Richtlijn databanken zijn duidelijke sporen terug te vinden van deze analyse. Deze overweging luidt met name: “Overwegende dat de fabricage van databanken aanzienlijke menselijke, technische en financiële inspanningen vergt, terwijl zij kunnen worden gekopieerd of geraadpleegd voor een fractie van de kosten die moeten worden besteed om deze produkten zelfstandig te ontwikkelen.”; Zie ook Commissie, *Groenboek over het auteursrecht en de uitdagingen der technologie. Problemen op het gebied van het auteursrecht die een onmiddellijke aanpak behoeven*. COM (Def) 171/1988, Brussel 7 juni 1988, p. 2, punt 1.2.2..

³¹⁹ Zie in dit verband bijvoorbeeld: Toelichting bij het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken, p. 29, punt 4.2.4.-4.2.5..

ook in min of meerdere mate toepassing vinden op het specifieke soort verzamelingen van elementen waarrond de Europese wetgever de bescherming wilde regelen, met name ‘databanken’.

Om in wat volgt de overwegingen te duiden van de Europese wetgever met betrekking tot een passende bescherming rond databanken binnen het intellectuele eigendomsrecht, gaan we dan ook als volgt te werk. Eerst (a.) bespreken we de belangrijkste benaderingen die, op het ogenblik dat de vraag voorlag naar een bescherming rond databanken, reeds bestonden in de Europese Lidstaten om ‘verzamelingen’ een bescherming te verlenen op grond van het intellectuele eigendomsrecht. Daarna (b.) gaan we in op de concrete overwegingen die de Europese wetgever er op nahield bij de keuze om databanken een bescherming te verlenen op grond van bestaande dan wel *sui generis* beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht.

a. Uiteenlopende nationale tradities rond de bescherming van ‘verzamelingen’

Rond ‘verzamelingen’ bestonden er in de onderscheiden Europese Lidstaten uiteenlopende mogelijkheden om een bescherming te genieten op grond van het intellectuele eigendomsrecht. De mate waarin deze mogelijkheden uiteenliepen verschilde naargelang het er om ging bescherming te verkrijgen specifiek rond de keuze of de rangschikking van de elementen van een verzameling dan wel rechtstreeks rond het verzamelde geheel van elementen, het geheel van de inhoud van een verzameling.

Als het er op aankwam bescherming te verkrijgen rond de keuze of de rangschikking van de elementen van een verzameling, waren de verschillen tussen de onderscheiden Europese Lidstaten nog relatief beperkt. Binnen de Europese Lidstaten gold namelijk in de regel dat de keuze of de rangschikking van de elementen van een verzameling een auteursrechtelijke bescherming konden genieten. De internationale Conventie van Bern rond de bescherming van werken van letterkunde en kunst had op dit vlak immers reeds voor een belangrijke eenmaking gezorgd. Op grond van art. 2.5. van deze Conventie geldt dat verzamelingen van werken van letterkunde of kunst die door de keuze of de rangschikking van de stof een schepping van de geest vormen, als zodanig auteursrechtelijke bescherming genieten³²⁰. De Conventie van Bern stelt daarbij in wezen twee belangrijk voorwaarden voor een auteursrechtelijke bescherming rond de keuze of de rangschikking van de elementen van een verzameling. Ten eerste moeten de elementen van de betrokken verzameling zelf auteursrechtelijke bescherming genieten. Ten tweede is vereist dat de keuze of de rangschikking van deze elementen blijk geven van een eigen, originele schepping van de geest. De bescherming die een verzameling van auteursrechtelijk beschermde elementen, op grond van art. 2.5. Conventie van Bern kan ontleen aan het auteursrecht, strekt zich dan enkel uit tot de originele keuze of rangschikking van de betrokken elementen³²¹. Art. 2.5. Conventie van Bern verduidelijkt in dit verband uitdrukkelijk dat de auteursrechtelijke bescherming van de keuze of de rangschikking van verzamelingen niets afdoet aan “*de rechten van de auteurs op elk werk dat van deze verzamelingen deel uitmaakt*”. Toch bestonden er doorheen de verschillende Europese Lidstaten onderscheiden mogelijkheden om een auteursrechtelijke bescherming te verkrijgen rond de keuze of de rangschikking van de elementen van een verzameling die blijk gaven van een eigen, originele schepping van de geest. Deze verschillen vloeiden ten dele voort uit het feit dat het voorliggen van een eigen, originele schepping van de geest, met name in het Britse recht, veel gemakkelijker aanvaard werd als in de Continentaal Europese landen³²². Deze verschillen waren echter ook

³²⁰ Art. 2.5. Conventie van Bern: “*Verzamelingen van werken van letterkunde of kunst, zoals encyclopedieën en bloemlezingen, die door de keuze of de rangschikking van de stof een schepping van de geest vormen, worden als zodanig beschermd, onverminderd de rechten van de auteurs op elk werk dat van deze verzamelingen deel uitmaakt.*”.

³²¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of literary and Artistic Works: 1886-1986*, London, The Eastern Press, 1987, p. 298-303 (o.a. p. 298: “*In such cases, the element of ‘authorship’ which is protected is the selection, editing and arrangement of the different works which have been brought together.*”).

³²² Zie in dit verband bijvoorbeeld: J. GASTER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken. Kommentar zur Richtlinie 96/6/EG mit Erläuterungen zur Umsetzung in das deutsche und österreichische Recht*, Keulen, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1999, p. 48 e.v.; In België stelde het Hof van Cassatie in dit verband: “*...que le catalogue litigieux n’était pas marqué par la personnalité de son auteur et ne revêtait, dès lors, aucun caractère original: qu’en affirmant en outre que «le catalogue de la société de personnes à responsabilité limitée Bima ne présente pas les caractères nécessaires pour être protégé par la législation sur les droits d’auteur» l’arrêt ne verse pas dans la contradiction dénoncée en cette branche du moyen et décide légalement que les faits visés à la*

het resultaat van onderscheiden opvattingen rond de vraag of een auteursrechtelijke bescherming van de keuze of de rangschikking van de elementen van een verzameling daadwerkelijk diende af te hangen van het vereiste dat ook de elementen van de betrokken verzameling auteursrechtelijke bescherming genoten. In sommige Lidstaten werd aangenomen dat het niet nodig was dat de elementen van een verzameling zelf in aanmerking kwamen voor auteursrechtelijke bescherming opdat de keuze of de rangschikking van deze elementen, die blijk gaf van een eigen, originele schepping van de geest, ook auteursrechtelijk bescherming zou kunnen genieten³²³. Het auteursrecht in andere Lidstaten daarentegen bleef in dit verband vasthouden aan het vereiste dat een auteursrechtelijk bescherming van de keuze en de rangschikking van de elementen van een verzameling, vraagt dat het om auteursrechtelijke beschermde elementen gaat³²⁴.

Als het er echter op aankwam bescherming te verkrijgen rechtstreeks rond het verzamelde geheel van elementen, het geheel van de inhoud van een verzameling, waren de verschillen tussen de onderscheiden Europese Lidstaten veel groter. Binnen de continentaal Europese landen werd in de regel aangenomen dat het niet gepast was om op grond van het eigenlijke auteursrecht ook bescherming te verlenen rond het geheel van de inhoud van een verzameling. In deze landen was het veeleer gebruikelijk om aan te nemen dat een verzameling van elementen, als incorporatie van de inspanningen van het verzamelen van de betrokken elementen, een aangewezen bescherming genoot op grond van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’³²⁵. Dit ingrijpen liet dan namelijk toe om op te treden tegen concrete daden van mededinging die verband hielden met het kopiëren van het geheel of delen van de inhoud van een verzameling, indien de feitelijke omstandigheden rond dit kopiëren er voor zorgden dat sprake was van een ‘onrechtmatige’ daad van mededinging. Sommige Continentaal Europese landen kenden echter niettemin ook regelingen, in de marge van het eigenlijke, traditionele auteursrecht, die toepassing kon vinden op het geheel of delen van de inhoud van verzamelingen. In Nederland kon het geheel of delen van de inhoud van verzamelingen met name een bescherming genieten in het kader van de zogeheten ‘geschriftenbescherming’. Deze ‘geschriftenbescherming’ bood geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter een bescherming tegen reproduceren en mededelen van deze inhoud in een zelfde ‘opschriftstelling’³²⁶. In de Scandinavische landen was het mogelijk om met betrekking tot het geheel of delen van de inhoud van verzamelingen bescherming te verkrijgen onder de ‘catalogus’-regel. Deze catalogus-regel verleende met name iedereen, die een catalogus, tabel of gelijkaardig product vervaardigd had, waarin een grote hoeveelheid informatie

prévention d'atteinte de façon méchante ou frauduleuse aux droits d'auteur ne sont pas établis;” Cass., 25 oktober 1989, Arr. Cass. 1989-1990, p.272 en R.W. 1989-1990, p. 1061.

³²³ Dit was bijvoorbeeld het geval in Groot-Brittannië. Zie in dit verband bijvoorbeeld: W. CORNISH en D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 421.

³²⁴ Voor een uitgebreid overzicht in dit verband: M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 14 e.v..

³²⁵ Zie in dit verband bijvoorbeeld: Nauta Dutilh, *The implementation and application of Directive 96/9/EC on the legal protection of database*, 30 September 2002, commissioned by the European Commission’s Internal Market Directorate-General, p. 7 e.v.; M. GRÜTZMACHER, *Urheber-, Leistungs- und Sui-generis-Schutz von Datenbanken. Eine Untersuchung des europäischen, deutschen und britischen Rechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, 539 p.; J. GASTER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken. Kommentar zur Richtlinie 96/6/EG mit Erläuterungen zur Umsetzung in das deutsche und österreichische Recht*, Keulen, Berlijn, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1999, 217 p..

³²⁶ Deze ‘geschriftenbescherming’ gaat met name terug op de vermelding “*alle andere geschriften*” in Artikel 10, lid 1, 1° Nederlandse Auteurswet van 23 september 1912, dat luidt: “*Onder werken van letterkunde, wetenschap of kunst verstaat deze wet: 1° boeken, brochures, nieuwsbladen, tijdschriften en alle andere geschriften;...*”, Zie in dit verband bijvoorbeeld: Hoge Raad 17 april 1953 (*Radioprogramma’s I*), NJ 1954, 211; Hoge Raad 27 januari 1961 (*Radioprogramma’s I of Explicator*), NJ 1962, 355; Hoge Raad 25 juni 1965 (*Radioprogramma’s III*), NJ 1966, 116; Zie ook bijvoorbeeld: J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, p. 81 e.v. (wat de ‘geschriftenbescherming’ in het algemeen betreft) en p. 396 en p. 607 e.v. (Wat specifiek de toepassing betreft van de ‘geschriftenbescherming’ ten aanzien van verzamelingen en ten aanzien van databanken) en P. HUGENHOLTZ, “De Databankrichtlijn eindelijk aanvaard. Een zeer kritisch commentaar”, *Computerrecht* 1996, p. 131-138.

gecompileerd was of die het resultaat was van een significante, ook niet-originele investering, een exclusief recht om dit product te vervaardigen of het aan het publiek mee te delen³²⁷.

In Groot-Brittannië daarentegen werd soms aangenomen dat ook niet-originele inspanningen rond het verzamelen van de elementen van een verzameling, niettemin aanleiding konden geven tot een auteursrechtelijke bescherming rond de incorporatie van deze inspanningen, met name het verzamelde geheel van de inhoud van de verzameling³²⁸. Hierbij is echter op te merken dat deze benadering binnen de rechtsleer ter discussie stond en dat ook in de Britse rechtspraak onderscheiden standpunten verdedigd werden rond de wenselijkheid en de correctheid van deze benadering³²⁹. Deze bereidheid binnen het Britse recht om het verzamelde geheel van de inhoud van de verzameling een auteursrechtelijke bescherming toe te kennen op grond van de substantiële, maar niet-originele inspanningen om de betrokken elementen te verzamelen, is daarbij volgens sommigen te verklaren door het volgende: het gegeven dat het Britse recht geen recht inzake oneerlijke mededinging kent³³⁰ dat toelaat om op te treden tegen ‘parasitaire mededinging’³³¹.

³²⁷ Zie bijvoorbeeld: art 49 Zweedse Auteurswet van 30 december 1960, In dezelfde zin ook: art 71 Deense Auteurswet, Art 49 Finse Auteurswet en art 43 Noorse Auteurswet. Deze regel was namelijk ingevoerd op basis van een gemeenschappelijk voorstel van Denemarken, Finland en Noorwegen. Zie met betrekking tot de deze ‘catalogus’-regel: G. KARNELL, “The Nordic Catalogue” in E. DOMMERING en P. HUGENHOLTZ (eds), *Protecting works of fact. Copyright, freedom of expression and information*, Deventer, Kluwer, 1991, p. 67 e.v..

³²⁸ Een belangrijke toepassing van deze benadering was bijvoorbeeld: House of Lords, 21 January 1963 (*Ladbroke v William Hill*), *W.L.R.* 1964, p. 273.

³²⁹ Zie in dit verband, bijvoorbeeld: L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 98.

³³⁰ In dit verband is op te merken dat het Britse recht geen omvattend recht inzake oneerlijke mededinging kent en geen algemeen verbod inzake oneerlijke mededinging, maar enkel specifieke elementen uit de ‘common law’ en specifieke wetgeving, bijvoorbeeld met betrekking tot de bescherming van consumenten, die toepassing kunnen vinden op bepaalde aspecten van oneerlijke mededinging. Wat deze specifieke elementen uit de ‘common law’ betreft, gaat het daarbij om vorderingsmogelijkheden rond zogeheten ‘passing off’, wanneer een handelaar producten laat doorgaan voor die van de eiser met verwarring of misleiding tot gevolg, ‘injurious falsehood’, wanneer een handelaar valse bewering uit, die de eiser schade toebrengen, ‘breach of confidence’ wanneer iemand verkregen vertrouwelijke informatie gebruikt of bekend maakt, en, tenslotte, ‘defamation’ wanneer iemand beweringen uit die bedoeld zijn om de eiser openlijk in zijn persoonlijke eer te krenken. Zie in dit verband: J. DAVIS, “Unfair Competition Law in the United Kingdom” in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p. 183 e.v.; W. CORNISH en D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p.12 e.v.; D. BAINBRIDGE, *Intellectual Property*, Harlow, Pearson 2007, p. 305 e.v. en p. 725 e.v.; F. HENNING-BODEWIG, *Unfair Competition Law. European Union and Member States*, Den Haag, Kluwer Law International, 2006, p. 137 e.v.; L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p.707 e.v.; Zie wat de betrokken specifieke wetgeving betreft bijvoorbeeld: The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations van 8 mei 2008, *S.I.* 2008, nr. 1277 en The Control of Misleading Advertisements Regulations van 23 mei 1988, *S.I.* 1988, nr. 915; Zie voor een overzicht in dit verband: F. HENNING-BODEWIG, *Unfair Competition Law. European Union and Member States*, Den Haag, Kluwer Law International, 2006, p. 140 e.v..

³³¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 9 (“Das weite Britische Copyright, das schon jede substantielle Investition in eine Sammlung schützt, gleich also in gewisser Weise das Fehlen eines ergänzenden Wettbewerblichen Leistungsschutzes aus.” M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 9).

b. Zoektocht naar een passende regeling rond de bescherming van databanken

Uitgaande van zonet besproken onderscheiden benaderingen rond de bescherming van verzamelingen in de Europese Lidstaten, ging de Europese wetgever dan op zoek naar een passende concrete regeling rond de bescherming van databanken op grond van het intellectuele eigendomsrecht. Daarbij stellen we vast dat de Europese Commissie in haar oorspronkelijke voorstel rond een Richtlijn Databanken een andere regeling uitwerkte als deze die de uiteindelijke Richtlijn Databanken is gaan beheersen.

In haar eerste voorstel van een Richtlijn Databanken introduceerde de Europese Commissie een tweesporig concept voor de bescherming van databanken. Dit concept omvatte, naast een geharmoniseerd auteursrecht rond de structuur van databanken, een *sui generis* regel rond de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken. Het eerste spoor, het geharmoniseerd auteursrecht rond de structuur van databanken, bood met name een auteursrechtelijk bescherming rond de keuze of de rangschikking van de werken of het ander materiaal van een databank die blij gaf van een eigen intellectuele schepping. Deze regeling beoogde de zonet aangehaalde, onderscheiden mogelijkheden om binnen de Europese Lidstaten een auteursrechtelijke bescherming te verkrijgen rond de keuze of de rangschikking van de elementen van een verzameling dus op twee belangrijk punten te harmoniseren voor de verzamelingen die ‘databanken’ uitmaken. Ten eerste opteerde het voorstel er voor om de auteursrechtelijke bescherming van de keuze of de rangschikking van de elementen van een databank niet afhankelijk te maken van het vereiste dat deze elementen zelf in aanmerking kwamen voor auteursrechtelijke bescherming³³². Ten tweede koos het voorstel er voor om het resultaat van inspanningen waarvan de keuze of de rangschikking van de elementen van een databank blij diende te geven om auteursrechtelijk bescherming te verkrijgen, te bepalen als een “*eigen intellectuele schepping*”. Dit criterium gold daarbij als een compromis tussen de hogere vereisten die de Continentaal Europese landen veelal stelden aan het resultaat van inspanningen rond de keuze of rangschikking van de elementen van een verzameling om auteursrechtelijke bescherming toe te kennen, en de lagere vereisten die het Britse recht in dit verband stelde³³³.

Het tweede spoor, de *sui generis* regel, bood de maker van een databank het recht om de onrechtmatige opvraging of het onrechtmatig hergebruik te verhinderen van het geheel of een wezenlijk deel van het materiaal uit zijn databank. Dit recht was niet van toepassing op de inhoud van een databank indien het om werken ging die reeds

³³² In dit verband kan verwezen worden naar de vermelding in art 2.3. oorspronkelijke Voorstel Richtlijn Databanken dat het bij de auteursrechtelijke bescherming kan gaan om verzamelingen “*van werken of materiaal*”.

³³³ Met betrekking tot feit dat het vereiste van het voorliggen van een ‘eigen intellectuele schepping’, bedoeld was als een compromis tussen de originaliteitscriteria van de continentaal Europese landen en de lage originaliteitsvereiste van het Angelsaksische auteursrecht, zie bijvoorbeeld: J. GASTER, “The EU Council of Ministers' common position concerning the legal protection of databases: a first comment”, *Entertainment Law Review* 1995, p. 260 (Waar deze auteur met name stelt: “*Politically speaking the common law Member States will have to lift the bar for application of copyright protection, whereas the continental civil law countries will have to lower it. This bridging the gap between copyright and droit d'auteur is certainly not de minimis.*”); Met betrekking tot het gegeven dat het vereiste van een ‘eigen intellectuele schepping’ de Angelsaksische landen vroeg om een strenger criterium van originaliteit te gaan hanteren met betrekking tot databanken, zie bijvoorbeeld: K. GARNETT, G. DAVIES, G. HARBOTTLE, *Copinger and Skone James on Copyright*, London, Sweet & Maxwell, 2005, p.921 (Deze auteurs stellen met name rond het vereiste van een ‘eigen intellectuele schepping’: “*This is almost certainly a higher standard of originality than that adopted for other literary works under the 1988 Act and is consistent with other EU harmonisation measures on the criterion of originality. This conclusion is supported by the facts that the Commission felt it necessary to introduce SGR in the first place, and that the Commission considered that it had increased the threshold for copyright protection in the Directive.*”); S. LAI, “Database Protection in the United Kingdom: The New Deal and its Effects on Software Protection”, *E.I.P.R.* 1998, p.32; L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p.62; Met betrekking tot het gegeven dat het vereiste van een ‘eigen intellectuele schepping’ de continentaal Europese landen vroeg om hun strenge criteria van originaliteit te versoepelen met betrekking tot databanken, zie bijvoorbeeld: J. GASTER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken. Kommentar zur Richtlinie 96/6/EG mit Erläuterungen zur Umsetzung in das deutsche und österreichische Recht*, Keulen, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1999, p. 48 en 49 e.v.; P. HUGENHOLTZ, “De Databankrichtlijn eindelijk aanvaard. Een zeer kritisch commentaar”, *Computerrecht* 1996, p. 131-138; Vergelijk op dit punt ook: P. GOETHALS en J. DUMORTIER, “Rechtsbescherming van databanken: het Belgische wetsontwerp”, *Computerrecht* 1998, p. 128.

door het auteursrecht of verwante rechten beschermd werden. Rond dit recht om de onrechtmatige opvraging of het onrechtmatig hergebruik te verhinderen, voorzag het voorstel ook uitdrukkelijk dwanglicenties³³⁴. Ten eerste voorzag het voorstel met name in een dwanglicentie rond werken en materiaal uit een aan het publiek te beschikking gestelde databank, die toepassing vindt indien het onmogelijk is om deze werken of dit materiaal onafhankelijk te creëren of te verkrijgen uit een andere bron. Deze dwanglicentie stelde daarbij met name dat in deze gevallen, het recht om deze werken of dit materiaal geheel of voor een wezenlijk deel voor commerciële doeleinden op te vragen en te hergebruiken, onder licentie ter beschikking diende te worden gesteld tegen eerlijke en niet-discriminerende voorwaarden³³⁵. Ten tweede introduceerde het voorstel een dwanglicentie rond databanken die door overheidsinstanties ter beschikking gesteld worden van het publiek. Deze dwanglicentie bepaalde dat ook in dit geval het recht om de inhoud van deze databank op te vragen en opnieuw te gebruiken, onder licentie ter beschikking diende gesteld te worden tegen eerlijke en niet-discriminerende voorwaarden³³⁶. Het oorspronkelijk voorstel van een Richtlijn Databanken geeft daarbij tegenstrijdige indicaties rond de vraag in welke mate de betrokken *sui generis* regel aansluit bij het concept van een ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ of het concept van ‘intellectuele rechten’ dan wel of de betrokken *sui generis* regel ook op conceptueel vlak te beschouwen was als iets *sui generis*, van een eigen soort. Op het eerste gezicht geeft het voorstel vele indicaties dat deze *sui generis* regel in wezen aansluit bij het concept van een ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. Een eerste indicatie is dan met name de toelichting die de Europese Commissie in dit eerste voorstel van een Richtlijn Databanken zelf gaf bij deze *sui generis* regel. De Europese Commissie typeerde deze *sui generis* regel daarbij immers zelf als een bepaling die afgeleid was uit beschermingsregimes zoals het recht inzake oneerlijke mededinging maar die specifiek betrekking had op de handelingen van het opvragen en hergebruiken van werken en materiaal uit een databank³³⁷. De Europese Commissie gaf daarbij ook uitdrukkelijk aan waarom ze de introductie van een dergelijke “*special sui generis provision*”³³⁸ beter vond dan gewoon het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen parasitaire mededinging toepasselijk te verklaren op de inhoud van databanken. De Europese Commissie nam aan dat de mogelijkheden in de Lidstaten om op grond van het nationale recht inzake oneerlijke mededinging op te treden tegen ‘parasitaire mededinging’ zo sterk verschilden dat er geen harmonisering zou uitgaan van het louter toepasselijk verklaren van het nationale recht inzake oneerlijke mededinging op de inhoud van databanken³³⁹. In dit verband herinneren we er aan dat er binnen het Britse recht geen regeling bestond rond het recht inzake oneerlijke mededinging die toeliet om op te treden tegen ‘parasitaire mededinging’. De Europese Commissie zag het daarbij overigens evenmin als een wenselijke optie om het recht inzake oneerlijke mededinging binnen de Lidstaten te harmoniseren in het licht van zijn toepassing ten aanzien van één product, met name ‘databanken’³⁴⁰. Daarnaast stelt de Europese Commissie in het eerste voorstel van een Richtlijn Databanken ook

³³⁴ Een dwanglicentie binnen het intellectuele eigendomsrecht houdt normaliter in dat de wetgevende bepalingen rond een intellectueel recht feitelijke omstandigheden identificeren, waarin de rechthebbende verplicht is om andere individuen, tegen passende voorwaarden, een licentie te verlenen met betrekking tot de exploitatie van de door dit intellectuele recht beschermde incorporaties van inspanningen. Daarbij wordt in de regel in de mogelijkheid voorzien om een beroep te doen op de rechter of de overheid om de passende voorwaarden te bepalen waartegen deze licentie te verlenen is, indien partijen op dit vlak niet tot een overeenkomst komen. Zie in dit verband bijvoorbeeld: G. SCHICKER, “Abschnitt 5. Rechtsverkehr im Urheberrecht. Vorbemerkung”, in G. SCHICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p.622; R. HILTY, “Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch: Suche nach den Konsequenzen der tripolaren Interessenlage im Urheberrecht” in A. OHLY, T. BODEWIG, T. DREIER, H.-P. GÖTTING, M. HAEDICKE, M. LEHMANN (eds.), *Perspektiven des Geistiges Eigentums und Wettbewerbsrechts. Festschrift für GERHARD SCHICKER zum 70. Geburtstag*, München, C.H. BECK, 2005, (bijdrage: p.325-352) p. 333 en F.-K. BEIER, “Exclusive Rights, Statutory Licenses and Compulsory Licenses in Patent and Utility Model Law”, *IIC* 1999, p. 253.

³³⁵ Art. 8.1. Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken.

³³⁶ Art.8.2 Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken.

³³⁷ In de woorden van de Europese Commissie luidt deze typering als volgt: “*Therefore the commission has proposed a special sui generis provision which is derived from regimes such as unfair competition law or the law repressing parasitic behaviour but which relates specifically to the act of extracting and re-utilizing works or materials from a database.*” Toelichting bij het oorspronkelijke Voorstel Richtlijn Databanken, p.35, punt 5.3.6..

³³⁸ Zie de toelichting bij het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken, p.35, punt 5.3.6.

³³⁹ Zie de toelichting bij het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken, p.35, punt 5.3.6.

³⁴⁰ Toelichting bij het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken, p.35-36, punt 5.3.8-5.3.10; Vergelijk op dit punt ook VOGEL, die meteen ook het terechte verband legt met de kwalificatie in het licht van de grote

uitdrukkelijk dat ze het niet aangewezen acht om te opteren voor de introductie van een ‘*sui generis* regime³⁴¹’. Deze uiting is daarbij volgens ons met name op te vatten als een afwijzing van de optie om een omvattend *sui generis* intellectueel recht te introduceren. De Commissie komt daarbij dan overigens op grond van de volgende overwegingen tot het besluit dat de introductie van een dergelijk *sui generis* regime³⁴² niet de beste oplossing is. Enerzijds houdt de Europese Commissie er rekening mee dat een dergelijk *sui generis* regime de mogelijkheid biedt om de bescherming aan te passen aan de specifieke eigenschappen van databanken en de specifieke belangen van gebruikers. Anderzijds, en deze overwegingen halen uiteindelijk de bovenhand, meent de Commissie echter dat een dergelijk *sui generis* regime niet de vereiste stabiliteit of zekerheid zou bieden. De overweging daarbij is met name dat er redelijk wat tijd zou overgaan vooraleer de rechtspraak zich voldoende zou ontwikkelen om ook een constante interpretatie te geven aan de nieuwe wetgeving in een zodanig complex technisch domein³⁴³.

Een tweede indicatie dan om aan te nemen dat de *sui generis* regel in het eerste voorstel Richtlijn Databanken in wezen aansluit bij het concept van een ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, is de inhoud zelf van de betrokken regel. Het gaat hierbij dan met name om het gegeven dat de betrokken regel de maker van een databank enkel het recht bood om de *onrechtmatige* opvraging of het *onrechtmatig* hergebruik te verhinderen van het geheel of een wezenlijk deel van het materiaal uit zijn databank³⁴⁴. Dit lijkt aan te sluiten bij het gegeven dat het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen parasitaire mededinging ook enkel optreedt tegen daden van mededinging die verband houden met een kopiëren, indien de concrete begeleidende omstandigheden rond deze daden van mededinging er voor zorgen dat het om een onrechtmatige vorm van mededinging gaat. De Europese Commissie lijkt daarbij aan te nemen dat met name de volgende feitelijke omstandigheden het opvragen of hergebruiken van de inhoud van een databank onrechtmatig maken: het op grote schaal kopiëren van de inhoud van een databank met de bedoeling om een concurrerend product te commercialiseren zonder daartoe enige eigen, zelfstandige inspanningen te leveren in het verzamelen en verifiëren van het betrokken materiaal³⁴⁵.

Het oorspronkelijke voorstel van een Richtlijn Databanken bevat daarentegen echter ook elementen die lijken aan te geven dat de betrokken *sui generis* regel niettemin aansluit bij het concept van intellectuele rechten. De belangrijkste indicatie daarvoor is dan met name dat het voorstel dwanglicenties introduceerde rond het in de *sui generis* regel voorziene recht om de *onrechtmatige* opvraging of het *onrechtmatig* hergebruik te verhinderen en in deze context uitdrukkelijk spreek van de mogelijkheid om dit recht in licentie te geven. In beginsel, zijn licenties en dwanglicenties immers typisch voor intellectuele rechten. De mogelijkheid die een persoon ontleent aan het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging om op te treden tegen ‘parasitaire mededinging’, kan deze persoon in principe immers niet in licentie geven.

Uiteraard is er in dit verband ook aan te denken dat het oorspronkelijke voorstel van een Richtlijn Databanken de betrokken *sui generis* regel ook op conceptueel vlak als iets *sui generis*, van een eigen soort, bedoeld had tussen het concept van intellectuele rechten en het concept van een ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging

multilaterale verdragen rond intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging, M. VOGEL, “Abschnitt 6. Schutz des Datenbankherstellers” in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p. 1626.

³⁴¹ Toelichting bij het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken, p. 31, 5.1.2..

³⁴² Toelichting bij het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken, p. 31, 5.1.2..

³⁴³ Toelichting bij het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken, p. 31-32, punten 5.1.2.-5.1.3..

³⁴⁴ In het oorspronkelijke Voorstel Richtlijn Databanken luidde het opschrift van art. 2 met name “*Voorwerp van de bescherming: auteursrecht en het recht op verhindering van onrechtmatige opvraging uit een databank*” en bepaalde art 2.5 daarbij meerbepaald: “*De Lidstaten voorzien in een recht voor de maker van een databank om te verhinderen dat de inhoud van die databank, geheel of voor een wezenlijk gedeelte, zonder zijn toestemming voor commerciële wordt opgevraagd en hergebruikt. Dit recht om de onrechtmatige opvraging van materiaal uit een databank te verhinderen, geldt ongeacht of die databank auteursrechtelijke bescherming geniet of niet. Dit recht is niet van toepassing op de inhoud van een databank indien het werken betreft die reeds door auteursrecht of verwante rechten worden beschermd.*”; Dat de kwalificatie ‘onrechtmatig’ daarbij verondersteld is zowel te slaan op het opvragen als op het hergebruiken, blijkt uit de toelichting bij het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken, waar sprake is van: “...*additional measures against unfair extraction and re-utilisation*”. Zie de toelichting bij het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken, p.34 punt 5.3.1..

³⁴⁵ Vergelijk op dit vlak de toelichting bij het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken, p.35 punt 5.3.7 (“*The Wholesale copying of the contents of the database with a view to commercializing a competing product, without any independent effort in the collection and verification of the material is not permitted.*”)

tegen ‘parasitaire mededinging’ in. Bij deze lezing stellen zich dan echter verschillende vragen rond hoe dit *sui generis* dan wel te interpreteren en af te baken is. In de rechtsleer stellen we in dit verband vast dat er een grote weigerachtigheid bestaat om genoeg te nemen met de verklaring dat de betrokken *sui generis* regel en bij uitbreiding het *sui generis* recht uit de uiteindelijk Richtlijn Databanken op conceptueel vlak van een eigen soort is. Veeleer ontwikkelde zich een discussie rond de wijze waarop de betrokken *sui generis* regel en dit uiteindelijk *sui generis* recht in te passen zijn binnen de bestaande concepten van het intellectuele eigendomsrecht.

De uiteindelijk Richtlijn Databanken opteert voor de bescherming van databanken nu echter voor een enigszins gewijzigd, tweesporig concept. Dit concept omvat, zoals aangegeven, naast een geharmoniseerd auteursrecht rond de structuur van databanken, het databanken-auteursrecht, voortaan een *sui generis* intellectueel recht rond de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken, het databankenrecht *sui generis*.

Het eerste spoor, het databanken-auteursrecht, komt daarbij in wezen overeen met het geharmoniseerde auteursrecht uit het oorspronkelijke voorstel voor een Richtlijn Databanken. De structuur van databanken die door de keuze of de rangschikking van de stof een eigen intellectuele schepping van de maker vormen, geniet volgens de Richtlijn Databanken bescherming op grond van het auteursrecht³⁴⁶.

Het tweede spoor, het databankenrecht *sui generis*, omvat echter belangrijke wijzigingen tegenover de regeling rond de *sui generis* regel uit het oorspronkelijke voorstel voor een Richtlijn Databanken. De belangrijkste wijziging daarbij was met name dat, onder invloed van de belanghebbende producenten van databanken, de bescherming van de *sui generis* regel uit het eerste voorstel omgevormd werd tot een bescherming op grond van een volwaardig *sui generis* intellectueel recht³⁴⁷. Dat de Richtlijn Databanken het databankenrecht *sui generis* rond de inhoud van databanken laat aansluiten bij het concept van een intellectueel recht blijkt hierbij met name uit de volgende elementen. Ten eerste is voortaan zonder meer sprake van een recht om de opvraging en het hergebruik van het geheel of een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van die inhoud te verbieden. De zonet vermelde kwalificatie uit de *sui generis* regel dat het betrokken recht enkel toeliet om op te treden tegen een *onrechtmatig* opvragen of hergebruiken van de inhoud van een databank is dus achterwege gelaten³⁴⁸. Daarnaast bepaalt de Richtlijn Databanken ook uitdrukkelijk dat het mogelijk is om het databankenrecht *sui generis* rond de inhoud van databanken over te dragen, af te staan of contractueel in licentie te geven³⁴⁹.

Een tweede belangrijke wijziging is dat de dwanglicenties die voorzien waren rond de *sui generis* regel binnen het eerste voorstel, in de uiteindelijk Richtlijn Databanken geschrapt werden en ‘ingeruild’ werden voor andere soorten beperkingen van de beschermingsomvang van het *sui generis* intellectuele recht³⁵⁰. Deze beperking houden

³⁴⁶ Zie: art. 3 Richtlijn Databanken en overweging 15 Richtlijn Databanken ((15) *Overwegende dat het enige criterium om te bepalen of een databank in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming moet zijn dat zij door de keuze of de rangschikking van haar inhoud een eigen intellectuele schepping van de maker vormt; dat deze bescherming betrekking heeft op de structuur van de databank;*).

³⁴⁷ Zie in die zin ook bijvoorbeeld: C. BERGER, "Der Schutz elektronischer Datenbanken nach der EG-Richtlinie vom 11. 3. 1996", *GRUR* 1997, p.172; P. HUGENHOLTZ, "De Databankrichtlijn eindelijk aanvaard. Een zeer kritisch commentaar", *Computerrecht* 1996, p. 143.

³⁴⁸ Art 2 van het oorspronkelijke Commissievoorstel draagt nog als opschrift "Voorwerp van de bescherming: auteursrecht en het recht op verhindering van onrechtmatige opvraging uit een databank" en legt in lid 5 de lidstaten op om een recht te voorzien dat omschreven wordt als een "recht om de onrechtmatige opvraging van materiaal uit een databank te verhinderen." In het gewijzigde Commissievoorstel is art 2.5 geschrapt en heringevoegd in art 10, lid 2 binnen "Hoofdstuk III *Sui generis* recht" waarbij art 10 als opschrift draagt: "Voorwerp van de bescherming: recht op verhindering van niet-toegestane opvraging uit een databank". In de uiteindelijk Richtlijn Databanken ligt het "Voorwerp van de bescherming" vevat in art 7 van "Hoofdstuk III Recht *Sui Generis*" waarbij art 7.1 stelt, zonder enige verwijzing naar het onrechtmatig zijn: "De Lid-Statens voorzien in een recht voor de fabrikant van een databank, waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering, om de opvraging en/of het hergebruik van het geheel of een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van die inhoud te verbieden."

³⁴⁹ Art. 7.3. Richtlijn Databanken en art. XI.308. WER (oud art. 5 Wet Databanken). HUGENHOLTZ merkt in dit verband op: "Artikel 7 lid 3 bevestigt dat het extractierecht de status van een subjectief recht gekregen heeft; het is overdraagbaar en kan voorwerp zijn van licentiëring." P. HUGENHOLTZ, "De Databankrichtlijn eindelijk aanvaard. Een zeer kritisch commentaar", *Computerrecht* 1996, p. 143.

³⁵⁰ Dat het schrappen van de ‘dwanglicenties’ opgevat werd als een ruiloperatie ten aanzien van de beperking rond niet-substantiële delen en de uitdrukkelijke beperkingen rond substantiële delen, waarbij gerekend werd op het ingrijpen van het mededingingsrecht, blijkt bijvoorbeeld uit de beschouwingen van het Europees Parlement en

ten eerste in dat de Richtlijn Databanken voortaan uitdrukkelijk bepaalt dat de rechtmatige gebruiker van een databank, in beginsel, steeds niet-substantiële delen van de inhoud voor welk doel dan ook kan opvragen en hergebruiken³⁵¹. Daarnaast houden deze beperkingen in dat de Richtlijn Databanken ook voorziet dat het de rechtmatige gebruiker van een databank toegestaan is om rond een substantieel deel van de inhoud van deze databank de volgende handelingen te stellen: een opvraging te verrichten voor particuliere doeleinden, tenminste als het om een niet-elektronische databank gaat, een opvraging uit te voeren ter illustratie bij onderwijs of voor wetenschappelijk onderzoek en een opvraging en/of hergebruik te verrichten in het kader van de openbare veiligheid of een administratieve of gerechtelijke procedure³⁵². Bij het schrappen van de betrokken dwanglicenties werd bovendien uitdrukkelijk overwogen dat ook zonder deze dwanglicenties, het mededingingsrecht toeliet om de uitoefening van het databankenrecht *sui generis* te beperken in gevallen waar iemand een monopolie macht zou ontleen aan het ingrijpen van dit intellectuele recht³⁵³.

De zonet beschreven zoektocht van de Europese wetgever naar een passende bescherming van databanken op grond van het intellectuele eigendomsrecht is daarbij volgens ons eveneens getekend door de logica van het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen'. De constante bij deze zoektocht is volgens ons met name een bezorgdheid om tot een bescherming te komen waarvan de 'verdiensten', in het licht van de 'waarde' van het beschermde resultaat van inspanningen, de 'tekortkomingen' overstijgen, die volgen uit het beperken van 'substituten'.

In het eerste voorstel van een Richtlijn Databanken was de introductie van het tweesporig concept rond de bescherming van databanken naar onze mening duidelijk terug te voeren op het hanteren van de logica van het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen'. Het uitgangspunt van dit voorstel was daarbij dat er twee onderscheiden aspecten zijn van een databanken waarrond een eventuele bescherming aan de orde is op grond van het intellectuele eigendomsrecht. Het eerste aspect is dan met name dat de structuur van een databank belangrijke inspanningen kan incorporeren om haar elementen zo te ordenen en te rangschikken dat deze databank zo goed mogelijk kennis verschaft rond de eigenschappen van de opgenomen elementen. Het tweede aspect is dat de inhoud van een databank het resultaat kan zijn van belangrijke inspanningen om haar elementen te verzamelen³⁵⁴. Het idee binnen het eerste Voorstel van een Richtlijn Databanken om deze beide aspecten onder te brengen binnen onderscheiden beschermingsregelingen, was daarbij volgens ons nu met name beheerst door de volgende analyse: het gaat hierbij om twee resultaten van inspanningen met een onderscheiden verhouding tussen 'waarde' van het betrokken resultaat van inspanningen, enerzijds, en 'beschikbare substituten' voor incorporaties van dit resultaat

de Raad van de Europese Unie in hun Gemeenschappelijk standpunt met betrekking tot "Niet-vrijwillige licenties". Daar luidt het met name: *Het Commissievoorstel voorzagt in de mogelijkheid om, in afwijking van het recht sui generis, in bepaalde omstandigheden niet-vrijwillige licenties te verkrijgen. Deze mogelijkheid fungeerde als tegenwicht tegen een sterk recht sui generis dat niet alleen gold voor de hele inhoud van de databank of een substantieel gedeelte ervan, maar ook voor niet-substantiële gedeelten ervan. Nu de draagwijdte van dat recht is beperkt tot de hele inhoud van de databank of een substantieel gedeelte ervan en er in artikel 9 van het gemeenschappelijk standpunt uitzonderingen op dat recht zijn opgenomen, is de Raad tot de conclusie gekomen dat de mogelijkheid om dergelijke licenties te verkrijgen, niet langer onontbeerlijk is voor het evenwicht tussen de rechten van de fabrikant en die van de gebruikers van een databank, zodat hij de bepalingen die in die mogelijkheid voorzagen, heeft geschrapt. Hij heeft het zinvol geacht er evenwel aan te herinneren dat het recht sui generis niet zodanig mag worden uitgeoefend dat misbruik van een machtspositie in de hand wordt gewerkt, en tevens dat het mededingingsrecht van toepassing blijft (overweging nr. 47). Verder heeft de Raad in de herzieningsclausule van de richtlijn (artikel 16, lid 3) een specifieke verwijzing naar deze problematiek opgenomen.* Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie, Gemeenschappelijk Standpunt (EG) Nr. 20/95 door de Raad vastgesteld op 10 juli 1995 met het oog op de aanneming van Richtlijn 95/.../EG van het Europees Parlement en de Raad van ... betreffende de rechtsbescherming van databanken, *P.B. C. 288* van 30 oktober 1995, p. 26-27.

³⁵¹ Art. 8.1. Richtlijn Databanken.

³⁵² Art. 9, a)-c) Richtlijn Databanken en art. XI.310., 1^o-2^o WER (oud art. 7, 1^o-2^o Wet Databanken).

³⁵³ Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie, Gemeenschappelijk Standpunt (EG) Nr. 20/95 door de Raad vastgesteld op 10 juli 1995 met het oog op de aanneming van Richtlijn 95/.../EG van het Europees Parlement en de Raad van ... betreffende de rechtsbescherming van databanken, *P.B. C. 288* van 30 oktober 1995, p. 26-27.

³⁵⁴ Zie in dit verband bijvoorbeeld: de Toelichting bij het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken, p.22, punt 3.2.2. e.v., p. 25, punt 3.2.7-3.2.8, p. 29, punt 4.2.6. en p. 34, punt 5.3.1. e.v.; Zie ook overweging 28 Gewijzigd Voorstel Richtlijn Databanken.

van inspanningen, anderzijds, waardoor een onderscheiden mate van bescherming rond deze twee resultaten van inspanningen het meest verdienstelijk zal zijn. Bij de structuur van databanken ging het voorstel dan blijkbaar uit van de analyse dat het resultaat van inspanningen rond de keuze en de rangschikking van de elementen, in de regel, voldoende ‘waardevol’ is³⁵⁵ opdat de te verwachten ‘verdiensten’ van een auteursrechtelijke bescherming ervan ook de te verwachten ‘tekortkomingen zouden kunnen overstijgen van een dergelijk bescherming, ten gevolge van het verregaand beperken van substituten. In dit verband stellen we dan met name vast dat het voorstel een uitdrukkelijk garantie vroeg dat het resultaat van inspanningen rond de keuze en de rangschikking daartoe voldoende ‘waardevol’ is, met name door uitdrukkelijk te vereisen dat dit resultaat een eigen intellectuele schepping vormt³⁵⁶. De Europese Commissie nam daarbij bovendien aan dat dit criterium van een eigen intellectuele schepping ook een vereiste inhield van een voldoende mate van keuzevrijheid bij het bedenken van de keuze en de rangschikking van de elementen van een databank, zodat via dit criterium ook een garantie bestond dat steeds voldoende substituten zouden overblijven voor een auteursrechtelijk beschermde keuze of rangschikking van de elementen van een databank³⁵⁷. Bij de inhoud van databanken lijkt het voorstel daarentegen uit te gaan van de analyse dat de inspanningen rond het verzamelen van deze inhoud veelal een meer bescheiden ‘waarde’ hebben³⁵⁸, zodanig dat het met het oog op een bescherming met meer ‘verdiensten’ als ‘tekortkomingen’, ook belangrijk werd om de mate van bescherming rond deze inhoud beperkter te houden. In dit verband stellen we dan met name vast dat het voorstel het ingrijpen van de *sui generis* regel beperkte tot het *onrechtmatig* opvragen en hergebruiken van de inhoud van een databank en bovendien ook uitdrukkelijk dwanglicenties voorzag. Rond deze dwanglicenties gaf de Europese Commissie overigens uitdrukkelijk aan dat ze ingevoegd werden om te kunnen vermijden dat iemand op grond van de betrokken *sui generis* regel de enige aanbieder zou worden van specifieke ‘informatie’³⁵⁹.

Ook de wijzigingen die tot het uiteindelijke, tweesporige beschermingsconcept voerden binnen de Richtlijn Databanken werden gemotiveerd vanuit de logica van het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’. Dit blijkt naar onze mening duidelijk uit de volgende overweging van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie in hun Gemeenschappelijk Standpunt rond de Richtlijn Databanken: *Het Commissievoorstel voorzag in de mogelijkheid om, in afwijking van het recht sui generis, in bepaalde omstandigheden niet-vrijwillige licenties te verkrijgen. Deze mogelijkheid fungeerde als tegenwicht tegen een sterk recht sui generis dat niet alleen gold voor de hele inhoud van de databank of een substantieel gedeelte ervan, maar ook voor niet-substantiële gedeelten ervan. Nu de draagwijdte van dat recht is beperkt tot de hele inhoud van de databank of een substantieel gedeelte ervan en er in artikel 9 van het gemeenschappelijk standpunt uitzonderingen op dat recht zijn opgenomen, is de Raad tot de conclusie gekomen dat de mogelijkheid om dergelijke licenties te verkrijgen, niet langer onontbeerlijk is voor het evenwicht tussen de rechten van de fabrikant en die van de gebruikers van een databank, zodat hij de bepalingen die in die mogelijkheid voorzagen, heeft geschrapt. Hij heeft het zinvol geacht er evenwel aan te herinneren dat het recht sui generis niet zodanig mag worden uitgeoefend dat misbruik van een machtspositie in de hand wordt gewerkt, en tevens dat het mededingingsrecht van toepassing blijft (...)*” Wij menen dat dit aangeeft dat de Europese wetgever redeneerde vanuit de logica van het ‘denkkader’ rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ en aannam dat hij met het uiteindelijke, tweesporige beschermingsconcept van de Richtlijn Databanken een beschermingsregeling uitgewerkt had waarvan de ‘verdiensten’ de

³⁵⁵ Zie bijvoorbeeld de Toelichting bij het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken, p.26, punt 4.1.2.-4.1.5..

³⁵⁶ Zie in dit verband het vereiste van het voorliggen van een “*eigen intellectuele schepping*” in art 2.3. oorspronkelijke Voorstel Richtlijn Databanken.

³⁵⁷ Zie de Toelichting bij het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken, p.24, punt 3.2.4.-3.2.6. (met name bijvoorbeeld punt 3.2.4 waarin gewezen wordt op de mogelijkheid dat een auteur geen auteursrechtelijke bescherming kan verkrijgen rond de keuze of rangschikking van de elementen van een verzameling bij gebrek aan “*originality in his choices*”).

³⁵⁸ Zie in dit verband bijvoorbeeld de Toelichting bij het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken, p.25, punt 3.2.7..

³⁵⁹ Zie Toelichting Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken, p. 35, punt 5.3.7. (“*However the granting of such a right to prohibit extraction of works or materials from a database could have anti-competitive implications if no safeguards were made available. Therefore the Directive foresees that in certain circumstances the rightholder may be obliged to make the information available to competitors and in all circumstances, users are able to use the contents for their own private use.*”) en p. 50 e.v..

‘tekortkomingen’ zouden overstijgen. Of de inschatting van de Europese wetgever rond de ‘verdiensten’ en de ‘tekortkomingen’ van de betrokken beschermingsregeling daarbij correct waren is een andere vraag³⁶⁰.

1.2.2. Overwegingen rond de multilaterale verdragen met betrekking tot het intellectuele eigendomsrecht

Bij de afweging of bestaande dan wel nieuwe, *sui generis* beschermingsregelingen beter geschikt waren om chips, computerprogramma's en databanken te beschermen op grond van het intellectuele eigendomsrecht werd ook steeds aandacht besteed aan de implicaties van beide opties in het licht van de bestaande, multilaterale verdragen in dit verband³⁶¹. In dit onderdeel gaan we nu in op de voor- en nadelen die telkens verbonden waren aan de keuze om de betrokken *sui generis* intellectuele rechten al dan niet onder de bestaande multilaterale verdragen rond het intellectuele eigendomsrecht te laten vallen³⁶². De afweging rond deze voor- en nadelen had immers een directe invloed op het al dan niet benadrukken van het *sui generis* karakter van de betrokken regelingen. Het *sui generis* karakter van de betrokken intellectuele rechten moest immers als hét argument dienen om hen zonder schending van de betrokken verdragsverplichtingen buiten het raamwerk van de bestaande verdragen te houden. Om nu, in wat volgt, de betrokken voor- en nadelen te kunnen plaatsen, gaan we eerst (A.) dieper in op de betrokken multilaterale verdragen rond het intellectuele eigendomsrecht. Daarna (B.) bespreken we de concrete afwegingen die wetgevers bij de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken maakten rond de voor- en nadelen die verbonden waren aan het al dan niet afstand nemen van deze verdragen.

A. De grote multilaterale verdragen rond het intellectuele eigendomsrecht

Doorheen de jaren zijn vele landen toegetreden tot grote, multilaterale verdragen rond het intellectuele eigendomsrecht. Binnen deze verdragen gaan de lidstaat in wezen steeds de volgende verplichting aan: elke lidstaat

³⁶⁰ Zie in dit verband de kritiek bij bijvoorbeeld: P. HUGENHOLTZ, “De Databankrichtlijn eindelijk aanvaard. Een zeer kritisch commentaar”, *Computerrecht* 1996, p. 131-138 (“*Het sui generis extractierecht, dat de kern van de Richtlijn vormt, heeft eveneens een belangrijke uitbreiding ondergaan. Het recht is uitgedroogd van een mededingingsrechtelijke norm tot een volwaardig - en krachtig - recht van industriële eigendom. Daarentegen is het stelsel van dwanglicenties, dat tegen misbruik van het extractierecht een remedie had moeten vormen, in de uiteindelijke richtlijn verdwenen. Omdat de Richtlijn maar mondjesmaat in de mogelijkheid van wettelijke beperkingen voorziet, heeft de Richtlijn daarmee haar evenwicht verloren.*”); G. WESTKAMP, “Protecting Databases Under US and European Law - Methodical Approaches to the Protection of Investments Between Unfair Competition and Intellectual Property Concepts”, *IIC* 2003, p. 772 e.v..

³⁶¹ In dit verband gaat het met name om: Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake auteursrecht (WCT), gedaan te Genève op 20 december 1996, *B.S.* 18 augustus 2006, 41206, (Hierna: WCT-Verdrag); Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake uitvoeringen en fonogrammen (WPPT), gedaan te Genève op 20 december 1996, *B.S.* 18 augustus 2006, 41212, (Hierna: WPPT-Verdrag); Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (Deze overeenkomst is bijlage 1C bij de overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie (WTO)) *P.B.* L 336 van 23 december 1994 p. 214 – 233, (Hierna: TRIPS-Verdrag); Verdrag van Rome inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisatie van 26 oktober 1961, *B.S.* 10 november 1999, 41892 (Hierna: Conventie van Rome); Verdrag van Parijs tot bescherming van kweekproducten van 2 december 1961, *B.S.* 29 december 1976, nr 1961120250, (Hierna: UPOV-Verdrag); Universele Auteursrecht-Conventie van 6 september 1952, *B.S.* 25 augustus 1984, p. 11888 (Hierna: Universele Auteursrecht-Conventie); Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom van 20 maart 1883, *B.S.* 29 januari 1975, p. 885 (= Gereviseerde versie van 14 juli 1967), (Hierna: Unieverdrag van Parijs); Conventie van Bern voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst van 9 september 1886, *B.S.*, 10 november 1999, p. 41901 (= Gereviseerde versie van 24 juli 1971), (Hierna: Conventie van Bern).

³⁶² Zoals aangegeven, gaan we niet specifiek in op de discussie rond de verenigbaarheid van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten met de juridische verplichtingen en de geest van deze multilaterale verdragen rond het intellectuele eigendomsrecht. De reden hiervoor is dat deze discussie, volgens ons, buiten het opzet van ons onderzoek valt. De eigenlijke verenigbaarheid van deze *sui generis* intellectuele rechten met deze verdragen is, volgens ons, immers veeleer een kwestie van de reikwijdte van de betrokken verdragsverplichtingen en minder een kwestie van de geschiktheid van de betrokken beschermingsregelingen om in een passende intellectueelrechtelijke investeringsbescherming te voorzien rond chips, computerprogramma's en databanken.

verbindt zich er toe om bij de toepassing van zijn nationale recht³⁶³, de onderdanen van de andere lidstaten, de in het verdrag overeengekomen inhoudelijke bescherming te bieden rond de categorieën beschermde resultaten van inspanningen of de categorieën beschermingsregelingen die het voorwerp uitmaken van het verdrag.

De inhoudelijke bescherming die de lidstaten de onderdanen van de ander lidstaten toezeggen in het kader van deze verdragen, volgt daarbij in de regel uit twee elementen: de verplichting tot het verlenen van een nationale behandeling en de verplichtingen tot het verlenen van een bepaalde minimumbescherming. De verplichting tot het verlenen van een nationale behandeling houdt daarbij dan met name de volgende verplichting in voor een lidstaat: op grond van zijn nationale recht, de onderdanen van de andere lidstaten, rond de categorieën beschermde resultaten van inspanningen of de categorieën beschermingsregelingen die het voorwerp uitmaken van het verdrag, dezelfde inhoudelijke bescherming laten genieten als de eigen onderdanen genieten. De verplichting tot het verlenen van een 'nationale behandeling' houdt daarbij dan met name de volgende verplichting in voor een lidstaat: op grond van zijn nationale recht, de onderdanen van de andere lidstaten, rond de categorieën beschermde resultaten van inspanningen of de categorieën beschermingsregelingen die het voorwerp uitmaken van het verdrag, dezelfde inhoudelijke bescherming laten genieten als de eigen onderdanen genieten. Bij de verplichting om een 'minimumbescherming' te verlenen gaat het om de verplichting voor de lidstaat om het volgende te doen: op grond van zijn nationale recht, de onderdanen van de andere lidstaten, rond het voorwerp van het verdrag, de door het verdrag bepaalde minimum mate aan inhoudelijke bescherming te verlenen, ook al is de bescherming die zijn eigen onderdanen in dit verband kunnen inroepen geringer.

Hoewel hierrond discussie bestaat, is aan te nemen dat ook het concrete voorwerp van de betrokken multilaterale verdragen, daarbij in de regel volgt uit twee elementen: het 'uniform verdragsvoorwerp' en het 'verdragsvoorwerp naar nationale behandeling'³⁶⁴. Het 'uniform verdragsvoorwerp' verwijst hierbij dan met name naar de resultaten

³⁶³ De bescherming op grond van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging heeft immers in beginsel steeds een territoriale basis en gelding, waarbij de voor het betrokken territorium bevoegde wetgever bepaalt welke personen, onder welke voorwaarden, welke bescherming kunnen genieten binnen het betrokken territorium. Zie in die zin bijvoorbeeld: H. ULLRICH, "Technologieschutz nach TRIPS: Prinzipien und Probleme", *GRUR Int.* 1995, p. 624. In het licht van deze territoriale basis en gelding van de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging is het allerminst vanzelfsprekend dat de betrokken wetgever het ook mogelijk maakt voor niet-onderdanen om een beroep te kunnen doen op het binnen het betrokken territorium geldende intellectuele eigendomsrecht.

³⁶⁴ In de zin dat het voorwerp van multilaterale verdragen rond het intellectuele eigendomsrecht een 'uniform verdragsvoorwerp' en een 'verdragsvoorwerp naar nationale behandeling' omvat: FRANZ, die de opsomming in art. 2 Conventie van Bern van de soorten incorporaties van inspanningen, die 'werken van letterkunde en kunst' kunnen uitmaken, analyseert als een aanduiding van wat wij het 'uniform verdragsvoorwerp' noemen van de Conventie van Bern maar tegelijk erkent dat naast deze opsomming, de lidstaten bij deze conventie, het voorwerp van dit verdrag, 'werken van letterkunde en kunst', in belangrijke mate kunnen invullen als wat wij aanduiden als een 'voorwerp overeenkomstig nationale behandeling'. E. FRANZ, *Der Werkbegriff der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst. Zugleich ein Beitrag zum Problem der Werkqualität von Tonträgern*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 66 e.v.; Vergelijk op dit punt met betrekking tot het Unieverdrag van Parijs: SCHRICKER, die met betrekking tot het Unieverdrag van Parijs (PVÜ) in zijn algemeenheid stelt: "Die PVÜ is vertragsautonom, d.h. aus sich herauszulegen; ihr liegt ein eigenständige, international einheitliche Begriffs- und Systembildung zugrunde. Gegenüber der Auslegung nationale Gesetze ist diejenige eines internationalen Vertrages im allgemeinen eher strikt" en bijvoorbeeld specifiek met betrekking tot de notie "eerlijke gebruiken in nijverheid en handel" in art. 10bis, 2) Unieverdrag van Parijs, in zoverre deze niet als, wat wij het 'uniform verdragsvoorwerp' noemen, opgesomd en gedefinieerd zijn in art. 10bis, 3), 1°-3° Unieverdrag van Parijs, stelt dat: "Es kann sich nur um die Gebräuche im Schutzland handeln, da es an einer weltweit homogenen Übung fehlt, wie die Disparität der nationalen Wettbewerbsgesetze und judikatur lehrt." G. SCHRICKER, "Internationalrechtliche Fragen" in R. JACOBS, W. LINDACHER en O. TEPLITZKY(eds.), *UWG. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit neben gesetzen. Großkommentar.*, Berlijn, De Gruyter Recht, 2006, respectievelijk, p. 309 en p. 317; Zie in die zin met betrekking tot het TRIPS-Verdrag: STRAUS, die, enerzijds, wijst op de grote implicaties voor, wat wij aanduiden als, het 'uniform verdragsvoorwerp' van het TRIPS-Verdrag, dat art. 27.1 TRIPS-Verdrag uitdrukkelijk stelt: "Onverminderd het bepaalde in het tweede en het derde lid, kan octrooi worden verleend voor uitvindingen, produkten dan wel werkwijzen, op alle gebieden van de technologie, mits zij nieuw zijn, op uitvinderswerkzaamheid berusten en industrieel kunnen worden toegepast." maar die er, anderzijds, op wijst dat het ontbreken van een definitie van het begrip 'uitvinding' binnen het TRIPS-Verdrag, zijn lidstaten toelaat dit begrip in te vullen overeenkomstig wat wij aanduiden als een 'voorwerp overeenkomstig nationale behandeling'. STRAUS stelt in dit verband met name: "The absence of a legal definition

van inspanningen of de beschermingsregelingen die lidstaten, binnen hun nationale recht en bij de toepassing van dit verdrag en zijn verplichtingen, *minimum* tot de categorieën beschermde resultaten van inspanningen of categorieën beschermingsregelingen moeten rekenen waarmee het verdrag zijn voorwerp afbakt³⁶⁵. Het gaat hierbij dus om resultaten van inspanningen of beschermingsregelingen waarrond lidstaten een verplichting hebben om ze tot het voorwerp van het verdrag te rekenen. Het ‘verdragsvoorwerp naar nationale behandeling’ verwijst daarentegen dan naar resultaten van inspanningen of beschermingsregelingen waarvoor de volgende ‘als-dan’-regel geldt: *als* lidstaten hen, binnen hun nationale recht, voor de eigen onderdanen tot de categorieën beschermde resultaten van inspanningen of categorieën beschermingsregelingen rekenen waarmee het verdrag zijn voorwerp afbakt, *dan* geldt dat deze lidstaten hen bij de toepassing van dit verdrag en zijn verplichtingen, op dezelfde manier tot deze categorieën moeten rekenen ten aanzien van de onderdanen van de andere lidstaten³⁶⁶. Het verschil

within the TRIPs Agreement means that it remains for the legislature of the member countries to decide as to what they consider to be a patentable invention” J. STRAUS, “Implications of the TRIPs Agreement in the Field of Patent Law” in F.-K. BEIER en G. SCHRICKER (eds.), *From GATT to TRIPs – The agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (IIC Studies nr. 18)*, München, 1996, p. 180 e.v. en specifiek wat het citaat betreft p. 187; In de zin dat het voorwerp van multilaterale verdragen rond het intellectuele eigendomsrecht enkel een ‘verdragsvoorwerp naar nationale behandeling’ omvat, bijvoorbeeld: KLAVER, die stelt: “*States party to the Berne Convention... are entirely free to interpret at their discretion the terms ‘literary and artistic work’*”, F. KLAVER, “The Legal Problems of Video-Cassettes and Audio-Visual Discs”, *Bulletin of the Copyright Society of the USA* 1976, 152-185; HOFFMANN, die met betrekking tot de Conventie van Bern stelt: “*Was Werk im Sinne der Konvention ist, kann nicht einheitlich für alle Verbandsländer durch Auslegung des Art. 2 ... erfolgen, sondern getrennt für jedes Verbandsland gemäß Sinn und Ziel des betr. internen Urheberrechtsgesetzes, was zur Folge hat, daß der Begriff ‘Werk’ in den einzelnen Verbandsländern nicht nur verschieden weit ausgelegt werden kann, sondern auch tatsächlich verschieden weit ausgelegt wird*” W. HOFFMANN, “Neue Probleme der Berner konvention” in *Schriftenreihe des Archivs für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht (UFITA) Band 13*, Baden-Baden, Nomos-Verlag, 1940, p. 222; Vergelijk op dit punt ook: NORDEMANN, die met betrekking tot de Conventie van Bern (“RBÜ”) en de Universele Auteursrecht-Conventie (“WUA”) schrijft: “*Es bleibt vielmehr dabei, daß allein das Recht des Schutzlandes darüber entscheidet, was im eigenen Lande als ‘literarisches oder künstlerisches Werk’ im Sinne des Art. 2 Abs. 1 RBÜ anzusehen ist; entsprechendes gilt für Art. 1 WUA.*” W. NORDEMANN, “Das Prinzip der Inländerbehandlung und der Begriff der ‘Werke der Literatur und Kunst’ - Einige Bemerkungen zur Wechselwirkung der Art. 5 und 2 der Revidierten Berner Übereinkunft”, *GRURInt* 1989, p.618; In de zin dat het voorwerp van multilaterale verdragen rond het intellectuele eigendomsrecht enkel een ‘uniform verdragsvoorwerp’ omvat, bijvoorbeeld: SCHIUMA, die met betrekking tot de notie ‘uitvinding’ uit het art. 27(1) TRIPS-Verdrag schrijft: “*...the attempt must be made to construe TRIPS uniformly and in terms of itself, without the assistance of individual national provisions.*”...“*...it does not appear permissible to construe the term ‘inventions’ in Art. 27(1) differently on a country-by-country basis by using the different legal definitions in the individual member states.*” D. SCHIUMA, “TRIPS and Exclusion of Software ‘as such’ from Patentability”, *IIC* 2000, p.38-39; DE VISCHER en MICHAUX, die in verband met de Conventie van Bern schrijven: “*Mais la notion d’oeuvre dans la convention nous paraît ne pouvoir être définie que par la convention elle-même, de manière autonome, rien n’indiquant qu’elle ait voulu s’en remettre à la qualification d’une loi nationale, les dessins et modèles étant précisément un exception cet égard (article 2, alinéa 7)*” F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du Droit d’Auteur et des Droits Voisins*, Brussel, Bruylant, 2000, p. 607; OSTERTAG, die met betrekking tot de Conventie van Bern stelt: “*La notion de l’œuvre est une notion de la Convention et le juge devra s’en tenir à celle-ci dans son interprétation*” F. OSTERTAG, “La Protection des Disques Etrangers en Suisse”, *Le Droit d’Auteur* 1940, p. 43.

³⁶⁵ Zo wordt bijvoorbeeld de opsomming van soorten resultaten van inspanningen die art. 2 Conventie van Bern uitdrukkelijk aanduidt als ‘werken van letterkunde en kunst’, in de regel als een aanduiding gezien van het ‘uniform verdragsvoorwerp’ van de Conventie van Bern. Zie in die zin bijvoorbeeld: RICKETSON, die schrijft: “*The only mechanism provided by the Convention to achieve uniformity among Union members on such matters is by a Revision Conference which amends article 2 so as to include the work in question. ‘Enumeration’, then, is the only sure guarantee of protection under the Convention, and this is confirmed by a study of each of the additions that have been made to article 2(1) in successive Revisions.*” S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of literary and Artistic Works: 1886-1986*, London, The Eastern Press, 1987, p. 236; Zie ook STROWEL en DERCLAYE, die art. 2.1 Conventie van Bern aanduiden als één van de de regels “*établissant le standard minimum de protection*” A. STROWEL en E. DERCLAYE, *Droit d’auteur et numérique: logiciels, bases de données multimédia. Droit belge, européen et comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, p. 6.

³⁶⁶ De term ‘als-dan’-regel ontleen we met name aan FRANZ, die in dit verband van “*die ‘wenn-dann-Regel’*” spreekt. E. FRANZ, *Der Werkbegriff der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst. Zugleich ein Beitrag zum Problem der Werkqualität von Tonträgern*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft,

met de resultaten van inspanningen of de beschermingsregelingen onder het ‘uniform verdragsvoorwerp’ is dus dat er bij deze resultaten van inspanningen of beschermingsregelingen onder het ‘verdragsvoorwerp naar nationale behandeling’ dus geen verplichting bestaat voor lidstaten om ze tot het voorwerp van het verdrag te rekenen³⁶⁷.

De rechtsleer heeft er reeds herhaaldelijk op gewezen dat de lidstaten met de betrokken multilaterale verdragen rond het intellectuele eigendomsrecht vooral de volgende twee doelstelling nastreven: in het buitenland bescherming verzekeren op grond van het intellectuele eigendomsrecht voor de incorporaties van inspanningen van de eigen onderdanen en daarbij niettemin een zo groot mogelijke vrijheid behouden om het eigen nationale intellectuele eigendomsrecht vorm te geven³⁶⁸.

Het streven om via de multilaterale verdragen de incorporaties van inspanningen van de eigen onderdanen zo veel mogelijk bescherming te laten genieten in het buitenland is daarbij dan met name ingegeven door de gunstige invloed daarvan op de geldstromen in de internationale handel³⁶⁹. Indien de incorporaties van inspanningen van de eigen onderdanen in het buitenland bescherming genieten op grond van het intellectuele eigendomsrecht, vormt dit een hefboom om de inwoners van dat land een vergoeding te laten betalen voor bepaalde, door de betrokken beschermingsregeling voorbehouden handelingen rond deze incorporaties van inspanningen. De betrokken bescherming in het buitenland resulteert dus ook concreet in een mogelijke geldstroom van de betrokken landen naar het eigen land.

Het streven van lidstaten om binnen de multilaterale verdragen niettemin een zo groot mogelijke vrijheid te behouden om het eigen, nationale intellectuele eigendomsrecht vorm te geven is daarbij dan met name ingegeven door de volgende wens: over de vrijheid beschikken om via het nationale intellectuele eigendomsrecht het beleid te kunnen implementeren dat in het licht van de concrete situatie in het eigen land, het meest aangewezen is³⁷⁰.

De grote, multilaterale verdragen rond het intellectuele eigendomsrecht confronteren lidstaten dus in beginsel steeds met voor- en nadelen. Het grote voordeel voor lidstaten bij deze verdragen is dan met name dat zij het mogelijk maken om de incorporaties van inspanningen van de eigen onderdanen in het buitenland bescherming te laten genieten op grond van het intellectuele eigendomsrecht. Deze bescherming in het buitenland resulteert daarbij zoals aangegeven immers in een mogelijke geldstroom van de betrokken landen naar het eigen land. De nadelen voor lidstaten bij de betrokken verdragen zijn dan dat ze een deel van hun beleidsvrijheid verliezen rond het

1993, p. 75; Zo wordt bijvoorbeeld vaak aangenomen dat resultaten van inspanningen die niet voorkomen in de opsomming van soorten resultaten van inspanningen die art. 2 Conventie van Bern uitdrukkelijk aanduidt als ‘werken van letterkunde en kunst’, tot het ‘verdragsvoorwerp naar nationale behandeling’ behoren van de Conventie van Bern. Zie in die zin bijvoorbeeld: NORDEMANN, die schrijft: “Für die Frage, ob für Werkarten, die nicht ausdrücklich im Katalog des Art. 2 RBÜ genannt sind, Anspruch auf Inländerbehandlung besteht, kommt es nach alledem allein darauf an, ob das nationale Recht des Schutzlandes solche Werkarten unter den Begriff der "literarischen oder künstlerischen Werke" subsumiert.”...“Keiner der Mitgliedstaaten der Berner Konvention und des Welturheberrechtsabkommens ist verpflichtet, in seinem nationalen Urheberrecht einen Schutz von Werkarten zu gewährleisten, die nicht in den Beispielskatalogen der Art. 2 RBÜ bzw. Art. 1 WUA aufgeführt sind.” W. NORDEMANN, "Das Prinzip der Inländerbehandlung und der Begriff der "Werke der Literatur und Kunst" - Einige Bemerkungen zur Wechselwirkung der Art. 5 und 2 der Revidierten Berner Übereinkunft", *GRURInt* 1989, p. 618; E. FRANZ, *Der Werkbegriff der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst. Zugleich ein Beitrag zum Problem der Werkqualität von Tonträgern*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 76.

³⁶⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: RICKETSON, die onder verwijzing naar de ‘cataloguswerken’ in art. 2 Conventie van Bern schrijft: “In the absence of enumeration, if Union country A decides that a new category of work is a literary or artistic work entitled to protection under its own law it is bound to accord the same protection to authors from other Union countries under the principle of national treatment with all the consequences this entails with respect to such matters a duration and scope of rights. However, this can only be a unilateral national judgement, and there is no onus on other Union countries to adopt a similar position.” S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of literary and Artistic Works: 1886-1986*, London, The Eastern Press, 1987, p. 235-236.

³⁶⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: H. ULLRICH, “Technologieschutz nach TRIPS: Prinzipien und Probleme”, *GRUR Int.* 1995, p. 626 e.v..

³⁶⁹ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld SCOTCHMER, die stelt: “To a trade policy negotiator, profit earned abroad is unambiguously a good thing: the more the better.” S. SCOTCHMER, "The Political Economy of Intellectual Property Treaties", *The Journal of Law, Economics, & Organization*, 2004, p. 415.

³⁷⁰ H. ULLRICH, “Technologieschutz nach TRIPS : Prinzipien und Probleme”, *GRURInt* 1995, p. 625.

uitwerken van het intellectuele eigendomsrecht en dat ze ook verplicht worden om incorporaties van inspanningen van niet-onderdanen bescherming te verlenen op grond van het nationale intellectuele eigendomsrecht. De lidstaten moeten daarbij in het bijzonder afstand doen van hun beleidsvrijheid binnen het nationale intellectuele eigendomsrecht in zoverre de betrokken verdragen hen vragen om een bepaalde minimumbescherming te verlenen. De verplichting om zelf incorporaties van inspanningen van niet-onderdanen bescherming te verlenen op grond van het nationale intellectuele eigendomsrecht is voor de betrokken lidstaten dan met name ongunstig vanuit de optiek van de daaruit resulterende geldstromen in de internationale handel. Een dergelijke bescherming van de incorporaties van inspanningen van niet-onderdanen zorgt er dan immers voor dat niet-onderdanen over een hefboom gaan beschikken om van de eigen onderdanen een vergoeding te eisen voor bepaalde, door de betrokken beschermingsregeling voorbehouden handelingen rond deze incorporaties van inspanningen. Het mogelijke resultaat is dan met ander woorden concreet dat geld van de eigen onderdanen wegvloeit naar het buitenland. Bovendien heeft deze bescherming tot gevolg dat de eigen onderdanen beperkt worden in hun gebruik van de betrokken incorporaties van inspanningen van niet-onderdanen.

Zoals ULLRICH terecht opmerkt, stellen we echter vast dat de verdragspartijen bij de grote, multilaterale verdragen rond het intellectuele eigendomsrecht echter steeds minstens de nodige *de facto* garanties ingebouwd hebben om te verzekeren dat hun nadelen ten gevolge van deze verdragen toch min of meer in verhouding zouden blijven tot hun voordelen hierbij. Ten eerste hebben de verdragspartijen hun beleidsvrijheid rond het eigen nationale intellectuele eigendomsrecht veelal zoveel mogelijk zeker gesteld door, minstens bij de bepaling van de inhoudelijke bescherming die het verdrag oplegt, te verwijzen naar een ‘nationale behandeling’³⁷¹. Ten tweede stellen we vast dat de verdragspartijen zich door de combinatie van ‘nationale behandeling’ aangevuld door een eventuele ‘minimumbescherming’ toch garanties verschaffen rond een zekere basiswederkerigheid in hun verplichtingen tegenover elkaar³⁷². ULLRICH merkt in dit verband op dat de bereidheid van verdragspartijen om geen strikte wederkerigheid te vragen in de bescherming van elkaars onderdanen, vooral te verklaren was door de grotere vrijheid die zij op die manier konden behouden om hun nationale intellectuele eigendomsrecht, ondanks het verdrag, anders in te vullen als binnen de andere lidstaten³⁷³.

³⁷¹ ULLRICH stelt in verband met het principe van een ‘nationale behandeling’ met name: “*Ihre Einkleidung in das Gewand eines Diskriminierungsverbots erhöht zwar ihre Legitimität, darf aber doch nicht darüber hinwegtäuschen, daß ihre Grundlage die Wahrung der inneren schutzrechtspolitischen Souveränität der Verbandsstaaten ist*” H. ULLRICH, “Technologieschutz nach TRIPS : Prinzipien und Probleme”, *GRURInt* 1995, p. 627.

³⁷² H. ULLRICH, “Technologieschutz nach TRIPS : Prinzipien und Probleme”, *GRURInt* 1995, p. 627.

³⁷³ ULLRICH stelt met betrekking tot het “*Verzicht auf die Gleichwertigkeit der Reziprozitätsleistungen im Verband*” met name: “*Vielmehr spiegelt sich hierin weniger die Achtung fremder als die Wahrung der eigenen Souveränität, eben die Konzentration der Regelungs- und Ordnungsinteressen auf den nationalen Markt, ihre Durchsetzung entsprechend inländischen Technologie- und Wettbewerbsförderungsinteressen.*” H. ULLRICH, “Technologieschutz nach TRIPS : Prinzipien und Probleme”, *GRURInt* 1995, p. 627.

B. Concrete overwegingen met betrekking tot de multilaterale verdragen rond het intellectuele eigendomsrecht

Het was en is bijna steeds mogelijk om een *sui generis* intellectueel recht onder te brengen en uit te werken binnen één van de grote multilaterale verdragen rond het intellectuele eigendomsrecht. De noties waarmee deze verdragen hun voorwerp afbakenen, met name hun omschrijvingen van soorten resultaten van inspanningen en soorten beschermingsregelingen zijn immers ruim op te vatten. Alle multilaterale verdragen samen vormen bovendien een breed raamwerk dat vele verschillende soorten resultaten van inspanningen en vele soorten beschermingsregelingen omvat³⁷⁴.

De vragen die wetgevers bezighielden bij het uitwerken van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken waren echter of het wenselijk was en of het, als lidstaat bij deze verdragen, eventueel verplicht was om de uitgewerkte beschermingsregelingen onder één van de bestaande multilaterale verdragen te laten vallen³⁷⁵. In dit verband stellen we vast dat wetgevers er vaak van uitgingen dat ze over enige manoeuvreerruimte beschikten in het licht van hun verplichtingen als lidstaat bij de betrokken multilaterale verdragen rond het intellectuele eigendomsrecht. Bij de afbakening van hun voorwerp hanteerden de betrokken multilaterale verdragen immers steeds verwijzingen naar de traditionele beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht³⁷⁶. Op het moment dat de vraag rees naar het uitwerken van beschermingsregelingen rond chips, computerprogramma's of databanken, waren in dit verband immers geen expliciete verwijzingen te vinden binnen de bestaande verdragen naar chips, computerprogramma's of databanken of naar beschermingsregelingen hierrond. De vraag was dus veeleer of de verwijzingen, bij het afbakenen van het voorwerp van de betrokken verdragen, naar de traditionele beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, dwingend zo te interpreteren waren dat zij ook sloegen op de bescherming van chips, computerprogramma's of databanken op grond van het intellectuele eigendomsrecht. In dit verband stellen we dan vast dat lidstaten soms aannamen dat dit niet het geval was. Deze opvatting vindt daarbij dan met name steun in de analyse dat het voorwerp van de betrokken verdragen zich, zoals aangegeven, definieert naar twee grootheden, met name het 'uniform verdragsvoorwerp' en het 'verdragsvoorwerp naar nationale behandeling'. De betrokken opvatting laat zich dan met name verdedigen op grond van de analyse dat de bescherming van chips, computerprogramma's of databanken op grond van het intellectuele eigendomsrecht niet onder het 'uniform verdragsvoorwerp' valt meer enkel onder het 'verdragsvoorwerp naar nationale behandeling'. Dit betekent dan concreet dat er voor lidstaten een zekere manoeuvreerruimte bestond om de toepasselijkheid van de multilaterale verdragen rond het intellectuele eigendomsrecht uit te lokken of net te verhinderen, door de kwalificatie binnen hun nationale recht van de uitgewerkte beschermingsregelingen rond chips, computerprogramma's en databanken. Vanuit die analyse ging de aandacht van de wetgevers dan vervolgens ook uit naar de vraag of het wenselijk was om de betrokken beschermingsregelingen al dan niet onder één van de bestaande multilaterale verdragen te laten vallen.

In wat volgt, bespreken we nu de voor- en nadelen waarmee wetgevers zich geconfronteerd zagen, indien zij er voor opteerden de beschermingsregelingen rond chips, computerprogramma's en databanken niet of net wel onder de bestaande multilaterale verdragen te laten vallen. Eerst (B.1.) bespreken we in dit verband de situatie rond chips

³⁷⁴ Vergelijk in die zin ook WESTKAMP, die stelt: "A "novel" right can, simplistically, always be accommodated into either of the existing frameworks (by analogy, or directly), or as a right reflecting a similar intrinsic architecture as copyright or patent law. All that is required is that such a right can at least roughly reflect either technical or aesthetic original properties." G. WESTKAMP, "TRIPS Principles, Reciprocity and the Creation of *Sui-Generis*-Type Intellectual Property Rights for New Forms of Technology", *Journal of World Intellectual Property* 2003, p. 843.

³⁷⁵ Vergelijk in dit verband de overwegingen in, bijvoorbeeld: Toelichting bij het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken, punt 6.0. ("*The International framework*") en Senate Report on the Semiconductor Chip Protection Act, p. 13.

³⁷⁶ Zie in dit verband bijvoorbeeld: G. WESTKAMP, "TRIPS Principles, Reciprocity and the Creation of *Sui-Generis*-Type Intellectual Property Rights for New Forms of Technology", *Journal of World Intellectual Property* 2003, p.857 ("*The TRIPS Agreement, in contrast to other IP conventions, follows a proprotective goal aimed at strengthening IP protection in the areas of innovation and technology, yet must live with the unease of setting an internationally recognized characterization of IP categories which looks backwards.*").

en de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken. Daarna (B.2.) gaan we ook in op de situatie die zich voordeed bij computerprogramma en de structuur van databanken.

B.1. De bescherming rond chips en de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken

Toen de vraag rees naar een eventuele intellectueelrechtelijke bescherming rond chips en de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken, was er internationaal geen grote consensus dat deze incorporaties van inspanningen bescherming konden genieten in het kader van de categorieën intellectuele rechten of intellectueelrechtelijk beschermde resultaten van inspanningen die het voorwerp uitmaakten van de bestaande multilaterale verdragen³⁷⁷. In vele lidstaten was het dus voor de eigen onderdanen twijfelachtig of zij aanspraak konden maken op een intellectueelrechtelijke bescherming rond chips en databanken in het kader van deze categorieën intellectuele rechten of intellectueelrechtelijk beschermde resultaten van inspanningen. In deze lidstaten was het dan echter al even twijfelachtig of de onderdanen van de andere lidstaten, dergelijke aanspraken wel konden laten gelden, door zich te beroepen op de betrokken multilaterale verdragen. Het invoeren van een ‘nationale behandeling’ onder de betrokken verdragen kon de betrokken niet-onderdanen immers niet verder helpen. Het invoeren van een ‘minimumbescherming’ onder de betrokken verdragen bood de betrokken niet-onderdanen dan al evenmin gunstige perspectieven. Hun aanspraken in dit verband dreigden dan immers al te vaak afgeweerd te worden met het volgende argument: dat de intellectueelrechtelijke bescherming in het kader van de categorieën intellectuele rechten of intellectueelrechtelijk beschermde resultaten van inspanningen die het voorwerp uitmaakten van de betrokken multilaterale verdragen, zich nu eenmaal niet uitstrekt tot de resultaten van inspanningen die vervat liggen in hun chips of hun databanken als resultaat van het verzamelen van element.

Voor wetgevers die het voortouw wensten te nemen op het vlak van het verlenen van een intellectueelrechtelijke bescherming rond chips en de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken, was het dan ook zeer nadelig om deze bescherming onder de bestaande multilaterale verdragen te laten vallen. Een intellectueelrechtelijke bescherming rond chips en de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken, onder de bestaande multilaterale verdragen hield immers in dat de betrokken wetgevers een deel van hun beleidsvrijheid dienden op te geven bij het uitwerken van een bescherming ‘op maat’ van chips en de aggregatie-prestatie rond databanken. Onder de betrokken verdragen, was het dan namelijk ook vereist dat deze intellectueelrechtelijke beschermingsregelingen rond chips en de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken de onderdanen van de andere lidstaten minstens de inhoudelijke minimumbescherming zouden verlenen die deze verdragen opleggen.

Daarnaast dreigden de betrokken wetgevers hun landen echter ook in een erg ongunstige positie te plaatsen op het vlak van internationale geldstromen, indien zij er voor opteerden de intellectueelrechtelijke bescherming rond chips en de aggregatie-prestatie rond databanken, onder de bestaande multilaterale verdragen te laten vallen. Een regeling van de intellectueelrechtelijke bescherming rond chips en de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken in het kader van de categorieën beschermingsregelingen of beschermde resultaten van inspanningen, die het voorwerp vormden van deze verdragen, bracht immers ook de verplichtingen met zich mee die bij deze verdragen horen. Concreet zouden de betrokken wetgevers zich bij deze optie dus niet kunnen onttrekken aan de verplichtingen om binnen het eigen territorium, de chips en de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken van niet-onderdanen, afkomstig uit de andere lidstaten, de door het betrokken verdrag opgelegde ‘nationale behandeling’ en ‘minimumbescherming’ te verlenen. Het mogelijke resultaat van een dergelijke intellectueelrechtelijke bescherming van de chips en de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken van niet-onderdanen, vanuit de optiek van internationale geldstromen, is dan zoals aangegeven, dat geld van de eigen onderdanen wegvloeit naar het buitenland. Geldstromen in de omgekeerde richting waren daarentegen niet of nauwelijks te verwachten uit de keuze voor een intellectueelrechtelijke bescherming rond chips en de aggregatie-

³⁷⁷ Een dergelijke consensus bestaat ook vandaag nog niet. Zo kennen de Verenigde Staten tot op de dag van vandaag geen beschermingsregeling naar het model van het *sui generis* intellectueel recht rond de verzamelprestatie in de inhoud van databanken. Zie op dit vlak bijvoorbeeld GORDON, die aangeeft dat de terughoudendheid van de Verenigde Staten in dit verband gebaseerd is op twijfels rond de vraag of het economisch opportuun is om de regeling van de Richtlijn Databanken toepassing te laten vinden binnen het Amerikaanse territorium. W. GORDON, "Intellectual Property" in P. CAN en M. TUSHNET (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford University Press, 2003, p. 638.

prestatie in de inhoud van databanken onder de bestaande multilaterale verdragen. Het was immers, zoals aangegeven, vaak uiterst twijfelachtig dat de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken en de chips van de eigen onderdanen in de andere lidstaten een intellectueelrechtelijke bescherming zouden kunnen genieten. Een intellectueelrechtelijke bescherming rond de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken en chips onder de bestaande multilaterale verdragen bood, vanuit de optiek van geldstromen in de internationale handel, dus bijna enkel uitzicht op geld dat wegvloeit richting buitenland³⁷⁸.

We stellen dan ook vast dat de wetgevers die het voortouw namen op het vlak van een intellectueelrechtelijke bescherming rond chips en de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken, er voor kozen om deze beschermingsregelingen niet onder de bestaande multilaterale verdragen te laten vallen. De betrokken wetgevers opteerden er integendeel voor om het *sui generis* karakter van de betrokken beschermingsregelingen te benadrukken en als argument te hanteren om deze beschermingsregeling buiten het toepassingsgebied en de verplichtingen te houden van de grote multilaterale verdragen rond het intellectuele eigendomsrecht³⁷⁹. Op het internationale vlak kozen de betrokken wetgevers er integendeel voor om, binnen de uitgewerkte intellectueelrechtelijke beschermingsregelingen rond chips en de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken, telkens een voorwaarde van 'materiële reciprociteit' in te passen. In essentie gaat het er hierbij om dat de betrokken wetgevers, de chips en de aggregatie-prestaties in de inhoud van databanken van niet-onderdanen enkel

³⁷⁸ Vergelijk op dit vlak de overwegingen in, bijvoorbeeld: Senate Report on the Semiconductor Chip Protection Act, Report No. 98-425, 98th Cong., 2d Sess, 1984, p.13 ("*Fourth, the international application of a sui generis statute raises further uncertainties. The Committee recognizes that the treatment that other nations will accord to U.S. copyright protection for semiconductor chip design is not entirely predictable, because of the differences between mask works and the traditional subject matter of copyright. However, the Committee intends that mask work copyrights should be treated like any other copyright for these purposes, and believes that foreign nations which are party to treaties with the United States requiring mutual recognition of copyrights will accord full comity to U.S. mask work copyrights. The Committee believes that the international recognition of a new species of protection, governed by a new statute, would be even more uncertain. Thus, although the size of the U.S. market justifies a strong chip protection statute, even if the protection is not recognized in other countries, the Committee believes that this factor of international recognition also argues in favor of copyright as opposed to sui generis protection.*"); Zie ook: H. COHEN JEHORAM, De niet-harmoniserende Europese Richtlijn en het Nederlandse wetsontwerp chipsbescherming, *NJB* 1987, p. 503.

³⁷⁹ Zie: Titel 17, Hoofdstuk 9, § 914 United States Code en 'House Report on the Semiconductor Chip Protection Act', p. 5756; Art. 3, lid 7-8 en Artikel 10, lid 2 Richtlijn Chips; Vergelijk ook bijvoorbeeld: Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van topografieën van halfgeleiderprodukten, COM (85) 775 def., Brussel, 12 april 1989; *PB C* 360 van 31 december 1985, p. 14; Wat concrete regelingen betreft op dit vlak zie bijvoorbeeld: art. XI.324.-XI.326. WER (oud art. 6-8 Chipswet) en §2, lid 6 Duitse Chipswet; Met betrekking tot de verhouding tussen de Amerikaanse Semiconductor Chip Protection Act en grote multilaterale verdragen rond intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging zie bijvoorbeeld: R. KASTENMEIER en M. REMINGTON, The Semiconductor Chip Protection Act of 1984: A Swamp or Firm Ground?, *Minn. L. Rev.* 1985-1986, p. 461 e.v. en H. COHEN JEHORAM, De niet-harmoniserende Europese Richtlijn en het Nederlandse wetsontwerp chipsbescherming, *NJB* 1987, p.503 e.v.; Met betrekking tot de verhouding tussen de intellectueelrechtelijke bescherming van chips en deze grote multilaterale verdragen rond intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging, zie bijvoorbeeld: T. DREIER, "Development of the Protection of Semiconductor Integrated Circuits", *IIC* 1988, p. 446 en 452; M. FLAMÉE en H. VANHEES, "Une Approche Européenne de la protection des "chips", *R.I.D.E.* 1989, p. 83 (Deze auteurs maken met name de analyse dat de Chipsrichtlijn de vraag rond de verhouding van de intellectueelrechtelijke bescherming rond chips en de grote multilaterale verdragen rond het intellectuele eigendomsrecht 'ontwijkt' en doorspeelt naar de Lidstaten); Zie in dit verband: Art 11, lid 3 en overweging 56 Richtlijn Databanken; Opmerkelijk is dat de Toelichting bij het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken binnen het onderdeel "6.0. The International framework" enkel in gaat op de verhouding van de auteursrechtelijke bescherming voor de structuur van databanken ten aanzien van de grote multilaterale verdragen rond intellectuele rechten. Europese Commissie, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van databanken, COM (92) 24 def., Brussel, 13 mei 1992, Deel I, p.36, punt 6.1.1. e.v.; Wat de verhouding betreft tussen het 'recht *sui generis*' met betrekking tot databanken als verzameling van elementen, uit de Richtlijn Databanken en de zonet vermelde verdragen, zie bijvoorbeeld: J. GASTER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken. Kommentar zur Richtlinie 96/6/EG mit Erläuterungen zur Umsetzung in das deutsche und österreichische Recht*, Keulen, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1999, p. 168 e.v. en W. CORNISH, "1996 European Community Directive on Database Protection", *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts* 1996, p. 10.

bescherming verlenen op grond van de intellectueelrechtelijke beschermingsregelingen die zij hierrond uitwerkten, indien hun eigen onderdanen een inhoudelijk gelijke bescherming kunnen genieten rond hun aggregatie-prestaties in de inhoud van databanken en hun chips in het land van herkomst van de betrokken niet-onderdanen³⁸⁰.

B.2. De bescherming rond computerprogramma's en de structuur van databanken

Rond computerprogramma's en de structuur van databanken had zich internationaal al snel een vrij grote consensus gevormd rond de volgende twee punten: dat het auteursrecht eventueel een aanknopingspunt kon bieden om rond deze incorporaties van inspanningen een intellectueelrechtelijke bescherming te verlenen en dat de bestaande multilaterale verdragen rond het auteursrecht op die manier toepassing konden vinden op de intellectueelrechtelijke bescherming rond deze incorporaties van inspanningen³⁸¹.

De internationale consensus rond de zonet vermelde punten maakte het voor wetgevers potentieel tot een erg voordelige optie om de intellectueelrechtelijke beschermingsregeling rond computerprogramma's en de structuur van databanken, onder de bestaande multilaterale verdragen rond het auteursrecht te laten vallen.

Ook in dit geval vroeg een intellectueelrechtelijke bescherming rond computerprogramma's en de structuur van databanken onder de bestaande multilaterale verdragen de betrokken wetgevers dan om in dit verband een deel van hun beleidsvrijheid op te geven bij het uitwerken van een bescherming 'op maat'. Om onder de betrokken bestaande multilaterale verdragen rond het auteursrecht te kunnen vallen, diende de intellectueelrechtelijke bescherming rond computerprogramma's en de structuur van databanken met name de onderdanen van de andere lidstaten minstens de inhoudelijke minimumbescherming te verlenen die deze verdragen opleggen. Concreet leidde dit er, zoals aangegeven, toe dat de uitgewerkte intellectueelrechtelijke beschermingsregelingen rond computerprogramma's en de structuur van databanken een erg lange beschermingsduur voorzien³⁸².

Daartegenover stond echter dat wetgevers hun landen potentieel in een erg gunstige positie konden plaatsen op het vlak van de geldstromen in de internationale handel, indien zij er voor opteerden om de intellectueelrechtelijke bescherming rond computerprogramma's en de structuur van databanken onder de bestaande multilaterale verdragen rond het auteursrecht te laten vallen. Uiteraard konden de betrokken wetgevers zich bij deze optie dan evenmin onttrekken aan de verplichtingen om binnen het eigen territorium, de door deze verdragen opgelegde 'nationale behandeling' en 'minimumbescherming' te verlenen, aan de computerprogramma's en de structuur van databanken van niet-onderdanen, afkomstig uit de andere lidstaten. Ook hier geldt dan dat een dergelijke intellectueelrechtelijke bescherming van de computerprogramma's en de structuur van databanken van niet-onderdanen, er, vanuit de optiek van internationale geldstromen, kon toe leiden dat geld van de eigen onderdanen zou wegvloeien naar het buitenland. Het grote verschil was nu echter dat, uit de keuze voor een intellectueelrechtelijke bescherming rond computerprogramma's en de structuur van databanken onder de bestaande multilaterale verdragen rond het auteursrecht, ook belangrijke geldstromen te verwachten waren richting eigen territorium. De zonet aangehaalde internationale consensus rond het auteursrecht als eventueel

³⁸⁰ Zie in dit verband: art. 3 Richtlijn Chips en art. 11 Richtlijn Databanken; Zie met betrekking tot deze voorwaarde van 'materiële reciprociteit' bijvoorbeeld: G. WESTKAMP, "TRIPS Principles, Reciprocity and the Creation of *Sui-Generis*-Type Intellectual Property Rights for New Forms of Technology", *Journal of World Intellectual Property* 2003, p. 827 e.v..

³⁸¹ Zie voor deze internationale consensus rond computerprogramma's, bijvoorbeeld: E. ULMER en G. KOLLE, "Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen", *GRURInt* 1982, p.489-500; Zie voor deze internationale consensus rond de structuur van databanken, bijvoorbeeld: WIPO, *Committee of Experts on a Possible Protocol to the Berne Convention for the Protection of literary and artistic works*, BCP/CE/1/2/ van 18 juli 1991, p. 14, punt 42.

³⁸² In de Overwegingen bij de Richtlijn Computerprogramma's luidt het in dit verband uitdrukkelijk: "Overwegende dat, om in overeenstemming te blijven met de bepalingen van de Berner Conventie tot bescherming van literaire en artistieke werken, de bescherming zal worden verleend gedurende het leven van de auteur en voor de duur van vijftig jaren te rekenen vanaf 1 januari van het jaar volgend op diens dood, of in het geval van een anoniem werk of een werk onder pseudoniem voor de duur van vijftig jaren te rekenen vanaf 1 januari van het jaar volgend op dat waarin het werk voor het eerst is gepubliceerd;"; Art 8 Richtlijn Computerprogramma's voorziet daarom in een beschermingsduur van, in beginsel, vijftig jaar na het overlijden van de langstlevende maker van het computerprogramma. Voor de kritiek dat deze beschermingsduur niet passend is met betrekking tot computerprogramma's, zie bijvoorbeeld: M. LEHMANN, "Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen", *GRURInt* 1991, p. 335.

aanknopingspunt voor een nationale en internationale, intellectueelrechtelijke bescherming rond computerprogramma's en de structuur van databanken, zorgde er immers voor dat kon uitgegaan worden van het volgende: dat de computerprogramma's en de structuur van databanken van de eigen onderdanen, door de toepassing van de betrokken verdragen rond het auteursrecht, in alle andere lidstaten een intellectueelrechtelijke bescherming zouden genieten³⁸³. Een intellectueelrechtelijke bescherming rond computerprogramma's en de structuur van databanken onder de multilaterale verdragen rond het auteursrecht bood dus een reëel vooruitzicht dat de aanwending in de andere lidstaten, van de computerprogramma's en de structuur van databanken van de eigen onderdanen, geld richting eigen territorium zou doen stromen. Door zichzelf dit vooruitzicht langs deze weg te verzekeren, dienden de betrokken lidstaten bovendien geen internationale onderhandelingen meer te voeren met betrekking tot het verlenen van intellectueelrechtelijke bescherming rond de computerprogramma's en de structuur van databanken van elkaars onderdanen³⁸⁴.

We stellen vast dat vele wetgevers voor zichzelf de afweging maakten dat het daadwerkelijk voordelig was om hun intellectueelrechtelijke beschermingsregeling rond computerprogramma's en de structuur van databanken, onder de bestaande multilaterale verdragen rond het auteursrecht te laten vallen³⁸⁵. Blijkbaar gingen zij er dus van uit dat deze keuze uiteindelijk meer geld uit de andere lidstaten richting eigen territorium zou doen vloeien dan omgekeerd. In het geval van het *sui generis* intellectuele recht rond computerprogramma's menen we, zoals aangegeven, dat het streven om de uitgewerkte beschermingsregeling onder de Conventie van Bern te laten vallen, er toe leidde het *sui generis* karakter van de uitgewerkte regeling absoluut niet te benadrukken. Met het oog op de toepassing van de Conventie van Bern werd er integendeel alles aan gedaan om de betrokken beschermingsregeling formeel te laten kwalificeren als *een* auteursrechtelijke bescherming rond werken van letterkunde³⁸⁶.

³⁸³ In het oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Computerprogramma's van de Europese Commissie vinden we in die zin overigens een uitdrukkelijke overweging terug, die luidt: "*The conclusion that computer programs are indeed literary 'works' within the meaning of the Berne and Universal Copyright Conventions leads to the assumption that were a Member State grants protection under the Berne Convention it will apply the principle of national treatment.*" Europese Commissie, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, COM(1988) 816 definitief, Brussel 17 maart 1989, p.14, punt 4.0..

³⁸⁴ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld SCHULZE, die pleitte voor een uitdrukkelijk *sui generis* intellectueel recht met betrekking tot computerprogramma's, maar zelf moest toegeven dat een bescherming van computerprogramma's binnen het auteursrecht, onmiskenbaar het voordeel had dat dit op het internationale vlak direct in te passen was binnen de bestaande grote multilaterale verdragen, die betrekking hebben op het auteursrecht. Schulze schrijft in dit verband met name: "*Der Einwand, daß für eine urheberrechtliche Lösung dieses Schutzes auch die entsprechenden internationalen Konventionen bereitstünden, wohingegen ein neuer Leistungsschutz nur national gelten würde und sich international erst in ferner Zukunft realisieren ließe, ist grundsätzlich nicht von der Hand zu weisen.*" G. SCHULZE, "Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen - geklärte Rechtsfrage oder bloße Illusion?", *GRUR* 1985, p. 1007.

³⁸⁵ Uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: Europese Commissie, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, COM(1988) 816 definitief, Brussel 17 maart 1989, p.14, punt 4.0. ("*Whatever the theoretical merits of 'sui generis' legislation in this field might be, they are far outweighed by the advantages of the existence of these international conventions*"); Zie in dit verband bijvoorbeeld de verwijzingen naar de Conventie van Bern, in art. 6.3. en rechtsoverwegingen 28, 35 en 37 Richtlijn Databanken; Zie in dit verband ook het onderdeel "6.0. The International framework" in Europese Commissie, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van databanken, COM (92) 24 def., Brussel, 13 mei 1992, Deel I, p.36, punt 6.1.1. e.v..

³⁸⁶ Zie in die zin ook: C. BERGER, "Der Schutz elektronischer Datenbanken nach der EG-Richtlinie vom 11. 3. 1996", *GRUR* 1997, p.173 ("*Der Rückgriff der Datenbank-Richtlinie auf das Urheberrecht ist nicht sachlich begründet, sondern nur vor dem Hintergrund internationaler Verträge zu verstehen.*") en F. BRISON en J.-P. TRIAILLE, "La nouvelle loi sur la protection des programmes d'ordinateur, dans le sillage de la loi sur le droit d'auteur", *J.T.* 1995, p. 143.

1.3. Evaluatie van de specialisatie doorgevoerd door *sui generis* intellectuele rechten

De specialisatie door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken maakte reeds het voorwerp uit van evaluaties. Zowel de specialisatie die de concrete *sui generis* intellectuele rechten doorvoerden³⁸⁷ als het concept van een doorgedreven specialisatie binnen het intellectuele eigendomsrecht door *sui generis* intellectuele rechten werden daarbij reeds onder de loep genomen³⁸⁸.

In dit onderdeel bespreken we deze bestaande evaluaties van de specialisatie doorgevoerd door *sui generis* intellectuele rechten. Daarbij opteren we voor de volgende aanpak. Eerst (1.3.1.) gaan we dieper in op het principiële beoordelingscriterium dat de rechtsleer gewoonlijk naar voor schuift om de specialisatie door *sui generis* intellectuele rechten te evalueren. Daarna (1.3.2.) schetsen we kort de bestaande opvattingen rond de wenselijkheid van de concrete *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken. Vervolgens (1.3.3.) gaan we dan ook in op de bestaande evaluaties van het concept van een specialisatie door *sui generis* intellectuele rechten. Het afzonderlijke behandelen van de evaluatie van de concrete *sui generis* intellectuele rechten en van het concept van de introductie van *sui generis* intellectuele rechten gaat hierbij in wezen terug op de volgende overweging: het gaat niet op om een concrete, eventueel slechte uitvoering van het concept van de introductie van *sui generis* intellectuele rechten rond specifieke categorieën incorporaties van inspanningen, meteen ook als doorslaggevend te zien voor de wenselijkheid van dit concept op zich.

1.3.1. Het criterium om de specialisatie door *sui generis* intellectuele rechten te beoordelen

Doorheen de bestaande evaluaties van de specialisatie van het intellectuele eigendomsrecht doorgevoerd door de introductie van *sui generis* intellectuele rechten, stellen we vast dat er in de rechtsleer een relatieve eensgezindheid bestaat rond het beoordelingscriterium dat daarbij vanuit rechtstheoretisch oogpunt te hanteren is. Er blijkt met name een relatieve consensus te bestaan dat het principiële beoordelingscriterium in dit verband het volgende moet nagaan: of de bijdrage van de geïntroduceerde *sui generis* intellectuele rechten om tot een meer gerechtvaardigde beschermingsregeling te komen rond de soorten incorporaties van inspanningen gevat door deze rechten, opweegt tegen de eventueel toenemende juridische inspanningen die deze *sui generis* intellectuele rechten met zich meebrengen om regelingen rond de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging toepassing te laten vinden³⁸⁹. Dit principiële beoordelingscriterium voert dus een afweging door tussen het effect van de

³⁸⁷ Zie in dit verband in het bijzonder: Commission, DG Internal Market and Services Working Paper – First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, Brussels, 12 december 2005, http://europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_en.pdf, 27 p. en Commissie, Verslag van de Commissie aan de Raad, het Europese Parlement en het Economisch en Sociaal Comité over de tenuitvoerlegging en de effecten van Richtlijn 91/250/EEG betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, COM(2000) 199 definitief, Brussel, 10 april 2000, 21 p.. Zie ook bijvoorbeeld: E.-P. HEILEIN, *Die Bedeutung des Rechtsschutzes für integrierte Halbleiterschaltkreise in der Praxis. Prognose und Probleme eines sondergesetzlichen Schutzes.*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2003, 271 p.; A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, 394 p.; T. DREIER, "The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs", *E.I.P.R.* 1991, p. 319-327; P. HUGENHOLTZ, "De Databankrichtlijn eindelijk aanvaard. Een zeer kritisch commentaar", *Computerrecht* 1996, p. 131-138; A. KUR, R. HILTY, C. GEIGER, M. LEISTNER, "First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases - Comment by the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, Munich", *IIC* 2006, p. 551-558.

³⁸⁸ Zie in dit verband bijvoorbeeld: G. WESTKAMP, "TRIPS Principles, Reciprocity and the Creation of *Sui-Generis*-Type Intellectual Property Rights for New Forms of Technology", *Journal of World Intellectual Property* 2003, p.827-859; R. HILTY en C. GEIGER, "Patenting Software? A Judicial and Socio-Economic Analysis", *IIC* 2005, p. 643-644; G. WESTKAMP, "Convergence of Intellectual Property Rights and the Establishment of 'Hybrid' Protection under TRIPS", in F. Macmillan (ed.), *New Directions in Copyright: Volume 1*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, p. 108-130; A. QUAEDVLIEG, "Three Times a Hybrid. Typecasting Hybrids Between Copyright and Industrial Property", in J. KABEL en G. MOM (eds.), *Intellectual Property and Information Law. Essays in honour of Herman Cohen Jehoram*, Den Haag, Kluwer, 1998, p. 47 e.v.; J. H. REICHMAN, "Legal Hybrids between the Patent and Copyright Paradigms", *Colum. L. Rev.* 1994, p. 2432-2558.

³⁸⁹ Zie voor een dergelijke afweging om te oordelen over de wenselijkheid van *sui generis* intellectuele rechten bijvoorbeeld: HILTY en GEIGER, die met betrekking tot *sui generis* intellectuele rechten het voordeel van "the high flexibility within the elaboration of appropriate rules" plaatsen tegenover het nadeel "that the field is

introductie van een *sui generis* intellectuele recht op twee grootheden: enerzijds de bijdrage van het betrokken *sui generis* intellectuele recht tot een meer gerechtvaardigde beschermingsregeling en anderzijds het effect van dit *sui generis* intellectuele recht op de ‘juridische inspanningen’ om regelingen rond de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging toepassing te laten vinden.

Bij de eerste grootheid, de bijdrage tot een meer gerechtvaardigde bescherming, gaat het dan met name om de bijdrage tot een bescherming die meer gerechtvaardigd is in het licht van de deontologisch-natuurrechtelijke en utilitaristische rechtvaardigingen voor het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. De analyse achter de opname van deze grootheid binnen het betrokken beoordelingscriterium is dan met name dat, zoals aangegeven, utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen slechts een rechtvaardiging bieden om in sommige gevallen, een bepaalde mate van bescherming te verlenen op grond van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging. Bij de toetsing rond deze grootheid is dus met name na te gaan of het *sui generis* intellectuele recht de incorporaties van inspanningen waarop het toepassing vindt een bescherming ‘op maat’ biedt, in de zin dat het betrokken niveau van bescherming voor de betrokken soort incorporaties van inspanningen het meer gerechtvaardigd niveau van bescherming is overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke en utilitaristische overwegingen.

Bij de tweede grootheid, de toenemende juridische inspanningen om regelingen rond de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging toepassing te laten vinden, gaat het dan met name om de inspanningen die het kost om de nieuwe normen van dit *sui generis* intellectueel recht te formuleren, te duiden en af te bakenen tegenover de normen van de regelingen rond de bestaande intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging³⁹⁰.

De analyse achter de opname van deze grootheid binnen bovenvermeld beoordelingscriterium is dan met name dat de introductie van de bijkomende normen van het *sui generis* intellectueel recht in de regel ook dergelijke bijkomende juridische inspanningen vraagt³⁹¹. Het idee is dan ook dat het niet opgaat om deze bijkomende formulerings- en interpretatie-inspanningen te veroorzaken indien daar geen voldoende bijdrage tegenover staat tot een meer gerechtvaardigde beschermingsregeling. Samengevat is de analyse met andere woorden dus dat het te vermijden is om via *sui generis* intellectuele rechten onnodige juridische inspanningen te veroorzaken, dit wil zeggen formulerings- en interpretatie-inspanningen waar geen voldoende bijdrage aan gekoppeld is tot een meer gerechtvaardigde beschermingsregeling³⁹².

Zoals meteen zal blijken, verhindert de relatieve eensgezindheid rond het principiële beoordelingscriterium om de introductie van *sui generis* intellectuele rechten te evalueren, echter niet dat er discussie blijft bestaan, zowel rond

completely new and the implementation of such a right at the level of international conventions would not be easy”, R. HILTY en C. GEIGER, "Patenting Software? A Judicial and Socio-Economic Analysis", *IIC* 2005, p. 644; WESTKAMP, die de wenselijkheid van *sui generis* intellectuele rechten benadert vanuit de optiek van het toelaten van een “*bespoke solution to a specific problem*” en hun effect op het vlak van ‘fricties’ ten aanzien van internationale en nationale normen. G. WESTKAMP, “Convergence of Intellectual Property Rights and the Establishment of ‘Hybrid’ Protection under TRIPs”, in F. Macmillan (ed.), “*New Directions in Copyright: Volume I*”, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, p. 111

³⁹⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: D. BURK en M. LEMLEY, "Policy Levers in Patent Law", *Virginia Law Review* 2003, p.1635 e.v. (“... , rewriting the patent law for each industry would involve substantial administrative costs and uncertainties. Congress would have to write new statutes not just for biotechnology and software, but for any number of different industries with special characteristics: semiconductors, pharmaceuticals, chemistry, nanotechnology, perhaps telecommunications and other industries would all need separate statutes. District court judges, who already have enough trouble learning the arcane rules of patent law in the relatively few patent cases they hear, would have to learn a host of new statutes. The law supporting these statutes would be slow to develop, since fewer cases would come up involving each statute. The resulting uncertainty would perhaps enrich lawyers, but it surely would not be conducive to encouraging innovation. ... There will also be a great deal of line drawing to be done, as the boundaries between industries are not clear-cut and are notoriously mutable.”)

³⁹¹ Zie bijvoorbeeld: Senate Report on the Semiconductor Chip Protection Act, Report No. 98-425, 98th Cong., 2d Sess, 1984, p.13 (“*The alternative approach of a new statute, containing many new concepts and terms, would promote uncertainty and invite costly litigation to define the parameters of the new form of protection.*”).

³⁹² Zie in die zin bijvoorbeeld: VERKADE die stelt: “... ik acht het onpraktisch om zonder werkelijke reden voor het een of het andere nieuwe object of fenomeen, of het nu computersoftware of iets anders is, telkens maar weer een nieuwe beschermingswet te ontwerpen.” D. VERKADE, Boekbespreking: G. VANDENBERGHE, *Bescherming van computersoftware, een rechtsvergelijkend onderzoek*, B.I.E. 1984, p. 338.

de wenselijkheid van de specialisatie doorgevoerd door de *concrete sui generis* intellectuele rechten als rond de wenselijkheid van het *concept* van een dergelijke specialisatie.

1.3.2. De evaluatie van de specialisatie door de concrete sui generis intellectuele rechten

De wenselijkheid van de specialisatie die de concrete *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken doorvoerden binnen het intellectuele eigendomsrecht kreeg reeds uiteenlopende evaluaties. Deze beoordelingen zijn daarbij bijna steeds gebaseerd op evaluaties van de betrokken concrete *sui generis* intellectuele rechten in het licht van toetsingscriteria die in wezen raken aan één van de beide grootheden binnen het zonet vermelde rechtstheoretische criterium om de wenselijkheid te beoordelen van *sui generis* intellectuele rechten. Zoals aangegeven gaat het daarbij dus om de volgende twee grootheden: enerzijds de bijdrage van het *sui generis* intellectuele recht tot een meer gerechtvaardigde beschermingsregeling en anderzijds het effect van dit *sui generis* intellectuele recht op de formulerings- en interpretatie-inspanningen om regelingen rond de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging toepassing te laten vinden. Meteen is in dit verband echter op te merken dat, voor zover ons bekend is, geen enkele van de concrete *sui generis* intellectuele rechten reeds het voorwerp uitmaakte van een uitgebreide en systematische toetsing in het licht van het betrokken principiële beoordelingscriterium om de wenselijkheid van *sui generis* intellectuele rechten te beoordelen.

De beoordeling van de wenselijkheid van het concrete *sui generis* intellectueel recht rond chips is daarbij overwegend negatief. De meerderheidsopvatting bestaat er met name in dat dit *sui generis* intellectuele recht rond chips enkel een bron is van bijkomende formulerings- en interpretatie-inspanningen zonder dat daar ook een voldoende bijdrage tegenover staat tot een meer gerechtvaardigde beschermingsregeling rond chips. Deze kritiek op het *sui generis* intellectuele recht rond chips start daarbij doorgaans vanuit de vaststelling dat zich sinds de introductie van dit *sui generis* intellectuele recht nauwelijks rechtszaken voordeden waarin een beroep gedaan werd op de bescherming van dit intellectuele recht³⁹³. Het ontbreken van rechtszaken met betrekking tot het *sui generis* intellectuele recht rond chips doet sommige auteurs dan met name twifelen of er eigenlijk ooit nood was aan een dergelijke bescherming rond chips³⁹⁴. Tegenwoordig zou vaststaan dat het eenvoudige kopiëren van chips, door de technische ontwikkelingen te duur en te complex geworden is om nog een daadwerkelijk dreiging te vormen voor producenten van chips³⁹⁵. De betrokken auteurs geven echter ook aan dat er ook op het moment van de introductie van het *sui generis* intellectuele recht geen reële nood was om een intellectueel recht in het leven te roepen om chips te beschermen tegen goedkope kopieën. Het ontbreken van rechtszaken hierrond en de analyse dat kopiëren tegenwoordig nauwelijks nog een probleem vormt rond chips zet velen er dan ook toe aan om het *sui generis* intellectuele recht als een prototype te zien van al te technologie-specifieke regelgeving die achterhaald geraakt in het licht van nieuwe technologische evoluties³⁹⁶.

Een minderheid in de rechtsleer meent daarentegen dat het *sui generis* intellectuele recht rond chips al te vlug als onwenselijk bestempeld wordt. Sommige auteurs zijn er bijvoorbeeld van overtuigd dat dit *sui generis* intellectuele recht in de jaren 1980 wel degelijk tegemoetkwam aan een reëel probleem omdat chips toen daadwerkelijk

³⁹³ Zie in die zin bijvoorbeeld: G. KARNELL, "Protection of Layout Designs (Topographies) of Integrated Circuits - R.I.P.?", *IIC* 2006, p.650; D. BURK en M. LEMLEY, "Policy Levers in Patent Law", *Virginia Law Review* 2003, p.1636-1637 ("Passed after six years of debate, the SCPA created a detailed set of rules designed to protect semiconductor mask works. But it has virtually never been used."); R. RISBERG, "Five Years Without Infringement Litigation Under the Semiconductor Chip Act: Unmasking The Spectre of Chip Piracy In An Era of Diverse and Incompatible Process Technologies", *Wisconsin Law Review* 1990, 241 e.v..

³⁹⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: R. RISBERG, "Five Years Without Infringement Litigation Under the Semiconductor Chip Act: Unmasking The Spectre of Chip Piracy In An Era of Diverse and Incompatible Process Technologies", *Wisconsin Law Review* 1990, p. 277.

³⁹⁵ E.-P. HEILEIN, *Die Bedeutung des Rechtsschutzes für integrierte Halbleiterschaltkreise in der Praxis. Prognose und Probleme eines sondergesetzlichen Schutzes*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2003, p.148

³⁹⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: D. BURK en M. LEMLEY, "Policy Levers in Patent Law", *Virginia Law Review* 2003, p.1636-1637.

gekopieerd konden worden voor een fractie van de kosten die nodig waren om ze zelfstandig te ontwikkelen³⁹⁷. WESTKAMP geeft ook aan dat het lage aantal rechtszaken waarin een beroep gedaan werd op de bescherming van het *sui generis* intellectuele recht rond chips, in wezen geen relevant criterium is om de wenselijkheid te beoordelen van deze beschermingsregeling. Deze auteur stelt dat dit gegeven ook een teken van het succes kan zijn van het betrokken *sui generis* intellectuele recht: de betrokken beschermingsregeling was duidelijk en strikt beperkt tot wat nodig was en gaf daarom geen aanleiding tot betwisting³⁹⁸.

De beoordeling van het *sui generis* intellectueel recht rond computerprogramma's is overwegend positief te noemen. De opvatting die overheerst is kennelijk dat dit *sui generis* intellectuele recht een bijdrage levert tot een meer gerechtvaardigde beschermingsregeling rond computerprogramma's die de bijkomende formulerings- en interpretatie-inspanningen ten gevolge van zijn introductie gemakkelijk overstijgt. In haar Evaluatie van de Richtlijn Computerprogramma's bijvoorbeeld geeft de Commissie aan dat de Richtlijn Computerprogramma's en haar omzetting in de Europese Lidstaten een duidelijk positief effect had op de computerprogramma-industrie³⁹⁹. In deze evaluatie stelt de Commissie dat het hoogstens nodig is om sommige aspecten van de Richtlijn Computerprogramma's verder te verduidelijken⁴⁰⁰.

Niet iedereen is het echter eens met deze positieve beoordeling van het rond computerprogramma's geïntroduceerde *sui generis* intellectueel recht. Sommige auteurs geven namelijk aan dat de mate van bescherming die computerprogramma's ontleen aan dit *sui generis* intellectuele recht er toe neigt om te ruim uit te vallen in verhouding tot het reële probleem dat zich voordoet rond het gemakkelijk en goedkoop kopiëren van computerprogramma's⁴⁰¹. Daarnaast is er ook de kritiek dat de Richtlijn Computerprogramma's een complexe regeling introduceerde rond reverse engineering, die veel interpretatie-inspanningen teweegbrengt, maar, bij nader inzicht, weinig bijdraagt tot de bestaande principes binnen het intellectuele eigendomsrecht⁴⁰². Ten slotte wordt het de Richtlijn Computerprogramma's vaak kwalijk genomen dat deze, om de toepassing te kunnen genieten van de Conventie van Bern, bereid was om met name op het vlak van de duur van de toegekende bescherming af te wijken van een optimale beschermingsregeling rond computerprogramma's⁴⁰³.

Het *sui generis* recht rond databanken als verzamelingen van elementen, de inhoud van databanken, wordt door een overweldigende meerderheid dan weer uiterst negatief beoordeeld. De opvatting die overheerst is dat dit *sui generis* intellectuele recht een bron is van bijkomende formulerings- en interpretatie-inspanningen zonder dat daar ook een voldoende bijdrage tegenover staat tot een meer gerechtvaardigde beschermingsregeling rond databanken als verzamelingen van elementen.

³⁹⁷ HEILEIN stelt dat einde jaren 80 van de 20^e eeuw de kost van een kopie van een chip gemiddeld 1/40^e van de ontwikkelingskosten bedroeg en drie tot zes maanden duurde om te maken. E.-P. HEILEIN, *Die Bedeutung des Rechtsschutzes für integrierte Halbleiterschaltkreise in der Praxis. Prognose und Probleme eines sondergesetzlichen Schutzes*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2003, p. 139-140.

³⁹⁸ WESTKAMP stelt met betrekking tot de chipsbescherming met name: "The reason why it did not generate huge bulks of litigation is the very precise character of subjectmatter, which is elaborately defined as its three dimensional design. The effect, therefore, was not merely to grant exclusive rights but to make transactions more precise as to its object." G. WESTKAMP, "TRIPS Principles, Reciprocity and the Creation of *Sui-Generis*-Type Intellectual Property Rights for New Forms of Technology", *Journal of World Intellectual Property* 2003, p.854, voetnoot 101.

³⁹⁹ Commissie, Verslag van de Commissie aan de Raad, het Europese Parlement en het Economisch en Sociaal Comité over de tenuitvoerlegging en de effecten van Richtlijn 91/250/EEG betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, COM(2000) 199 definitief, Brussel, 10 april 2000, p. 15.

⁴⁰⁰ Commissie, Verslag van de Commissie aan de Raad, het Europese Parlement en het Economisch en Sociaal Comité over de tenuitvoerlegging en de effecten van Richtlijn 91/250/EEG betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, COM(2000) 199 definitief, Brussel, 10 april 2000, p. 17.

⁴⁰¹ Zie in dit verband bijvoorbeeld: U. LOEWENHEIM, "Abschnitt 8. Besondere Bestimmungen für Computerprogramme" in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p.1328 e.v.; M. BUYDENS, *La Protection de la Quasi-Creation*, Brussel, Larcier, 1993, p. 78 e.v. en 224 e.v..

⁴⁰² Zie voor deze analyse: T. VINJE, "Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität", *GRURInt* 1992, p. 250-260.

⁴⁰³ Zie in dit verband: M. LEHMANN, "Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen", *GRURInt* 1991, p. 335.

Een veel gehoorde kritiek op de Richtlijn Databanken is immers dat deze een hele reeks nieuwe, complexe noties introduceert die erg grote interpretatie-inspanningen vragen omdat hun inhoud niet duidelijk is op grond van de richtlijn⁴⁰⁴. In haar evaluatie van de Richtlijn Databanken wijst de Europese Commissie ook zelf op de interpretatiemoeilijkheden rond het complexe begrippenapparaat van de Richtlijn Databanken maar ziet ze niet meteen een oplossing hiervoor. De Commissie vreest dat een poging om het *sui generis* intellectuele recht rond de inhoud van databanken te verduidelijken door de betrokken begrippen te herformuleren eerder het tegenovergestelde effect zal hebben: een nieuwe golf van interpretatievragen⁴⁰⁵.

Tegenover deze bijkomende formulerings- en interpretatie-inspanningen ten gevolge van het *sui generis* intellectuele recht rond de inhoud van databanken, staat dan dat dit intellectuele recht volgens velen niet bijgedragen heeft tot een meer gerechtvaardigde beschermingsregeling rond databanken als verzamelingen van elementen, eerder integendeel. Deze kritiek begint dan reeds met het in twijfel trekken of er rond databanken, als het resultaat van de inspanningen van het verzamelen van element, ooit een reële nood bestond om een intellectueelrechtelijke bescherming te introduceren⁴⁰⁶. De mate van bescherming die de Richtlijn Databanken toeliet rond de inhoud van databanken werd bijna unaniem als veel te ruim ervaren. Vele auteurs menen in dit verband dat deze bescherming met name te ruim werd toen de *sui generis* regel vervangen werd door een volwaardig *sui generis* intellectueel recht en het stelsel van dwanglicenties daarbij bovendien geschrapt werd in ruil voor de mogelijkheid voor rechtmatige gebruikers om niet-substantiële delen van de inhoud vrij te gebruiken en bepaalde specifieke beperking te genieten rond substantiële delen van de inhoud⁴⁰⁷. Geregeld werd de vrees geuit dat het *sui generis* intellectuele recht rond de inhoud van databanken aanleiding zou geven tot monopolies op informatie⁴⁰⁸. Deze kritiek rond de al te ruime bescherming ging daarbij nog zwaarder doorwegen toen de Europese Commissie in haar evaluatie van de Richtlijn Databanken aangaf dat zij niet had kunnen vaststellen dat

⁴⁰⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. QUAEDVLIEG, "Copyright's Orbit Round Private, Commercial and Economic Law - The Copyright System and the Place of the User", *IIC* 1998, p. 436.

⁴⁰⁵ Zie bijvoorbeeld de uitdrukkelijke opmerkingen in de Evaluatie van de Richtlijn Databanken enerzijds dat: "...the complexity of the 'sui generis' regime may have caused confusion among certain users, in particular the academic and scientific community." en anderzijds dat: "Amendments could, in addition, clarify the issue of what actually constitutes a substantial investment in either the obtaining, verification or presentation of the contents of a database. On the other hand, reformulating the scope of the 'sui generis' right entails a serious risk that yet another layer of untested legal notions would be introduced that will not withstand scrutiny before the ECJ.", Commissie van de Europese Gemeenschappen, *First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases* (DG Internal Market and Services Working Paper), Brussels 12 december 2005, respectievelijk p.22 en p.26 (te raadplegen op: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_en.pdf en hierna aangeduid als: "Evaluatie van de Richtlijn Databanken").

⁴⁰⁶ Zie wat deze twijfel betreft, bijvoorbeeld: R. HILTY, "The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces" in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p.34 e.v.; M. GRÜTZMACHER, *Urheber-, Leistungs- und Sui-generis-Schutz von Datenbanken. Eine Untersuchung des europäischen, deutschen und britischen Rechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 95 e.v.; Vergelijk op dit punt ook REICHMAN, die het *sui generis*-recht rond databanken bestempelt als: "Legislating without a Solid Empirical Foundation", J.H. REICHMAN, "Database Protection in a Global Economy", *R.I.D.E.* 2002, p. 284.

⁴⁰⁷ Zie in dit verband de kritiek bij bijvoorbeeld: P. HUGENHOLTZ, "De Databankrichtlijn eindelijk aanvaard. Een zeer kritisch commentaar", *Computerrecht* 1996, p. 131-138 ("Het *sui generis* extractierecht, dat de kern van de Richtlijn vormt, heeft eveneens een belangrijke uitbreiding ondergaan. Het recht is uitgegroeid van een mededingingsrechtelijke norm tot een volwaardig - en krachtig - recht van industriële eigendom. Daarentegen is het stelsel van dwanglicenties, dat tegen misbruik van het extractierecht een remedie had moeten vormen, in de uiteindelijke richtlijn verdwenen. Omdat de Richtlijn maar mondjesmaat in de mogelijkheid van wettelijke beperkingen voorziet, heeft de Richtlijn daarmee haar evenwicht verloren."); G. WESTKAMP, "Protecting Databases Under US and European Law - Methodical Approaches to the Protection of Investments Between Unfair Competition and Intellectual Property Concepts", *IIC* 2003, p. 772 e.v.; Anders: J. GASTER, "Zur anstehenden Umsetzung der EG-Datenbankrichtlinie", *CR* 1997, (Deel I) p.675 (GASTER stelt dat deze ruil uiteindelijk zowel vanuit het oogpunt van de gebruiker als concurrenten voordelig is omdat het volgens hem, in vergelijking met een systeem van dwanglicenties, voor hen toch in de eerste plaats interessant is om volledig vrij te kunnen beschikken over niet-substantiële delen)

⁴⁰⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: N. MALLETT-POUJOL, "La directive concernant la protection juridique des bases de données: la gageure de la protection privative", *Droit de l'informatique et des telecoms* 1996, p.10; J. REICHMAN en P. SAMUELSON, "Intellectual Property Rights in Data?" *Vanderbilt Law Review* 1997, p. 94.

dit intellectuele recht de beoogde stimulus teweegbracht voor de Europese databank-industrie⁴⁰⁹. Opmerkelijk was dat de evaluatie van de Richtlijn Databanken door de Europese Commissie het *sui generis* intellectuele recht rond de inhoud van databanken zo negatief beoordeelde dat de Commissie het intrekken van dit *sui generis* intellectuele recht of zelfs het intrekken van de gehele Richtlijn Databanken naar voor schoof als een ernstig in overweging te nemen beleidsoptie⁴¹⁰.

Sommige auteurs geven echter ook aan dat deze uitgesproken negatieve beoordeling van het *sui generis* recht rond databanken als verzamelingen van elementen wat te ver gaat. Bepaalde auteurs stellen, volgens ons zeer terecht, dat de empirische gegevens waarop de Europese Commissie zich baseert in haar evaluatie van de Richtlijn Databanken, eigenlijk geen uitspraken toelaten over het effect van het *sui generis* intellectuele recht rond de inhoud van Databanken⁴¹¹. De Commissie baseerde zich bij haar evaluatie immers op 101 antwoorden op on-line vragenlijsten aan ondernemingen en het cijfermateriaal uit één verdere bron, de Gale Directory of Databases, weliswaar het grootste bestaande bestand met statistieken over de groei van de globale databankindustrie⁴¹². De Commissie geeft daarbij bovendien zelf aan dat ze het antwoord op de vraag, of de invloed van de databankrichtlijn moet afgemeten worden aan het aantal geproduceerde databanken dan wel aan de hoeveelheid informatie in databanken, heeft laten afhangen van het feit dat haar enige bron het aantal geproduceerde databanken weergeeft⁴¹³. De Commissie geeft ook aan dat ze niet met het vereiste niveau van rechtszekerheid kan bepalen of een ‘databank’ in het licht van het gebruikte cijfermateriaal uit de Gale Directory of Databases eigenlijk wel overeenkomt met een ‘databank’ in de zin van de definitie van dit begrip in de Databankrichtlijn⁴¹⁴. Daarnaast geven verschillende auteurs ook aan dat de interpretatie door het Europees Hof van Justitie van belangrijke begrippen van het betrokken recht *sui generis*, duidelijk gemaakt heeft dat betrokken beschermingsregeling weliswaar ruim is maar geen aanleiding geeft tot sommige van de eerder gevreesde excessen⁴¹⁵.

⁴⁰⁹ De Commissie stelt in haar Evaluatie van de Richtlijn Databanken, met betrekking tot het *sui generis*-recht meerbepaald: “*Introduced to stimulate the growth of databases in Europe, the new instrument has had no proven impact on the production of databases.*” Commissie van de Europese Gemeenschappen, *First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases* (DG Internal Market and Services Working Paper), Brussels 12 december 2005, p. 25 (te raadplegen op: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_en.pdf en hierna aangeduid als: Evaluatie van de Richtlijn Databanken); Zie echter uiterst kritisch ten aanzien van de doorgevoerde analyse op dit punt binnen de Evaluatie van de Richtlijn Databanken: E. DERCLAYE, “Intellectual Property Rights on Information and Market Power - Comparing European and American Protection of Databases”, *IIC* 2007, p. 297-298.

⁴¹⁰ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Evaluatie van de Richtlijn Databanken, p. 24-25.

⁴¹¹ Zo stelt DERCLAYE bijvoorbeeld met betrekking tot de evaluatie van de Richtlijn Databanken door de Europese Commissie: “*It may be true that the U.S. database industry does better than that of Europe, but the results are based on a few replies to questionnaires and a single source, the Gale Directory of Databases. Drawing serious conclusions on the basis of this report that the database right is inadequate and must be repealed is not serious. Further studies should be made including theoretical and empirical economic studies to further enlighten these first findings.*” E. DERCLAYE, “Intellectual Property Rights on Information and Market Power - Comparing European and American Protection of Databases”, *IIC* 2007, p. 297.

⁴¹² Zie: Europese Commissie, Evaluatie Richtlijn Databanken, p. 5.

⁴¹³ Zie: Europese Commissie, Evaluatie Richtlijn Databanken, p. 16 (“*In the absence of other empirical data, the evolution of database sales since the introduction of the Directive has to be measured by having recourse to the number of databases produced. In this respect, the data available are the statistics as compiled in the GDD. For the purposes of this directory, the size of the database industry is measured in terms of changes in the number of database “entries” into the directory.*”).

⁴¹⁴ Zie: Europese Commissie, Evaluatie Richtlijn Databanken, p.16 (“*But, in having recourse to the GDD, some important caveats have to be made. The Commission services cannot determine with the requisite level of legal certainty that a database “entry” in the GDD coincides with the wide definition of “database” under the Directive. This is due to the fact that the definition of a “database” as contained in the Directive is very wide and probably not exhaustive in character. Thus, it appears entirely possible that certain compilations such as newspapers, magazines and electronic programme guides, which would fall within the scope of the Directive, have not been counted as a database “entry” in the GDD statistics.*”).

⁴¹⁵ Zie uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: DERCLAYE, “Intellectual Property Rights on Information and Market Power - Comparing European and American Protection of Databases”, *IIC* 2007, p. 288 (“*In conclusion, although the ECJ has considerably reduced some of the excessively protective features of the database right, the right remains very strong: the definitions of a database and of the rights are broad, the protection requirement is low, the exceptions are narrow and the term is potentially eternal. ... Nevertheless, the scarcity and narrowness of the*

De evaluatie van de auteursrechtelijke bescherming rond de structuur van databanken is overwegend neutraal tot positief. De opvatting die domineert is blijkbaar dat de beschermingsregeling hierrond een bijdrage levert tot een meer gerechtvaardigde beschermingsregeling rond de structuur van databanken die gemakkelijk de bijkomende formulerings- en interpretatie-inspanningen overstijgt ten gevolge van het introduceren van een uitdrukkelijke beschermingsregeling hierrond in de Richtlijn Databanken. In haar evaluatie van de Richtlijn Databanken wijst de Europese Commissie er op dat de auteursrechtelijke bescherming van de structuur van databanken tot nu toe geen ernstige problemen opgeleverd heeft. Het behoud van deze beschermingsregeling rond de structuur van databanken, is voor de Europese Commissie integendeel zelfs een argument om de Richtlijn Databanken niet in haar geheel in te trekken als reactie op de problemen die ze vaststelt rond het *sui generis* intellectuele recht rond de inhoud van databanken⁴¹⁶.

Een minderheid is het echter niet eens met deze positieve beoordeling van de auteursrechtelijke bescherming rond de structuur van databanken. In het licht van de rechtspraak rond deze beschermingsregeling, wijzen sommige auteurs er met name op dat deze eveneens gepaard gaat met moeilijke interpretatievragen en het risico inhoudt van het toekennen van een al te ruime bescherming. Daarbij gaat het er dan met name om dat niet geheel duidelijk is, wat de implicatie is van het feit dat de Richtlijn Databanken uitdrukkelijk zowel de ‘keuze’ als de ‘rangschikking’ van de elementen van een databank als alternatieve aanknopingspunten noemt die aanleiding kunnen geven tot een auteursrechtelijke bescherming⁴¹⁷. Daarnaast kan het ook de Richtlijn Databanken kwalijk genomen worden dat deze bereid was om, op het vlak van de duur van de toegekende bescherming, af te wijken van een optimale beschermingsregeling rond de structuur van databanken om toch maar de toepassing te kunnen genieten van de Conventie van Bern⁴¹⁸.

Ten slotte, is op te merken dat de concrete *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken ook reeds het voorwerp uitmaakten van een meer overkoepelende kritiek. Het gaat dan met name om punten van kritiek die opgaan voor elk van de betrokken concrete *sui generis* intellectuele rechten.

Een eerste dergelijke overkoepelende kritiek is dan met name dat de concrete *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken onnodige verschilpunten introduceren binnen het intellectuele eigendomsrecht. Het gaat dan met name om verschilpunten die niet nodig zijn met het oog op een bijdrage tot een meer gerechtvaardigde beschermingsregelingen te komen rond chips, computerprogramma's en databanken⁴¹⁹. Het uitgangspunt voor deze kritiek rond onnodige verschilpunten is daarbij met name de analyse dat de onderscheiden concrete *sui generis* intellectuele rechten in wezen allen éénzelfde concept implementeren. Dit concept bestaat er dan met name in dat zij rond de volgende soort resultaten van inspanningen een intellectueelrechtelijke investeringsbescherming voorzien die, in beginsel, de concrete vormgeving van de betrokken ideeën als leidraad neemt om de beschermingsomvang af te bakenen: niet-exceptioneel vernieuwende resultaten van inspanningen die toepassingen vinden in incorporaties van inspanningen met een uitgesproken functionele gerichtheid. De aanleiding voor de concrete *sui generis* intellectuele rechten om over te gaan tot de implementatie van dit concept was telkens de volgende vaststelling: de concrete kenmerken van de incorporaties van de betrokken niet-exceptioneel vernieuwende resultaten van inspanningen zorgden er telkens voor dat deze incorporaties van inspanningen konden gekopieerd worden tegen een fractie van de kosten die nodig waren om ze zelfstandig te ontwikkelen⁴²⁰. Omwille van dit gemeenschappelijke concept dat ze implementeren werden de

exceptions and the potentially perpetual term of protection are features that still give too much protection to database producers”).

⁴¹⁶ Europese Commissie, Evaluatie Rlijn Datbanken, p. 25

⁴¹⁷ Zie in dit verband bijvoorbeeld: T. EHMANN, “Datenbankurheberrecht, Datenbankherstellerrecht und die Gemeinschaft der Rechtsinhaber - Zugleich Besprechung von BGH ‚Gedichttitelliste I und II“”, *GRUR* 2008, p. 474 e.v..

⁴¹⁸ Vergelijk op dit punt ook de kritiek van: C. BERGER, "Der Schutz elektronischer Datenbanken nach der EG-Richtlinie vom 11. 3. 1996", *GRUR* 1997, p. 173.

⁴¹⁹ Vergelijk op dit vlak: J. HUYDECOPER, "Waarom bescherming en waarom zoveel soorten?", *B.I.E.* 1997, p. 33.

⁴²⁰ Vergelijk op dit punt: de Richtlijn Chips, die in haar overwegingen stelt: "Overwegende dat de functies van halfgeleiderprodukten voornamelijk afhangen van de topografieën van deze produkten en dat voor de ontwikkeling van deze topografieën belangrijk menselijk en technisch potentieel en aanzienlijke financiële middelen moeten

concrete *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken reeds vaak geduid als 'hybride' beschermingsregelingen die zich situeren tussen het auteursrecht en het octrooirecht⁴²¹. Deze analyse gaat daarbij dan met name terug op de traditionele benadering van het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen' en de daaruit afgeleide grenzen en taakverdeling van de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht. Concreet gaat het er dan om dat deze *sui generis* intellectuele rechten bescherming bieden daar waar functionele incorporatie van inspanningen een te grote functionele gerichtheid hebben om auteursrechtelijke bescherming te bieden en te weinig exceptioneel vernieuwend zijn om in aanmerking te komen voor bescherming door het octrooirecht. Vanuit deze analyse dat de concrete *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken in wezen één zelfde concept implementeren, komen sommige auteurs dan met name tot de vaststelling dat veel van hun onderlinge verschilpunten eigenlijk in wezen onnodig zijn. Dergelijke onnodige verschilpunten zijn daarbij dan met name onwenselijk omdat zij niettemin aanleiding geven tot formulerings- en interpretatie-inspanningen, zonder dat daar een bijdrage tegenover staat op het vlak van het bereiken van een meer gerechtvaardigde beschermingsregeling. REICHMANN stelt in dit verband dat wetgevers met de onderscheiden *sui generis* intellectuele rechten telkens slechts *ad hoc* oplapwerk leverden naar aanleiding van de identificatie van een nood tot bescherming rond bepaalde specifieke soorten incorporaties van inspanningen. Het feit dat dit aanleiding gaf tot zoveel afzonderlijke categorieën intellectuele rechten, getuigt volgens deze auteur van een gebrek aan inzicht in de fundamentele problematiek die de rode draad vormt doorheen de nood om de betrokken incorporaties van inspanningen te beschermen⁴²².

Een tweede overkoepelende kritiek komt dan specifiek voort uit de traditionele benadering van het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen' en houdt in dat de concrete *sui generis* intellectuele rechten allen een intellectueelrechtelijke bescherming verlenen in gevallen waarin het zeer onwaarschijnlijk is dat de 'verdiensten' van deze intellectueelrechtelijke bescherming ook haar 'tekortkomingen' zullen overstijgen. Deze kritiek start dan met name van de vaststelling dat chips, computerprogramma's en databanken allen, in de regel, een uitgesproken functionele gerichtheid hebben, met name respectievelijk het opslaan en bewerken van in de vorm van spanningsverschillen geïntroduceerde data, het doen functioneren van een computer en het optimaal informatie verschaffen over het bestaan en de eigenschappen van data. Deze functionele gerichtheid maakt volgens het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen' zoals aangegeven dat het aantal 'substituten' voor bepaalde

worden ingezet, terwijl zij voor een fractie van de kosten die moeten worden besteed om deze topografieën zelfstandig te ontwikkelen, kunnen worden gekopieerd,"; de Richtlijn Computerprogramma's, die in haar overwegingen stelt: "Overwegende dat voor de ontwikkeling van computerprogramma's belangrijk menselijk en technisch potentieel en aanzienlijke financiële middelen moeten worden ingezet, terwijl zij kunnen worden gekopieerd voor een fractie van de kosten die moeten worden besteed om deze programma's zelfstandig te ontwikkelen"; overweging 7 van de Richtlijn databanken, die luidt: "Overwegende dat de fabricage van databanken aanzienlijke menselijke, technische en financiële inspanningen vergt, terwijl zij kunnen worden gekopieerd of geraadpleegd voor een fractie van de kosten die moeten worden besteed om deze produkten zelfstandig te ontwikkelen"; Zie in dezelfde zin ook Commissie, *Groenboek over het auteursrecht en de uitdagingen der technologie. Problemen op het gebied van het auteursrecht die een onmiddellijke aanpak behoeven*. COM (Def) 171/1988, Brussel 7 juni 1988, p. 2, punt 1.2.2..

⁴²¹ Zie bijvoorbeeld: A. QUAEDVLIEG, "Three Times a Hybrid. Typecasting Hybrids Between Copyright and Industrial Property", in J. KABEL en G. MOM (eds.), *Intellectual Property and information Law. Essays in honour of Herman Cohen Jehoram*, Den Haag, Kluwer, 1998, p. 53 e.v.; J. REICHMAN, "Legal Hybrids between the Patent and Copyright Paradigms", *Columbia Law Review* 1994, p. 2504; H. COHEN JEHOAM, "Hybrids on the borderline between copyright and industrial property law", *R.I.D.A.* 1992, p. 75; D. KARJALA, "A Coherent Theory for the Copyright Protection of Computer Software and Recent Judicial Interpretations", *U.Cin.L.Rev.* 1997-1998, p. 85.

⁴²² Zo spreekt bijvoorbeeld REICHMAN in dit verband met name van: "*ad hoc grants of exclusive property rights that obscure the fundamental need to devise a more socially beneficial mode of protecting applied scientific know-how in general*". J. REICHMAN, "Legal Hybrids between the Patent and Copyright Paradigms", *Columbia Law Review*. 1994, p. 2505; Vergelijk op dit punt ook de waarschuwing die QUAEDVLIEG geeft waar hij schrijft: "*As ever more hybrids emerge, the system of copyright and of intellectual property threatens to become opaque and confused because of their seemingly disorganised, rampant growth. Legal science cannot content itself with observing individual hybrids and their behaviour. We must inquire into the phenomenon as a whole.*" A. QUAEDVLIEG, "Three Times a Hybrid. Typecasting Hybrids Between Copyright and Industrial Property", in J. KABEL en G. MOM (eds.), *Intellectual Property and information Law. Essays in honour of Herman Cohen Jehoram*, Den Haag, Kluwer, 1998, p. 47.

chips, computerprogramma's en databanken vaak beperkt zal zijn. Dit gegeven zorgt er volgens dit 'denkkader' dan ook voor dat een intellectueelrechtelijke bescherming rond deze incorporaties van inspanningen al snel grote 'tekortkomingen' kan gaan vertonen door het verregaand verhinderen van substituten. Volgens de traditionele benadering van het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen' is enkel te garanderen dat een intellectueelrechtelijke bescherming rond chips, computerprogramma's en databanken uiteindelijk 'verdienstelijk' zal zijn indien het toekennen van deze bescherming afhankelijk gemaakt wordt van de volgende vereiste: dat deze incorporaties van inspanningen blijken geven van een exceptioneel vernieuwend resultaat van intellectuele arbeid. In zoverre, de concrete *sui generis* intellectuele rechten voor het toekennen van bescherming echter minder hoge vereisten stellen aan het betrokken resultaat van inspanningen, impliceert dit volgens de traditionele benadering van het 'denkkader' rond 'verdiensten versus tekortkomingen' dan ook dat de 'tekortkomingen' van hun bescherming heel vaak hoger zullen zijn dan de 'verdiensten' van hun bescherming⁴²³.

1.3.3. De evaluatie van het concept van een specialisatie door *sui generis* intellectuele rechten

In de rechtsleer stellen we vast dat er ook verdeeldheid bestaat rond de wenselijkheid van het concept van een doorgedreven specialisatie van het intellectuele eigendomsrecht door de introductie van *sui generis* intellectuele rechten. Deze verdeeldheid gaat daarbij dan terug op onderscheiden inschattingen rond de effecten die in de regel te verwachten zijn van dergelijke *sui generis* intellectuele rechten op de twee grootheden binnen het criterium dat als graadmeter geldt om de wenselijkheid te beoordelen van dergelijke *sui generis* intellectuele rechten. Zoals aangegeven gaat het daarbij dus om de volgende twee grootheden: enerzijds de bijdrage van het *sui generis* intellectuele recht tot een meer gerechtvaardigde beschermingsregeling en anderzijds het effect van dit *sui generis* intellectuele recht op de 'juridische'-inspanningen om regelingen rond de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging toepassing te laten vinden.

In de eerste plaats stellen we immers vast dat er uiteenlopende opvattingen bestaan rond de bijdrage die te verwachten is van *sui generis* intellectuele rechten tot een meer gerechtvaardigde beschermingsregeling overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke en utilitaristische overwegingen. Deze uiteenlopende opvattingen blijken daarbij, zoals aangegeven, in de regel, expliciet of impliciet, uit te gaan van de bezorgdheid dat een onwenselijke 'expansie' van het intellectuele eigendomsrecht te vermijden is. Doorheen de geschiedenis is immers een gestage 'groei' of 'expansie' vast te stellen van het intellectuele eigendomsrecht⁴²⁴. Bij deze 'expansie' gaat het er met name om dat de bescherming op grond van de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht vooral in twee opzichten een verruiming doormaakte: enerzijds een verruiming in de zin dat zich een toename voordeed van de soorten incorporaties van inspanningen die bescherming genieten onder het intellectuele eigendomsrecht, en, anderzijds een verruiming in de zin dat de bescherming die incorporaties van inspanningen genieten onder het intellectuele eigendomsrecht omvangrijker werd⁴²⁵. De laatste decennia is binnen

⁴²³ Zie in die zin bijvoorbeeld: J. REICHMAN, "Legal Hybrids between the Patent and Copyright Paradigms", *Columbia Law Review*. 1994, p. 2501 e.v..

⁴²⁴ Zie bijvoorbeeld: DEPOORTER, die schrijft: "If one was pressed to describe the history of intellectual property law in one word, it would not be hard to do. The word that comes to mind is "expansion." B. DEPOORTER, "The Several Lives of Mickey Mouse: The Expanding Boundaries of Intellectual Property Law", *Virginia Journal of Law & Technology* 2004, p. 6; W. CORNISH, "The Expansion of Intellectual Property Rights" in G. SCHRICKER, T. DREIER en A. KUR (eds.), *Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, p.9 e.v.; LEMLEY, die schrijft: "Intellectual property law is expanding on an almost daily basis as new rights are created or existing rights are applied to give intellectual property owners rights that they never would have had in an earlier time." M. LEMLEY, "Romantic Authorship and the Rhetoric of Property", *Texas Law Review* 1997, p. 898-99; KUR, die schrijft: "It has nearly become a truism to say that we are living in a phase characterised by the expansion of IP rights.", A. KUR, "Further legal analysis and debate concerning the relationship of copyright and trademark exceptions: Does/should trademark law prohibit conduct to which copyright exceptions apply? – General Report" in J. GINSBURG en J. BESEK (ed.), *Adjuncts and Alternatives to Copyright. Proceedings of the ALAI Congress June 13-17, 2001*, New York, Columbia University, 2002, p. 594.

⁴²⁵ Zie in dit verband bijvoorbeeld: W. CORNISH en D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 9-10 ("Throughout the period of industrialisation there have been claimants who seek either to fit a new subject matter within one of the model systems or else to have a new regime created to protect it."); DEPOORTER, die enerzijds de evolutie "expansion",

de rechtsleer nu de perceptie gaan overheersen dat de gestage ‘expansie’ van het intellectuele eigendomsrecht, ook tot een toenemend aantal gevallen leidde waarin sprake is van een onwenselijke ‘expansie’⁴²⁶. Bij een dergelijke onwenselijke ‘expansie’ gaat het dan met name om gevallen waarin, de omvang van de verleende bescherming of het feit op zich om bescherming te verlenen, in het licht van de betrokken incorporaties van inspanningen, een ongerechtvaardigd ruime bescherming inhoudt in het licht van deontologisch-natuurrechtelijk of utilitaristische overwegingen⁴²⁷.

die het intellectuele eigendomsrecht doormaakte, illustreert door te schrijven: “*Statutory and adjudicatory law-making initiatives have steadily resulted in the creation of new intellectual property rights and the extension of existing doctrines of intellectual property rights to subject matter previously outside of the grab of intellectual property law.*” en anderzijds in het kader van de notie “*expansion of intellectual property law*” ook wijst op de fenomenen “*creating new intellectual property rights on material previously outside the scope of intellectual property law*” en “*enhancing and adding to existing protection*”, B. DEPOORTER, “The Several Lives of Mickey Mouse: The Expanding Boundaries of Intellectual Property Law”, *Virginia Journal of Law & Technology* 2004, respectievelijk p.6 en p. 41; CORNISH, die de expansie van het intellectuele eigendomsrecht ontleed in het licht van twee, elkaar veelal overlappende evoluties, met name enerzijds een “*expansion of scope of existing rights*” en anderzijds een “*expansion of subject matter*”, die zich voordoet zowel binnen bestaande intellectuele rechten als tengevolge van het creëren van nieuwe intellectuele rechten. W. CORNISH, “The Expansion of Intellectual Property Rights” in G. SCHRICKER, T. DREIER en A. KUR (eds.), *Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, p. 9 e.v.; Wat de ‘uitbreiding’ betreft van de soorten incorporaties van inspanningen, die bescherming kunnen genieten binnen het intellectuele eigendomsrecht, zie bijvoorbeeld: J. SPOOR, *De Gestage Uitbreiding van Merk, Werk en Uitvinding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1990, p.5-32 en B. DEPOORTER, “*The Several Lives of Mickey Mouse: The Expanding Boundaries of Intellectual Property Law*”, *Virginia Journal of Law & Technology* 2004, p.6-14; R. KRAßER, “Die Entwicklung des Gebrauchsmusterrechts” in F.-K. BEIER, A. KRAFT, G. SCHRICKER en E. WADLE (eds.), *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift*, Weinheim, VCH Verlagsgesellschaft, 1991, p.617 e.v.; R. KRAßER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht –*, München, C.H. Beck, 2009, p. 73; W. CORNISH en D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p.585-586;

⁴²⁶ Zie in die zin ook DEPOORTER, die schrijft: “*A review of the literature reveals that an overwhelming majority of commentators and scholars are disconcerted with the expansive trend of intellectual property law.*” B. DEPOORTER, “The Several Lives of Mickey Mouse: The Expanding Boundaries of Intellectual Property Law”, *Virginia Journal of Law & Technology* 2004, p. 16.

⁴²⁷ SPOOR geeft bijvoorbeeld uitdrukkelijke aan dat, naarmate de reikwijdte van de intellectuele rechten toeneemt, ook “*het aantal gevallen groeit waarin het ingrijpen van deze rechten niet meer het meest adequate antwoord biedt*” J. SPOOR, *De Gestage Uitbreiding van Merk, Werk en Uitvinding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1990, p.55; Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld ook MERGES en REYNOLDS, die in dit verband stellen: “*As an increasing amount of society’s wealth is tied up in intangible assets, strong, clear property rights can make a good deal of sense. But it is also possible to have too much of a good thing, and our society is in danger of reaching that point.*” R. MERGES en G. REYNOLDS, “The Proper Scope of the Copyright and Patent Power”, *Harvard Journal on Legislation* 2000, p. 45; Voor een toetsing van de wenselijkheid van het concrete ingrijpen dat voortvloeit uit de ‘expansie’ van het intellectuele eigendomsrecht aan de rechtvaardigingen voor het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging, zie bijvoorbeeld: J. HUYDECOPER, “Waarom bescherming en waarom zoveel soorten?”, *B.I.E.* 1997, p. 34; F. GROSHEIDE, *Auteursrecht op Maat*, Deventer, Kluwer, 1986, p. 128 e.v. (waar deze auteur het onderdeel rond “*Rechtmatigheid en doelmatigheid*” uitwerkt als maatstaf voor de verder behandeling van het thema ‘Auteursrecht op Maat’); E. DERCLAYE, *The legal protection of databases: a comparative analysis*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2008, p. 10 e.v.; Zie voor een dergelijke toetsing specifiek aan de utilitaristische rechtvaardigingen: W. LANDES en R. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge, Massachusetts, and London, England, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p. 410 en p. 422 en M. LEMLEY, “Property, Intellectual Property, and Free Riding”, *Texas Law Review* 2005, p. 1059; Vergelijk op dit punt ook: A. QUAEDVLIEG, “Beschermingsdrift: Een studie naar feiten en achtergronden rond sweat of the brow- of prestatiebescherming”, *B.I.E.* 1996, (Deel II) p.55 e.v. (m.b.t. de ‘Rehabilitatie’ van traditionele legitimaties’, met name de argumenten van nut en rechtvaardigheid); R. BAKELS, “Van software tot erger: op zoek naar de grenzen van het octrooirecht”, *IER* 2003, p. 220 (m.b.t. “*de motivering van de begrenzing van het octrooirecht*”).

Aan de ene kant is er nu de analyse dat de introductie van *sui generis* intellectuele rechten een groot potentieel inhoudt om bij te dragen tot een meer gerechtvaardigde beschermingsregeling rond specifieke soorten incorporaties van inspanningen en om een ‘onwenselijk’ expansie van het intellectuele eigendomsrecht te vermijden. Het achterliggende idee daarbij is met name dat wetgevers door de introductie van *sui generis* intellectuele rechten rond specifieke incorporaties van inspanningen, voor zichzelf ook de vrijheid creëren om telkens de meest gerechtvaardigde bescherming uit te werken ‘op maat’ van de betrokken specifieke soorten incorporaties van inspanningen⁴²⁸. In dat opzicht vertoont de introductie van *sui generis* intellectuele rechten rond bepaald bijkomende soorten incorporaties van inspanningen volgens deze analyse een belangrijke voordeel ten aanzien van de uitbreiding van bestaande beschermingsregelingen tot bijkomende soorten incorporaties van inspanningen⁴²⁹. Het idee is dan met name dat de toepassing van de betrokken bestaande beschermingsregeling ten aanzien van deze bijkomende soort incorporaties van inspanningen onder omstandigheden eventueel nog verdienstelijk kan zijn⁴³⁰, maar zelden over gans de lijn optimaal zal zijn. De bestaande beschermingsregeling is nu eenmaal ontworpen om andere soorten incorporaties van inspanningen passend te beschermen en kan, omdat ze dit ook moet blijven doen, niet volledig aangepast worden met het oog op het optimaal beschermen van de bijkomende soort incorporaties van inspanningen⁴³¹. Biedt de bestaande beschermingsregeling de bijkomende soort incorporaties van inspanningen een veel ruimere bescherming dan optimaal zou zijn, dan leidt dit in wezen tot een onwenselijke ‘expansie’ in van het intellectuele eigendomsrecht. Indien nu daarentegen *sui generis* intellectuele rechten in het leven geroepen worden om tegemoet te komen aan de nood tot bescherming van een bijkomende soort incorporaties van inspanningen, is er, volgens deze analyse, in beginsel geen enkele hindernis om meteen de meest gerechtvaardigde beschermingsregeling te introduceren rond de betrokken soort incorporaties⁴³². In zoverre *sui generis* intellectuele rechten inderdaad afstand nemen van de bestaande beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht, heeft de wetgever immers vrij spel om, als het ware vanaf nul, een passende beschermingsregeling uit te werken ‘op maat’ van de betrokken specifieke soort incorporaties van inspanningen⁴³³. Vanuit die optiek zouden *sui generis* intellectuele rechten dus ook een ideaal middel kunnen zijn om een expansie van het intellectuele eigendomsrecht toe te laten, tot alle incorporaties van inspanningen die inderdaad nood hebben aan een intellectueelrechtelijke bescherming, zonder daarbij ooit aanleiding te geven tot een ‘onwenselijke’ expansie⁴³⁴.

⁴²⁸ Zie bijvoorbeeld HILTY en GEIGER die opmerken dat: "*a sui generis solution results in quite a number of advantages, especially the high flexibility within the elaboration of appropriate rules*" R. HILTY en C. GEIGER, "Patenting Software? A Judicial and Socio-Economic Analysis", *IIC* 2005, p. 644.

⁴²⁹ Vergelijk op dit punt SCOTCHMER, die er op wijst dat intellectuele rechten met het "*Problem of One-size-fits-all*" kampen wanneer zij zich onvoldoende kunnen specialiseren, S SCOTCHMER, *Innovation and Incentives*, The MIT Press, 2004, Cambridge, Massachusetts, p. 117.

⁴³⁰ Met betrekking tot de ‘druk’ waarmee bestaande beschermingsregelingen geconfronteerd worden om bescherming toe te kennen, zie bijvoorbeeld: A. QUAEDVLIEG, "Beschermingsdrift: Een studie naar feiten en achtergronden rond sweat of the brow- of prestatiebescherming", *B.I.E.* 1996, (Deel I) p. 6 e.v. (in het bijzonder het onderdeel "*IV Spontane bescherming en autonome groei: de praktijk beslist*").

⁴³¹ Zie op dit punt bijvoorbeeld het ‘House Report’ met betrekking tot de Amerikaanse ‘Semiconductor Chip Protection Act’ dat er weliswaar op wijst dat "*...copyright has expanded to encompass new forms of protection*" maar dat een *sui generis* intellectueel recht rond chips nodig is om te vermijden dat door een bescherming van van chips door het auteursrecht, de "*consistency in the principles*" van het auteursrecht zou aangetast worden. House Report of 1984 van 15 mei 1984, H.R. Rep. No. 781, 98TH Cong., 2ND Sess. 1984, 1984 U.S.C.C.A.N. (5750), p. 5755; Zie in diezelfde zin ook: R. KASTENMEIER en M. REMINGTON, "The Semiconductor Chip Protection Act of 1984: A Swamp or Firm Ground?", *Minnesota. Law Review* 1985-1986, p. 443.

⁴³² ; In dezelfde zin WESTKAMP, die schrijft: "*it should also be noted that the creation of sui generis protection, in many cases, will be advantageous w[hl]e it may reduce systematic frictions in national law and, perhaps more importantly, since it allows a bespoke solution to specific problem[s].*" G. WESTKAMP, "Convergence of Intellectual Property Rights and the Establishment of ‘Hybrid’ Protection under TRIPS", te raadplegen op: www.copyright.bbk.ac.uk/contents/publications/workshops/theme2/westkamp.pdf, p. 5.

⁴³³ Zie in die zin bijvoorbeeld KARJALA, die schrijft: "*During this period, numerous sui generis statutes have been adopted (and many more have been proposed), designed to give protection to specific subject matters that arguably did not fit within either of the two major intellectual property paradigms.*" D. KARJALA, "Distinguishing Patent and Copyright Subject Matter", *Connecticut Law Review* 2003, p. 440.

⁴³⁴ Zie bijvoorbeeld BUYDENS die voorstelt om via het invoeren van specifieke bescherming in het kader van het intellectuele eigendomsrecht, er voor te zorgen dat het recht inzake oneerlijke mededinging zich niet langer

Aan de andere kant is er echter ook de opvatting dat *sui generis* intellectuele rechten zelden zullen bijdragen tot een meer gerechtvaardigde beschermingsregeling rond specifieke soorten incorporaties van inspanningen en veeleer een exponent zullen uitmaken van een ‘onwenselijk’ expansie van het intellectuele eigendomsrecht. Deze opvatting is daarbij vooral gebaseerd op de volgende overwegingen. Verschillende auteurs twijfelen daarbij met name aan de mogelijkheid om rond bepaalde soorten incorporaties van inspanning, specifieke beschermingsregelingen uit te werken die én beduidend beter zijn dan de meer algemene beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht én waarvan de toepassingscriteria ook verzekeren dat de beoogde specifieke soorten incorporaties van inspanning dan daadwerkelijk door de uitgewerkte specifieke beschermingsregeling beheerst worden⁴³⁵.

Vele auteurs wijzen er in dit verband op dat de uitwerking van *sui generis* intellectuele rechten rond specifieke soorten incorporaties van inspanningen met het oog op het bereiken van een meer gerechtvaardigde beschermingsregeling, vaak te lijden heeft onder ‘technocentrisme’. Dit ‘technocentrisme’ verwijst in dit geval dan naar een houding die in het licht van nieuwe technische ontwikkelingen rond incorporaties van inspanningen snel en soms té snel aanneemt dat deze nieuwe technologie een ingrijpende verandering inhoudt die maakt dat de bestaande regelgeving en de daarin vervatte principes niet langer geschikt zijn voor de betrokken incorporaties van inspanningen⁴³⁶.

Enerzijds, zorgt een dergelijk ‘technocentrisme’ er volgens sommige auteurs voor dat de beschermingsregelingen van *sui generis* intellectuele rechten veelal onnodige en te technologie-specifieke verschilpunten introduceren ten aanzien van de bestaande beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht. Bij de kritiek rond onnodige verschilpunten gaat het dan met name om verschilpunten die hun verklaring vinden in het streven om voldoende rekening te houden met de nieuwe technologie, maar die in wezen, op het vlak van de principes, overbodig zijn om ook tot een wenselijke beschermingsregeling te komen ‘op maat’ van de betrokken specifieke soort incorporaties van inspanningen⁴³⁷. De kritiek is met andere woorden dat het inzicht in de gemeenschappelijke kenmerken en principes die, doorheen vaak erg onderscheiden soorten incorporaties van inspanningen, bepalen of een bepaald soort beschermingsregeling aangewezen is, te veel vertroebeld wordt door de focus op het specifiek ‘nieuwe’ van de technologie rond de betrokken soort incorporaties van inspanningen. Bij de kritiek rond technologie-specifieke verschilpunten gaat het er dan met name om dat bij het uitwerken van *sui generis* intellectuele rechten rond nieuwe soorten incorporaties van inspanningen vaak de volgende tendens bestaat: vanuit

genoodzaakt ziet om een bescherming te verlenen tegen zogeheten ‘parasitaire mededinging’, een bescherming, die volgens BUYDENS, immers niet te verenigen is met het binnen het recht inzake oneerlijke mededinging geldende principe van de vrijheid van mededinging en, meer bepaald, de daarin vervatte vrijheid om te kopiëren. BUYDENS stelt in dit verband meer bepaald: “*Um diese gerichtliche Verdrehung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs zu vermeiden, muß man folglich die Lücke schließen, die diese Rechtsprechung zu füllen versucht, d. h. man muß den Leistungen, die nicht geschützt sind, jedoch Schutz verdienten, ein spezifisches Schutzmittel zur Verfügung stellen : Praktisch bedeutet das eine Reform des Gebiets des geistigen Eigentums, um einen besseren Schutz von nur schwach kreativen Leistungen zu erreichen*” M. BUYDENS “Produktpiraterie und unlauterer Wettbewerb - Die Situation in Belgien und Frankreich mit Hinweisen auf die Rechtslage in Deutschland”, *GRUR Int* 1995, p.23-25, In dezelfde zin: M. BUYDENS, *La Protection de la Quasi-Creation*, Brussel, Larcier, 1993, p. 756 e.v..

⁴³⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: D. BURK en M. LEMLEY, "Policy Levers in Patent Law", *Virginia Law Review* 2003, p.1634 (“*Many of the predictions of economic theory are factspecific—they suggest different factors that should bear on the outcome of particular cases, but which require case-by-case application that cannot easily be captured in a statute. Economic theory is more useful in making general suggestions about how the patent system can be adapted to particular factual contexts than it is as the basis for a whole series of new statutes.*”).

⁴³⁶ Wat de vaststelling betreft van een dergelijk ‘technocentrisme’ binnen het intellectuele eigendomsrecht, zie bijvoorbeeld: R. MERGES, *Justifying Intellectual Property*, Cambridge (Mass.) Harvard University Press, 2011, p. 24.

⁴³⁷ Vergelijk op dit punt de waarschuwing die QUAEDVLIEG geeft waar hij schrijft: “*As ever more hybrids emerge, the system of copyright and of intellectual property threatens to become opaque and confused because of their seemingly disorganised, rampant growth. Legal science cannot content itself with observing individual hybrids and their behaviour. We must inquire into the phenomenon as a whole.*” A. QUAEDVLIEG, “Three Times a Hybrid. Typcasting Hybrids Between Copyright and Industrial Property”, in J. KABEL en G. MOM (eds.), *Intellectual Property and information Law. Essays in honour of Herman Cohen Jehoram*, Den Haag, Kluwer, 1998, p. 47.

de al te grote focus op het specifiek, ‘nieuwe’ van de technologie rond de betrokken soorten incorporaties van inspanningen wordt de beschermingsregeling afgesteld op criteria die door de technologische evolutie al snel achterhaald blijken of dan toch weer opnieuw blijken te convergeren met andere specifieke beschermingsregeling. Naarmate het uitgewerkte *sui generis* intellectuele recht er dan net naar streefde om afstand te nemen van de andere beschermingsregelingen, zorgt een dergelijke convergentie of cumulatie van beschermingsregelingen ten aanzien van éénzelfde incorporatie van inspanningen, dan voor interpretatie-problemen of tegenstrijdigheden⁴³⁸. Het gaat er dus met andere woorden om dat *sui generis* intellectuele rechten er toe neigen om de afstelling van hun ingrijpen te veel te richten op de actuele technologie, en integendeel te weinig conceptueel opvatten, om ook houvast te bieden in het licht van verdere technologische ontwikkelingen.

Anderzijds, zorgt een dergelijk ‘technocentrisme’, in de zin van een focus op specifieke incorporaties van inspanningen en, daaraan gekoppeld op de noden van een specifieke industrie, volgens sommige auteurs ook voor het volgende: dat wetgevers gemakkelijker overgaan tot het toekennen van een al te ruime bescherming. In eerste instantie de meer algemene overweging dat de focus op de vraagstelling rond het afzonderlijke *sui generis* intellectueel recht, wetgevers gemakkelijker het cumulatieve resultaat doet uit het oog verliezen van telkens intellectueelrechtelijke bescherming toekennen aan onderscheiden soorten incorporaties van inspanningen⁴³⁹. Daarnaast stellen BURK en LEMLEY dat in dit verband ook het volgende speelt: hoe meer intellectuele rechten zich toespitsen op een specifieke industrie, hoe groter de kans is dat het lobbywerk van deze industrie de wetgeving kan wegleiden, van het algemene belang, in de richting van het industrie-specifieke belang. De verklaring hiervoor is volgens deze auteurs dat, binnen intellectuele rechten met een meer algemene draagwijdte, de uiteenlopende belangen en vragen van de betrokken industrieën elkaar tot op zekere hoogte in evenwicht houden en waardoor de wetgeving ook nauwer blijft aansluiten bij het algemene belang. Binnen industrie-specifieke wetgeving valt dit effect volgen deze auteurs weg en is de kans groter dat de wetgeving gaat overhellen naar het begunstigen van het industrie-specifieke belang⁴⁴⁰.

In de tweede plaats treffen we dan ook uiteenlopende opvattingen aan rond de mate waarin te verwachten is dat *sui generis* intellectuele rechten aanleiding geven tot onnodige interpretatie-inspanningen. Dergelijke onnodige interpretatie-inspanningen verwijzen daarbij dan, zoals aangegeven, naar inspanningen om het betrokken *sui generis* intellectueel recht te duiden en af te bakenen tegenover de bestaande beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, maar waar geen voldoende bijdrage tegenover staat op het vlak van het bereiken van een meer gerechtvaardigde beschermingsregeling.

⁴³⁸ Zie op dit punt de observatie die de auteurs van de IVIR-studie rond *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, maken, onder andere met betrekking tot de Richtlijn computerprogramma's en de Richtlijn Databanken: “*Different rules apply depending on the technical nature of the subject matter concerned or the technical character of the medium used to exploit it. However, this technology specific approach inevitably leads to inconsistencies and unclarities as formerly distinct classes of subject matter or media types converge.*” P. HUGENHOLTZ et al., *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy. Final report*, (Studie in opdracht van de Europese Commissie DG Interne Markt), Amsterdam, Instituut voor Informatie Recht, Universiteit van Amsterdam, 2006, p.19; Zie ook: D. BURK en M. LEMLEY, "Policy Levers in Patent Law", *Virginia Law Review* 2003, p.1636-1637 (“*The history of industry-specific statutes suggests that many turn out to be failures because they are drafted with current technology in mind and are not sufficiently general to accommodate the inevitable change in technology. The most notorious example is the Semiconductor Chip Protection Act (“SCPA”). Passed after six years of debate, the SCPA created a detailed set of rules designed to protect semiconductor mask works. But it has virtually never been used. The most likely reason is that the particular focus of the SCPA—duplication of mask works—is obsolete because of changes in the way semiconductor chips are made. Industry-specific patent statutes risk a similar fate.*”) Vergelijk op dit punt concrete ook: M. DAVISON, *The legal protection of databases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p.74 e.v.; S. LAI, "Database Protection in the United Kingdom: The New Deal and its Effects on Software Protection", *E.I.P.R.* 1998, p.34 e.v.; G. GHIDINI en E. AREZZO, "Patent and Copyright Paradigms vis-à-vis Derivative Innovation: The Case of Computer Programs", *I.I.C.* 2005, p.171-172; Zie in dit verband bijvoorbeeld: J. WEYAND en H. HAASE, "Patenting Computer Programs: New Challenges", *IIC* 2005, p.653 e.v..

⁴³⁹ Vergelijk in die zin bijvoorbeeld: P. HUGENHOLTZ, "Over Cumulatie Gesproken", *B.I.E.* 2000, p.240-242 (“*Mede ten gevolge van de steeds verdergaande specialisering, waardoor het zicht op de eenheid van het recht verloren is gegaan, worden traditionele domeingrenzen niet langer in acht genomen.*”).

⁴⁴⁰ D. BURK en M. LEMLEY, "Policy Levers in Patent Law", *Virginia Law Review* 2003, p. 1637.

Aan de ene kant is er dan met name de opvatting dat *sui generis* intellectuele rechten vooral een bron zullen zijn van dergelijke onnodige interpretatie-inspanningen. Deze inschatting dat *sui generis* intellectuele rechten aanleiding geven tot onnodige interpretatie-inspanningen is daarbij natuurlijk direct gelinkt aan de inschatting van de bijdrage tot een meer gerechtvaardigde beschermingsregeling die van dergelijke *sui generis* intellectuele rechten te verwachten is en die de betrokken interpretatie inspanningen ‘nuttig’ kan maken. Deze inschatting is daarbij dan in het bijzonder gelinkt aan de zonet vermelde analyse dat *sui generis* intellectuele rechten, door een al te groot ‘technocentrisme’, neigen tot de introductie van onnodige en te technologie-specifieke verschilpunten. Het idee is dan met name dat het formuleren, interpreteren en afbakenen van dergelijke onnodige en te technologie-specifieke verschilpunten veel tijd en energie zal vragen waar geen bijdrage tegenover staat op het vlak van het bereiken van een meer gerechtvaardigde beschermingsregeling⁴⁴¹

Aan de andere kant is er echter de opvatting dat het niet als een inherent ‘kwaad’ van *sui generis* intellectuele rechten kan gezien worden dat zij gepaard gaan met onnodige interpretatie-inspanningen. Of de introductie van een *sui generis* intellectuele recht aanleiding geeft tot onnodige interpretatie-inspanningen zal volgens deze opvatting enkel afhangen van het concrete *sui generis* intellectuele recht. Onnodige interpretatie-inspanningen zijn volgens deze opvatting in beginsel te vermijden door vooral de volgende punten in acht te nemen. Ten eerste komt het er op aan om pas een *sui generis* intellectueel recht te introduceren indien het volgende gegeven is: er is een reële nood aan een intellectueelrechtelijke bescherming rond een bepaalde soort incorporaties van inspanningen én een meer gerechtvaardigde intellectueelrechtelijke beschermingsregeling rond deze soort incorporaties van inspanningen vraagt ook daadwerkelijk om af te wijken van de bestaande beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht⁴⁴². Ten tweede komt het er dan vervolgens op aan om bij het uitwerken van het betrokken concrete *sui generis* intellectuele voldoende aandacht te besteden aan een duidelijke, optimale formulering van de gehanteerde begrippen en noties⁴⁴³.

Samengevat, bestaan er dus onderscheiden inschattingen én rond de bijdrage die in de regel te verwachten is van *sui generis* intellectuele rechten tot een meer gerechtvaardigde beschermingsregeling, én rond de bijkomende ‘juridische’-inspanningen die *sui generis* intellectuele recht in de regel zullen teweegbrengen om regelingen rond de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging toepassing te laten vinden. De onderscheiden inschattingen rond deze beide effecten van *sui generis* intellectuele rechten, zorgen er dan ook voor dat er verdeeldheid blijft bestaan rond de wenselijkheid van het concept van een doorgedreven specialisatie van het intellectuele eigendomsrecht door de introductie van *sui generis* intellectuele rechten. Enerzijds komt de introductie van *sui generis* intellectuele rechten naar voor als de uitgelezen oplossing om een onwenselijke

⁴⁴¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: D. BURK en M. LEMLEY, "Policy Levers in Patent Law", *Virginia Law Review* 2003, p. 1636.

⁴⁴² KASTENMEIER en REMMINGTON schrijven binnen hun ‘Political test for intellectual property legislation’ met name: “Any legislative proposals for change, however, must meet general standards. One such standard is a common understanding among legislators that statutes should respond to problems. “If it ain’t broke, don’t fix it”” R. KASTENMEIER en M. REMINGTON, “The Semiconductor Chip Protection Act of 1984: A Swamp or Firm Ground?”, *Minnesota. Law Review* 1985-1986, p. 438-439; WESTKAMP geeft bijvoorbeeld aan dat, opdat nationale *sui generis* intellectuele rechten in de context van grote multilaterale verdragen en in het bijzonder van het TRIPS-verdrag een wenselijke ‘legitimate and proportionate measure’, deze nationale *sui generis* intellectuele rechten behoren voort te vloeien uit een binnen het betrokken land “internal necessity for specific protection” en voegt daaraan toe: “Such internal necessities need to be balanced against an opportunity to grant protection under either patent or copyright law, which in turn depends upon the distinctiveness of the subject-matter and the degree of uniqueness of a right’s intrinsic architecture” G. WESTKAMP, "TRIPS Principles, Reciprocity and the Creation of Sui-Generis-Type Intellectual Property Rights for New Forms of Technology", *Journal of World Intellectual Property* 2003, p.852 en 858.

⁴⁴³ Zie in dit verband met name de toetsing rond “Harmony with existing law” en “Definitional clarity” die KASTENMEIER en REMMINGTON bepleiten binnen hun ‘Political test for intellectual property legislation’ R. KASTENMEIER en M. REMINGTON, “The Semiconductor Chip Protection Act of 1984: A Swamp or Firm Ground?”, *Minnesota. Law Review* 1985-1986, respectievelijk p. 442 e.v. en 445 e.v.; Vergelijk op dit punt ook: G. WESTKAMP, “Convergence of Intellectual Property Rights and the Establishment of ‘Hybrid’ Protection under TRIPS”, in F. Macmillan (ed.), “New Directions in Copyright: Volume 1, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, p. 128.

expansie te vermijden van het intellectuele eigendomsrecht. Anderzijds is er de opvatting dat *sui generis* intellectuele rechten wellicht de ergste uitwas zijn van een dergelijke onwenselijke expansie van het intellectuele eigendomsrecht.

2. De vaststelling van een aangewezen toetsing van de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken

Vervolgens bespreken we nu onze analyse rond de vaststelling van de meest aangewezen toetsing om te oordelen over de wenselijkheid van de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken. Daarbij opteren we voor de volgende aanpak. Eerst (2.1.), behandelen we onze analyse rond de context en de aard van de betrokken specialisatie. Met deze analyse geven we meteen ook aan wat volgens ons de problematiek is rond de specialisatie door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken. Vervolgens (2.2.), geven we dan aan wat naar onze mening in beginsel de meest aangewezen methode is om in het kader van ons onderzoek de wenselijkheid te beoordelen van de specialisatie, doorgevoerd door deze *sui generis* intellectuele rechten.

2.1. De context en de aard van de specialisatie

Binnen de rechtsleer is het, zoals aangegeven, gebruikelijk om aan te nemen dat de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken een doorgedreven specialisatie doorvoeren binnen het grotere geheel van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Het gaat dan meer bepaald om het geheel van het ingrijpen van de verschillende categorieën intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging'. Deze analyse is volgens ons correct.

Een goed begrip van de specialisatie, die de betrokken *sui generis* intellectuele rechten daarbij doorvoeren, is volgens ons dan belangrijk met het oog op de vaststelling van de aangewezen toetsing rond de wenselijkheid van deze specialisatie. Daarom ontleden we in dit onderdeel de context en de aard van de specialisatie, doorgevoerd door de *sui generis* de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken. Om hier de context en de aard vast te stellen van deze specialisatie door de betrokken *sui generis* intellectuele rechten, gaan we als volgt te werk. Vanuit een functionele benadering, analyseren we welke elementen van continuïteit en verandering de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken inhouden ten aanzien van de overige, traditionele beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht. Deze functionele benadering houdt dus in dat we het ingrijpen van de betrokken regelingen analyseren als een *middel* om bepaalde *doelstellingen* te bereiken in het licht van bepaalde *feitelijke omstandigheden*⁴⁴⁴. De focus op de *elementen van continuïteit* doorheen het betrokken ingrijpen is er daarbij op gericht om een beter zicht te krijgen op de *context* van de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken. De focus op de *elementen van verandering* die de betrokken *sui generis* intellectuele rechten tweewegbrachten binnen het intellectuele eigendomsrecht, moet toelaten om een beter zicht te krijgen op de *aard* van de specialisatie doorgevoerd door deze *sui generis* intellectuele rechten.

Bij deze analyse rond de elementen van continuïteit en verandering, vanuit een functionele benadering, opteren we bovendien ook voor de volgende aanpak. Ten eerste achten we het aangewezen om bij deze analyse te vertrekken vanuit de *essentie* van het betrokken ingrijpen van de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging. Op die manier willen we vermijden dat deze analyse rond de elementen van continuïteit en verandering zich verliest in details. Ten tweede achten we het hierbij dan ook aangewezen om vast te houden aan de eerder vermelde optie om het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond parasitair 'kopiëren', te beschrijven en te ontleden in het licht van grootheden die relevant zijn voor beide vormen van ingrijpen. Zoals aangegeven, houdt dit een beschrijving in, die steunt op de noties 'zintuiglijkwaarneembare manifestaties', 'aan de mens interne bewustzijnsfenomenen', 'het resultaat van inspanningen' en 'incorporaties van inspanningen'. Het hanteren van deze gemeenschappelijke concepten en parameters, moet de vaststelling vergemakkelijken van de betrokken elementen van continuïteit en verandering.

⁴⁴⁴ Vergelijk met betrekking tot deze benadering, bijvoorbeeld: M. McCONVILLE en W. HONG CHUI, *Research methods for law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2007, p. 91.

In het licht van de zonet omschreven benadering, zullen we onze analyse rond de aard van de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, nu concreet uitwerken in de volgende onderdelen. Eerst (2.1.1.) beschrijven we de essentie van het ingrijpen van de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging'. Vervolgens (2.1.2.) schetsen we de context van de betrokken specialisatie door te focussen op de *elementen van continuïteit* doorheen het ingrijpen van de geïntroduceerde *sui generis* intellectuele rechten, de traditionele categorieën intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijk mededinging. Daarna (2.1.3.) gaan we in op de aard van de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht. Dit doen we zoals aangegeven door te focussen op de *elementen van verandering* die de betrokken *sui generis* intellectuele rechten teweegbrachten binnen het intellectuele eigendomsrecht.

2.1.1. De essentie van het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging'

Binnen de nationale regelingen rond het intellectuele eigendomsrecht treffen we telkens een groot aantal onderscheiden categorieën intellectuele rechten aan. Het Belgische recht bijvoorbeeld kent het octrooirecht⁴⁴⁵, de bescherming van topografieën van halfgeleiders⁴⁴⁶, het tekeningen- en modellenrecht⁴⁴⁷, het kwekersrecht⁴⁴⁸, het auteursrecht, met inbegrip van het databanken-auteursrecht rond de structuur van databanken en de naburige rechten⁴⁴⁹, het computerprogramma-auteursrecht⁴⁵⁰, het databankenrecht *sui generis* rond de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken⁴⁵¹ en het merkenrecht⁴⁵².

De nationale regelingen binnen de Europese, continentale landen rond het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen 'parasitaire mededinging' vertonen eveneens belangrijke verschillen. In tegenstelling tot het Britse recht⁴⁵³, kent het recht in deze landen in de regel een recht inzake oneerlijke mededinging dat toelaat om

⁴⁴⁵ Zie: Boek XI, Titel 1, art. XI.1 e.v. WER (Voorheen: Wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsoctrooien, *B.S.*, 9 maart 1985, 2774 (Hierna: octrooiwet)).

⁴⁴⁶ Zie: Boek XI, Titel 8, art. XI.319 e.v. WER (Voorheen: Wet van 10 januari 1990 betreffende de rechtsbescherming van topografieën van halfgeleiderprodukten, *B.S.* 26 januari 1990, 1093, erratum: *B.S.*, 23 februari 1990, 3394 (Hierna: Chipswet)).

⁴⁴⁷ Zie Benelux-Verdrag van 25 februari 2005 inzake de intellectuele eigendom (Merken en Tekeningen of Modellen), *B.S.* 26 april 2006, 21867; Verordening (EG) nr. 6/2002 van de Raad van 12 december 2001 betreffende Gemeenschapsmodellen, *P.B. L* 3 van 5 januari 2002, p. 1-24.

⁴⁴⁸ Zie: Boek XI, Titel 3, art. XI.104 e.v. WER (Voorheen: Wet van 10 januari 2011 ter bescherming van kweekproducten, *B.S.*, 25 februari 2011, 13734).

⁴⁴⁹ Zie: Boek XI, Titel 5, art. XI.165 e.v. WER (Voorheen: Wet betreffende het auteursrecht en de naburige rechten van 30 juni 1994, *B.S.*, 27 juli 1994, 19297 (Hierna: Auteurswet)).

⁴⁵⁰ Zie: Boek XI, Titel 6, art. XI.294 e.v. WER (Voorheen: Wet houdende omzetting in Belgisch recht van de Europese richtlijn van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *B.S.* 27 juli 1994, 19315 (Hierna: Wet Computerprogramma's)).

⁴⁵¹ Zie: Boek XI, Titel 7, art. XI.306 e.v. WER (Voorheen: Zie de Wet van 10 augustus 1998 houdende omzetting in Belgisch gerechtelijk recht van de Europese richtlijn van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *B.S.*, 14 november 1998, 36913 en de Wet van 31 augustus 1998 houdende omzetting in Belgisch recht van de Europese richtlijn van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *B.S.*, 14 november 1998, 36914 (Hierna: Wet Databanken)).

⁴⁵² Zie Benelux-Verdrag van 25 februari 2005 inzake de intellectuele eigendom (Merken en Tekeningen of Modellen), *B.S.* 26 april 2006, 21867; Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het Gemeenschapsmerk, *P.B. L* 11 van 14 januari 1994, p. 1-36.

⁴⁵³ Uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: F. HENNING-BODEWIG, *Unfair Competition Law. European Union and Member States*, Den Haag, Kluwer Law International, 2006, p. 148; Zie ook: J. DAVIES "Unfair Competition Law in the United Kingdom" in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p. 187 e.v.; In dit verband is op te merken dat het Britse recht geen omvattend recht inzake oneerlijke mededinging kent en geen algemeen verbod inzake oneerlijke mededinging, maar enkel specifieke elementen uit de 'common law' en specifieke wetgeving, bijvoorbeeld met betrekking tot de bescherming van consumenten, die toepassing kunnen vinden op bepaalde aspecten van oneerlijke mededinging. Wat deze specifieke elementen uit de 'common law' betreft, gaat het daarbij om vorderingsmogelijkheden rond zogeheten 'passing off', wanneer een handelaar producten laat doorgaan voor

een bescherming te verkrijgen tegen ‘parasitaire mededinging’, in het kader van een algemeen verbod rond oneerlijke mededinging of handelspraktijken. De formele basis van dit verbod binnen deze landen verschilt echter. In sommige landen ligt dit verbod formeel vervat in een afzonderlijke regelgeving met betrekking tot het recht inzake oneerlijke mededinging⁴⁵⁴. In andere landen gaat dit verbod daarentegen in wezen terug op de algemene norm inzake burgerlijke aansprakelijkheid⁴⁵⁵.

De onderlinge verschillen tussen de beschermingsregelingen rond intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond parasitaire mededinging, mogen echter de analyse niet in de weg staan, dat er, zoals wij meteen zullen aantonen, ook zoiets bestaat als (A.) de *essentie* van het ingrijpen van intellectuele rechten en (B.) de *essentie* van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging⁴⁵⁶.

A. Intellectuele rechten

Vanuit een functionele benadering, menen wij dat de *essentie* van het ingrijpen van intellectuele rechten gelegen is in het volgende: de *doelstellingen* die intellectuele rechten archetypisch nastreven en het soort ingrijpen dat intellectuele rechten archetypisch inzetten als *middel* om deze doelstelling te bereiken in het licht van onderscheiden *feitelijke omstandigheden*. In dit onderdeel gaan we dieper in op deze *essentie* van het ingrijpen van intellectuele rechten. Eerst (A.1.), bespreken we met name het archetypische ingrijpen van intellectuele rechten. Vervolgens (A.2.), gaan we in op de doelstellingen, die het ingrijpen van intellectuele rechten archetypisch nastreeft.

A.1. Archetypisch ingrijpen

Doorheen de onderscheiden categorieën intellectuele rechten, menen we te mogen vaststellen dat intellectuele rechten steeds op dezelfde, voor intellectuele rechten als het ware ‘archetypische’ wijze ingrijpen in de onderlinge

die van de eiser met verwarring of misleiding tot gevolg, ‘injurious falsehood’, wanneer een handelaar valse bewering uit, die de eiser schade toebrengen, ‘breach of confidence’ wanneer iemand verkregen vertrouwelijke informatie gebruikt of bekend maakt, en, tenslotte, ‘defamation’ wanneer iemand beweringen uit die bedoeld zijn om de eiser openlijk in zijn persoonlijke eer te krenken. Zie in dit verband: J. DAVIS, “Unfair Competition Law in the United Kingdom” in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p. 183 e.v.; W. CORNISH en D. LEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p.12 e.v.; D. BAINBRIDGE, *Intellectual Property*, Harlow, Pearson 2007, p. 305 e.v. en p. 725 e.v.; F. HENNING-BODEWIG, *Unfair Competition Law. European Union and Member States*, Den Haag, Kluwer Law International, 2006, p. 137 e.v.; L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p.707 e.v.; Zie wat de betrokken specifieke wetgeving betreft bijvoorbeeld: The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations van 8 mei 2008, *S.I.* 2008, nr. 1277 en The Control of Misleading Advertisements Regulations van 23 mei 1988, *S.I.* 1988, nr. 915; Zie voor een overzicht in dit verband: F. HENNING-BODEWIG, *Unfair Competition Law. European Union and Member States*, Den Haag, Kluwer Law International, 2006, p. 140 e.v..

⁴⁵⁴ In België bijvoorbeeld ligt het recht inzake oneerlijke mededinging in hoofdzaak vervat in de Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *B.S.* 29 augustus 1991, p. 18712 (hierna: W.H.P.C.); In Duitsland bijvoorbeeld ligt het recht inzake oneerlijke mededinging in hoofdzaak vervat in het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb van 3 juli 2004, *BGBI.* 2004, I p. 1414 (hierna: UWG).

⁴⁵⁵ In Frankrijk bijvoorbeeld ligt de de algemene norm inzake burgerlijke aansprakelijkheid van art. 1382 Code Civil, aan de basis van het recht inzake oneerlijke mededinging maar hebben bepaalde aspecten een regeling gekregen in afzonderlijke wetgeving zoals de Code de la Consommation; In Nederland bijvoorbeeld gaat het recht inzake oneerlijke mededinging in beginsel terug op de algemene norm inzake burgerlijke aansprakelijkheid van art. 6:162 Burgerlijk Wetboek, maar hebben bepaalde aspecten, met name oneerlijke handelspraktijken ten aanzien van consumenten, misleidende en vergelijkende reclame en aansprakelijkheid bij elektronisch rechtsverkeer, een uitdrukkelijk regeling gekregen in respectievelijk de Afdelingen 3A, 4 en 4A Burgerlijk Wetboek.

⁴⁵⁶ Vergelijk in die zin ook bijvoorbeeld: R. HILTY, "The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces" in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p. 1 e.v. (In het bijzonder: p. 19 en 45) en W. GORDON, "Intellectual Property" in P. CAN en M. TUSHNET (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 617-619.

verhoudingen tussen personen⁴⁵⁷. Het ingrijpen van een intellectuele recht houdt, volgens ons, met name archetypisch in dat, indien de kenmerken van een bepaalde incorporatie van de inspanningen van een persoon blijken te geven van het daartoe vereiste resultaat van inspanningen, dit intellectuele recht deze persoon, als ‘rechthebbende’, een bepaalde absolute en exclusieve bevoegdheid toestaat ten aanzien van een ‘object’. Het toekennen van deze absolute en exclusieve bevoegdheid over dit ‘object’ komt daarbij dan uiteindelijk neer op het verlenen van een absolute en exclusieve bevoegdheid rond het stellen van bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van de incorporaties van inspanningen en bepaalde andere, daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties, waarvan aan te nemen is dat ze teruggaan op het resultaat van inspanningen dat de aanleiding is voor het toekennen van de bescherming door het betrokken intellectuele recht.

Twee kenmerken van het zonet omschreven archetypische ingrijpen van intellectuele rechten zijn daarbij, volgens ons, bijzonder karakteristiek te noemen: het gehanteerde ‘juridische concept’ en de gehanteerde ‘focus’ van het ingrijpen.

A.1.1. Juridische concept

Karakteristiek voor het archetypische ingrijpen van intellectuele rechten is met name in de eerste plaats dat zij hun ingrijpen opbouwen rond het juridische concept van het verlenen van een exclusieve bevoegdheid aan een rechthebbende⁴⁵⁸, vanuit Continentaal Europese rechtstraditie, met name rond het juridische concept van het verlenen van een ‘subjectief recht’⁴⁵⁹. Dit juridische concept van het verlenen van een absoluut subjectief recht

⁴⁵⁷ Vergelijk bijvoorbeeld GORDON, die met betrekking tot de “(d)octrines usually included under the rubric of ‘Intellectual Property’ (IP)” stelt: “Each doctrine involves restraining people from using or duplicating a pattern that is owned by, or associated with, another party. The range of potentially covered patterns is wide, including, for example, patterns in words, symbols, gene segments, the settings on computer switches, physical structures, processes, colors, and sounds. The patterns are thought of as valuable intangibles, capable of being embodied in, and replicated by, physical media. There are five key parts to each such law. An IP law will specify the kinds of subject-matters (patterns) covered; it will define the nature of the restraints (rights) associated with the covered subject-matters and specify the corresponding remedies; it will state the criteria that give rise to ownership or other ability to assert the rights; it will specify privileges, limits, and defenses to the rights; and it will specify whether and how the rights and privileges are transferable.” W. GORDON, “Intellectual Property” in P. CAN en M. TUSHNET (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 617.

⁴⁵⁸ Vergelijk bijvoorbeeld GOTZEN, die met betrekking tot het auteursrecht observeert: “De gebruikte techniek is die van een ‘exclusief recht’, wat de essentie is van ieder ‘intellectueel eigendomsrecht’”. F. GOTZEN, “Art. 1” in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet. De Belgische auteurswet. Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2008, p. 7.

⁴⁵⁹ Vanuit Continentaal Europese rechtstraditie is het vrij algemeen aanvaard dat intellectuele rechten bij het verlenen van een exclusieve bevoegdheid of een exclusief recht, aansluiten bij het juridische concept van het verlenen van een ‘subjectief recht’. In die zin bijvoorbeeld: T. SAMBUC, “Einleitung” in H. HARTEBAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p. 407 (Als één van de “Wesensmerkmale geistigen Eigentums” vermeldt deze auteur dat het om “Subjektive Rechte” gaat); V. JÄNICH, *Geistiges Eigentum – eine Komplementärscheinung zum Sacheigentum?*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2002, p. 189 e.v.; J. DABIN, *Le Droit Subjectif*, Parijs, Dalloz, 1952, p.190 (“Compte tenu de la diversité de nature et de destination des ‘choses’ en présence, on n’aperçoit pas de raison de ne pas admettre, sous la rubrique commune de droit sur les choses une catégorie de jura in re corporali (droit réels) et une catégorie de jura in re incorporali (droits intellectuels), traduisant mutatis mutandis l’appartenance-maîtrise caractéristique du droit subjectif.”) Wat de Common Law rechtstraditie betreft is het daarentegen gebruikelijk om aan te nemen dat intellectuele rechten bij het verlenen van een exclusieve bevoegdheid of een exclusief recht, aansluiten bij het juridische concept van een ‘property right’. Zie bijvoorbeeld: K. GARNETT, G. DAVIES, G. HARBOTTLE, *Copinger and Skone James on Copyright*, London, Sweet & Maxwell, 2005, nr. 7-01 (“Copyright is a statutory property right, the rights of property granted being the exclusive right to do various “restricted acts” in relation to the copyright work. Being a property right, the rights of a copyright owner can be sold or licensed. ... As to enforcement of those rights, the remedy for invasion of a copyright owner’s exclusive rights by a third party is, by statutory definition, an action for infringement.”); Zie ook V. JÄNICH, *Geistiges Eigentum – eine Komplementärscheinung zum Sacheigentum?*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2002, p. 59 e.v. (m.b.t. “Der Property-Begriff”).

houdt in dat het objectief recht⁴⁶⁰, met het oog op het coördineren van gedragingen van personen, een persoon, het ‘subject’, in het licht van een bepaalde constellatie van feitelijke omstandigheden, een in beginsel absolute en exclusieve ‘bevoegdheid’ toestaat over een ‘object’ waarover deze persoon, in beginsel, vrij kan beschikken⁴⁶¹.

Intellectuele rechten sluiten dan met name aan bij dit juridische concept van een ‘subjectief recht’ in de zin dat zij een ‘subject’, de ‘rechthebbende’, een, in beginsel, absolute en exclusieve bevoegdheid verlenen over een ‘object’. Het toekennen van deze absolute en exclusieve bevoegdheid over dit ‘object’ komt daarbij, zoals zonet aangegeven, dan uiteindelijk neer op het verlenen van een absolute en exclusieve bevoegdheid rond het stellen van bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van de incorporaties van inspanningen en bepaalde andere, daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties, waarvan aan te nemen is dat ze teruggaan op het resultaat van inspanningen dat de aanleiding is voor het ingrijpen van het betrokken intellectuele recht. De verleende ‘exclusieve’ bevoegdheid houdt dan met name in dat, in beginsel, de ‘rechthebbende’ als enige bevoegd is om de handelingen te stellen, die onder de verleende exclusieve bevoegdheid vallen, en alle anderen kan verbieden om deze handelingen te stellen⁴⁶². Het ‘absolute’ karakter van de exclusieve bevoegdheid, die de rechthebbende ontleent aan intellectuele rechten, houdt daarbij in dat de rechthebbende deze bevoegdheid, in beginsel, tegenover iedereen, dus *erga omnes*, kan laten gelden⁴⁶³. Intellectuele rechten laten de rechthebbende daarbij, in beginsel, toe om vrij te beschikken *of en hoe* deze de verleende exclusieve bevoegdheid zelf uitoefent, overdraagt of in licentie geeft⁴⁶⁴.

De invulling die de intellectuele rechten geven aan het juridische concept van het verlenen van een ‘subjectief recht’ vertoont ook enkel bijzonderheden. Een eerste bijzonderheid is dan met name dat een intellectueel recht een rechthebbende, naar aanleiding van een specifieke incorporatie van inspanningen, een exclusieve bevoegdheid

⁴⁶⁰ Het objectief recht verwijst naar het geheel van de binnen een maatschappij geldende rechtsnormen. Zie in dit verband o.a.: H. KELSEN, *Pure Theory of Law*, Union (N.J.), Lawbook Exchange, 2002, p. 125 e.v.; W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht. 1: Algemeen deel*, Gent, Story-Scientia, 1987, p.87 e.v; en O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht. Band 1: Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig, Dunker & Humblot, 1895, p. 112-113.

⁴⁶¹ Zie, wat de omschrijving betreft van het juridische concept van een subjectief recht, bijvoorbeeld: W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht. 1: Algemeen deel*, Gent, Story-Scientia, 1987, p.87 e.v.; J. DABIN, *Le Droit Subjectif*, Parijs, Dalloz, 1952, p.103; O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht. Band 1: Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig, Dunker & Humblot, 1895, p.251.

⁴⁶² Zie in die zin bijvoorbeeld: UNGERN-STERNBERG, die met betrekking tot de “ausschließliche (absolute) Rechte”, die het auteursrecht biedt, schrijft: “*Im Umfang dieser Rechte hat der Urheber das alleinige Recht, sein Werk zu nutzen (positives Benutzungsrecht) und Dritte von der Benutzung des Werkes auszuschließen (negatives Benutzungsrecht;...)*” J. von UNGERN-STERNBERG, “Unterabschnitt 3. Verwertungsrechte” in G. SCHRICKER (ed.), *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p. 342; Zie in die zin bijvoorbeeld ook de formulering van de verleende exclusieve bevoegdheid in bijvoorbeeld: art. XI.165., §1 WER (oud art 1. §1 Auteurswet) en art. XI.29., § 1, lid 1 WER (oud art. 27, § 1; lid Octrooiwet).

⁴⁶³ Zie in die zin bijvoorbeeld: D. HEERMA, “Verwertungsrechte, §15” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, nr 1; T. SAMBUC, “Einleitung” in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG (eds), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p.407; H. VANHEES, *Een juridische analyse van de grondslagen, inhoud en draagwijdte van auteursrechtelijke exploitatiecontracten*, Antwerpen, Maklu, 1993, p. 52.

⁴⁶⁴ Van een ‘overdragen’ van de exclusieve rechten, die intellectuele rechten verlenen, is sprake, wanneer deze exclusieve rechten uit het vermogen van de rechthebbende verdwijnen en in het vermogen van de verkrijger ervan terecht komen. Van een ‘in licentie geven’ van de exclusieve rechten, die intellectuele rechten verlenen, is sprake, wanneer de rechthebbende zich ertoe verbindt om, de feitelijke handelingen, die onder de in licentie gegeven exclusieve rechten vallen, niet te verbieden ten aanzien van de licentienemer en om de licentienemer de, al dan niet exclusieve, bevoegdheid te verlenen om de controle uit te oefenen over de feitelijke handelingen, die onder de in licentie gegeven exclusieve rechten vallen. In tegenstelling tot wat het geval is bij een ‘overdracht’ verdwijnen de exclusieve rechten, die intellectuele rechten verlenen, bij een ‘in licentie geven’ niet uit het vermogen van de rechthebbende. Zie in dit verband: A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d’auteur et les droits voisins*, Brussel, Larcier, 2005, p.191; L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p.252 en p.254; M. BUYDENS, *Droit des brevets d’invention et protection du savoir-faire*, Brussel, Larcier, 1999, p.139; H. VANHEES, *Een juridische analyse van de grondslagen, inhoud en draagwijdte van auteursrechtelijke exploitatiecontracten*, Antwerpen, Maklu, 1993, p.53 en p.109 e.v.; G. SCHRICKER, “Abschnitt 5. Rechtsverkehr im Urheberrecht. Vorbemerkung.” in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p.582 e.v..

verleent over een ‘object’, dat uiteindelijk, niet alleen deze specifieke incorporatie van inspanningen betreft, maar ook bepaalde daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties⁴⁶⁵.

Een tweede bijzonderheid is dat de exclusieve bevoegdheid die uiteindelijk aan een intellectueel recht te ontnemen is over sommige feitelijke handelingen ten aanzien van bepaalde incorporaties van inspanningen en zintuiglijk waarneembare manifestaties, ook, in de door het betrokken intellectuele recht bepaalde mate, onverminderd geldt, indien deze incorporaties van inspanningen en zintuiglijk waarneembare manifestaties, zakenrechtelijk gezien andere individuen toebehoren of gaan toebehoren⁴⁶⁶.

Een derde bijzonderheid, ten slotte, is dat intellectuele rechten van meet af aan bepaalde beperkingen vastleggen rond de exclusieve bevoegdheid, die ze verlenen, en rond het ‘object’ waarover ze een exclusieve bevoegdheid verlenen. Wat deze beperkingen betreft, is het gebruikelijk om een onderscheid te maken tussen ‘limieten’ en ‘uitzonderingen’⁴⁶⁷.

Een ‘limiet’ duidt in dit verband op een beperking van het door het intellectuele recht verleende absolute subjectieve recht, in de zin dat dit absolute subjectieve recht zich, naar de toepassing van de, expliciete of

⁴⁶⁵ Om deze bijzonderheid van het ingrijpen te verklaren, is het gebruikelijk om aan te nemen dat het tot de essentie van intellectuele rechten behoort dat het ‘object’, waarover zij een exclusieve bevoegdheid toekennen, de autonome geestelijke realiteit is van een ‘immaterieel goed’. Zie in die zin bijvoorbeeld: R. KRAßER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht* – , München, C.H. Beck, 2009, Kapitel I, II. Die Erfindung als Gegenstand des Patents, nr. 2; T. SAMBUC, “Einleitung” in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG (eds), *Gesetz gegen de unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p.407 (Eén van de “Wesensmerkmale geistigen Eigentums” is volgens deze auteur dat het om “Immaterialgüterrechte” gaat, wat volgens deze auteur het volgende impliceert: “D. h. der Gegenstand des Rechts ist an sich ein unkörperlicher. Der schutz erstreckt sich jedoch auf körperliche Gegenstände (Werkexemplare). ” T. SAMBUC, “Einleitung” in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG (eds), *Gesetz gegen de unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p. 407; A. KOPFF, “Die Schutzsysteme im Immaterialgüterrecht”, *GRURInt* 1983, p.352;; In wat volgt, zullen wij, in het kader van de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, aantonen dat het voor de verklaring van dit kenmerk van het ingrijpen van intellectuele rechten, nochtans niet nodig is om het tot de essentie van intellectuele rechten te verheffen dat hun ‘object’ een dergelijk autonome geestelijke realiteit is.

⁴⁶⁶ Als verklaring voor deze bijzonderheid te verklaren, is het eveneens gebruikelijk om aan te nemen dat het tot de essentie van intellectuele rechten behoort dat het ‘object’, waarover zij een exclusieve bevoegdheid toekennen, de autonome geestelijke realiteit is van een ‘immaterieel goed’. Zie in de zin bijvoorbeeld: S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 378 e.v.; Genuanceerder : F. GOTZEN, *Het Bestemmingsrecht van de auteur*, Brussel, Larcier, 1975, p.72 e.v. ; Ook hier geldt dat wij later, in het kader van de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, zullen aantonen dat het voor de verklaring van dit kenmerk van het ingrijpen van intellectuele rechten, nochtans niet nodig is om het tot de essentie van intellectuele rechten te verheffen dat hun ‘object’ een dergelijk autonome geestelijke realiteit is.

⁴⁶⁷ Het concept en de terminologie voor dit onderscheid tussen uitzonderingen en limieten ontnemen we concreet aan S. DUSOLLIER, die schijft: “*Nous recourrons au terme d' "exceptions" pour désigner l'ensemble des utilisations d'une oeuvre protégée dans lesquelles s'efface le droit exclusif de l'auteur. Par contre l'expression "limitations" rend souvent comptes des situations dans lesquelles il n'y a pas de droit d'auteur, en raison de l'expiration de la durée de protection, de l'absence de l'originalité ou de la définition de l'étendue des droits.*” S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 426; Zie in dit verband ook LUCAS en LUCAS, die schrijven: “*En dehors des limites naturelles liées à la nature et à l'objet du droit d'auteur, qui jouent dans le sens de la libre utilisation, il y a celles qui découlent des dérogations prévues par le législateur.*” A. LUCAS en H.-J. LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Paris, Litec, 2001, p.251; Zie in die zin ook: U. JOOS, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p.77; Vergelijk op dit punt tenslotte ook het onderscheid tussen het ‘naar de aard begrensd zijn’ en de ‘beperkingen rond enige kleine punten’, waar SPOOR, VERKADE en VISSER schrijven: “*Hoewel het auteursrecht naar zijn aard niet onbegrensd is, is het ingevolge de artt. 1, 12, 13, en 14 toch een veelomvattend recht. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de wetgever uitgaande van een ruime, algemene omschrijving, reden heeft gezien om enige kleine punten uit de taart van het subjectieve auteursrecht te snijden. De beperkingen van het auteursrecht volgens artt. 15 e.v. zijn deels meer, deels minder voor de hand liggend.*” J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Kluwer, Deventer, 2005, p. 215.

impliciete, algemene grondregels, die het betrokken intellectuele recht beheersen, niet uitstrekt tot bepaalde zintuiglijk waarneembare objecten of handelingen. Doorheen de onderscheiden intellectuele rechten zijn belangrijke dergelijke limieten bijvoorbeeld terug te vinden in de begrensde beschermingsduur⁴⁶⁸ en de uitputtingsregel⁴⁶⁹. De begrensde beschermingsduur, houdt in dat het intellectuele recht het absolute subjectieve recht in de regel enkel gedurende een bepaalde termijn verleent, te rekenen vanaf een bepaalde gebeurtenis met betrekking tot de beschermde incorporatie van inspanningen⁴⁷⁰, en het verleende absolute subjectieve recht zich met andere woorden dus niet uitstrekt tot zintuiglijk waarneembare objecten of handelingen die het licht zien na het verstrijken van deze termijn. Het algemeen beginsel doorheen de onderscheiden intellectuele rechten, dat bekend staat als de ‘uitputtingsregel’, houdt in dat, eenmaal de rechthebbende of iemand die daartoe zijn toestemming had, een incorporatie van inspanningen die bescherming geniet onder een bepaald intellectueel recht, in het verkeer bracht binnen het gebied waarvoor deze uitputtingsregel geldt, dit feit op zich het volgende teweegbrengt: binnen dit gebied kan de rechthebbende zich niet langer beroepen op die categorieën voorbehouden handelingen binnen het betrokken intellectuele recht die onder de ‘uitputtingsregel’ vallen, om zintuiglijk waarneembare handelingen te controleren ten aanzien van die specifieke, in het verkeer gebrachte incorporatie van inspanningen⁴⁷¹.

Een ‘uitzondering’ verwijst in deze context nu echter naar een beperking van het door het intellectuele recht verleende absolute subjectieve recht, die inhoudt dat, waar dit absolute subjectieve recht zich, naar de toepassing van de, expliciete of impliciete, algemene grondregels binnen het betrokken intellectuele recht, in beginsel wel zou uitstrekken tot bepaalde zintuiglijk waarneembare objecten of handelingen, een afwijkende, expliciete bepaling van het betrokken intellectuele recht dit niettemin verhindert. Waar de grondregel binnen het auteursrecht er in bestaat dat het reproduceren van een incorporatie van inspanningen die aanleiding gaf tot auteursrechtelijke bescherming, onder het absolute subjectieve recht valt van de rechthebbende, maakt een specifieke uitzondering bijvoorbeeld dat het absolute subjectieve recht van de auteur zich, onder voorwaarden, niet uitstrekt tot een reproduceren ten behoeve van gehandicapten⁴⁷².

⁴⁶⁸ Wat de kwalificatie als ‘limiet’ betreft, van de beperking van de duur van de bescherming, zie bijvoorbeeld: S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 426; A. LUCAS en H.-J. LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Paris, Litec, 2001, p.251, voetnoot 371.

⁴⁶⁹ Zie bijvoorbeeld JOOS, die met betrekking tot de uitputting – in het Duits ‘Erschöpfung’ – uitdrukkelijk opmerkt: “Die Erschöpfung ist eine dem Verbreitungsrecht immanente Inhaltsbeschränkung, eine Begrenzung des sachlichen oder materiellen Gehalts des Verbreitungsrechts.” U. JOOS, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p. 77.

⁴⁷⁰ bijvoorbeeld haar creatie, het vervullen van een bepaalde formaliteit om haar bescherming te verkrijgen, de aanvang van haar commerciële exploitatie of haar publiek toegankelijk stellen.

⁴⁷¹ Zie met betrekking tot de regel van de uitputting of ‘uitputtingsleer’ bijvoorbeeld: V. VAN OVERMEIRE, “Enkel de communautaire uitputting van het distributierecht is toegestaan” (noot bij C-479/04 Laserdisken ApS t Kulturministeriet, H.v.J 12 september 2006), *A&M* 2007, p.74-78; M. VIVANT, *Le droit des brevets*, Parijs, Éditions Dalloz, 2005, p. 97 e.v.; R. HILTY, “Der Softwarevertrag - ein Blick in die Zukunft - Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software”, *MMR* 2003, p. 9 e.v. (in het bijzonder p.12); R. SACK, “Der Erschöpfungsgrundsatz im deutschen Immaterialgüterrecht”, *GRUR Int* 2000, p.610 e.v.; M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Brussel, Larcier, 1999, p. 257; U. JOOS, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p. 30 e.v.; C. SCHRAMM, *Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen rechtsschutzes und Urheberrechtes*, Berlijn, Keulen, C. Heymanns Verlag KG, 1954, p.376; Zie ook: B. CONDE CALLEGO, “The Principle of Exhaustion of Rights and Its Implications for Competition Law”, *IIC* 2003, p.474 e.v.; Zie ook: C. STOTHERS, *Parallel trade in Europe: intellectual property, competition and regulatory law*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2007, p. 43 (“...the basic rule of Community exhaustion is that once a product has been placed on the market in any Member State by an undertaking (or with its consent), that undertaking can no longer rely on any intellectual property rights to prevent that product being imported or sold within another Member State.”).

⁴⁷² Zie art. 5.3. Richtlijn Informatiemaatschappij; dat bepaalt: “De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op de in de artikelen 2 en 3 bedoelde rechten stellen ten aanzien van: ... b) het gebruik ten behoeve van mensen met een handicap, dat direct met de handicap verband houdt en van niet-commerciële aard is en voorzover het wegens de betrokken handicap noodzakelijk is;”. Zie: art. XI.190., 15° WER (oud art 22, §1 Auteurswet) dat concreet

Met betrekking tot de concrete, expliciete beperkingen, die intellectuele rechten voorzien rond het absolute subjectieve recht, dat zij verlenen, ligt het echter niet steeds voor de hand om deze te kwalificeren als een ‘limiet’ of een ‘uitzondering’. Wat de bepalingen betreft, die de begrensde beschermingsduur en de uitputtingsregel formuleren binnen de intellectuele rechten, is er bijvoorbeeld nog eensgezindheid dat deze bepalingen uiting geven aan ‘limieten’, die volgen uit de algemene grondregels binnen de betrokken intellectuele rechten. Gaat het echter bijvoorbeeld over expliciete bepalingen, die het verleende absolute subjectieve recht zich niet laten uitstrekken tot handelingen in private kring of voor niet-commerciële doeleinden, dan is er al veel minder eensgezindheid rond de vraag of deze bepalingen als limieten net volgen uit de algemene grondregels binnen de betrokken intellectuele rechten, dan wel als uitzondering daar tegen ingaan.

A.1.2. Focus van het ingrijpen

Karakteristiek voor intellectuele rechten is in de tweede plaats dan de focus die zij hanteren bij het ‘afstellen’ van hun archetypische ingrijpen. Bij dit ‘afstellen’ van het betrokken ingrijpen, gaat het dan met name om twee aspecten: 1.) de beoordeling of de gedragsvoorschriften van het betrokken ingrijpen *toepasselijk* zijn in een concreet geval en 2.) de vaststelling van de concrete *gedragingen*, die de gedragsvoorschriften van het betrokken ingrijpen voorschrijven in het concrete geval waarin ze toepassing vinden. Eigen aan intellectuele rechten, is dan met name dat zij, in beginsel, steeds vragen om hun archetypische ingrijpen af te stellen in het licht van het voorliggen van specifieke, *ex ante* omschreven feiten binnen een concrete constellatie van omstandigheden, die als indicatie gelden voor het feit dat zintuiglijk waarneembare manifestaties een bepaald resultaat van inspanningen, een bepaald ‘immaterieel goed’, belichamen⁴⁷³.

Deze focus op specifieke, *ex ante* omschreven feiten geldt in de eerst plaats voor de beoordeling rond de toepasselijkheid van de gedragsvoorschriften van intellectuele rechten. In de regel, gaan intellectuele rechten telkens over tot het toekennen van bescherming, op grond van het volgende feit: de kenmerken van een incorporatie van inspanningen verschillen voldoende van alles wat de maker bij het creëren ervan reeds kende, om aan te nemen dat het vervaardigen van deze incorporatie van inspanningen een bepaald soort resultaat van inspanningen vroeg⁴⁷⁴.

bepaalt: “Wanneer het werk op geoorloofde wijze openbaar is gemaakt, kan de auteur zich niet verzetten tegen:”...“11° de reproductie en mededeling aan het publiek van werken ten behoeve van mensen met een handicap, die rechtstreeks met deze handicap verband houden en van niet-commerciële aard zijn en voorzover het wegens de betrokken handicap noodzakelijk is, voor zover hierdoor geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van het werk en geen onredelijke schade wordt berokkend aan de wettige belangen van de auteur;”.

⁴⁷³ Dat intellectuele rechten hun ingrijpen afstellen op een bepaald resultaat van inspanningen, in de regel opgevat als een bepaald soort, ‘immaterieel goed’, zie bijvoorbeeld: HILTY “Überwindet das Investitionsergebnis hingegen die Hürde der spezifisch immaterialgüterrechtlichen Schutzvoraussetzungen, so erringt der betreffende Wettbewerber nach gegenwärtig üblicher bzw. allgemein anerkannter Konzeption des bestehenden Schutzrechtsinstrumentariums zwar eine besondere Wettbewerbsposition;”; R. HILTY, "The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces" in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p. 45.

A. KOPFF, “Die Schutzsysteme im Immaterialgüterrecht”, *GRURInt* 1983, p.351-352; Dat de vaststelling van dit resultaat van inspanningen noodzakelijk dient te gebeuren op grond van de kenmerken van de betrokken incorporatie van inspanningen, zie bijvoorbeeld: A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Basel und Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p.58 (“Weil sie nicht körperliche Erscheinungen vertreten, sondern lediglich durch diese wahrgenommen werden, benötigen wir die sinnlichen Mitteilungsträger (Tone, Noten, Worte, Farben, Linien, Flächen, Körper usw.), um das Immaterialgut zu erkennen.”).

⁴⁷⁴ Met betrekking tot de rol van de vaststelling van ‘verschillen’ bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van intellectuele rechten, zie bijvoorbeeld: A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p.50 (“...that the requirement of originality in copyright law is not one of independent creation, but rather the degree of difference which the alleged protected work has over the existing works. Indeed it is submitted that this is the common feature of all the requirements of originality in the various intellectual property regimes, however expressed.”); M. FLAMÉE, “Beschermingsomvang van octrooien, Equivalentiemethode” in P. VANCRAESBEECK (ed.), *Problemen van Octrooirecht*, Diegem, Kluwer, 1994, p.313-314; M. KOKTVEDGAARD, *Konkurrencepraegede Immaterialretspositioner. Bidrag til loeren om de lovsbestemte enerettigheder og ders forhold til den almene konkurrenceret*, Kopenhagen, Juristforbundets Forlag, 1965, p. 124 (“It is submitted that the immaterial rights should not be defined by their purpose or object, but by their method and structure. The distinctive feature is that

De bescherming van intellectuele rechten grijpt, in de regel, telkens in van zodra in essentie twee feiten vaststaan die als indicatie gelden voor ‘ontlening’ en dus ‘inbreuk’⁴⁷⁵: ‘gelijkenis’ en ‘kennis’. Bij ‘gelijkenis’ gaat het er dan met name om dat een fysische manifestatie, op het door het betrokken intellectuele recht aangegeven niveau van abstractie, een voldoende relevante en substantiële gelijkenis vertoont met de incorporatie van inspanning, die

the are all based on the human experience of identity, and that they all make use of certain and specific rules of comparison. This technique can not be found in any other part of the legal system”.); In de regel, geldt dat bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van intellectuele rechten, dat een ‘subjectieve nieuwheid’ vereist wordt. Deze ‘subjectieve nieuwheid’ vraagt dat uit de betrokken incorporatie van inspanningen een resultaat van inspanningen blijkt dat voldoende verschilt van al datgene wat de maker er van reeds kende bij het leveren van het betrokken resultaat van inspanningen. Zie in die bijvoorbeeld: U. LOEWENHEIM, "Abschnitt 2 Das Werk" in G. SCHRICKER, Urheberrecht Kommentar, München, C.H. Beck, 2006, p.71-72 ("*Auf die objektive Neuheit der Gestaltung kommt es urheberrechtlich grundsätzlich nicht an. Das Urheberrecht schützt nicht das neue Ergebnis, sondern das individuelle Schaffen; Für den Urheber muss es sich bei seinem Schaffen allerdings um etwas Neues handeln, er darf eine etwa schon vorhandene Gestaltungsform nicht kennen. Anderenfalls würde keine Individuelle Schöpfung vorliegen; was jemand von anderer Seite übernimmt, kann nicht Ausdruck seines individuellen Geistes sein. Insofern spricht man davon dass subjektive Neuheit erforderlich ist.*") F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du Droit d'Auteur et des Droits Voisins*, Brussel, Bruylant, 2000, p. 21 ("*A notre avis, le fait pour l'auteur de l'oeuvre postérieure d'échapper au grief de contrefaçon de l'oeuvre première repose sûr la primauté de l'originalité; il y a lieu alors d'admettre aussi que l'originalité de l'oeuvre postérieure n'est pas limitée par l'oeuvre première.*") A. KOPFF, "Die Schutzsysteme im Immaterialgüterrecht", *GRUR Int* 1983, p.351-356 (in het bijzonder p.354); Een uitzondering hierbij is echter het octrooierecht dat bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van intellectuele rechten, een ‘objectieve nieuwheid’ vereist. Deze ‘objectieve nieuwheid’ vereist dat uit de betrokken incorporatie van inspanningen, in dit geval de octrooi-conclusie, een resultaat van inspanningen blijkt dat voldoende verschilt van al datgene wat reeds bestond, toen de betrokken persoon tot dit resultaat van inspanningen kwam. Het octrooierecht verwoordt dit met name door te stellen dat de beoordeling naar het 'nieuw' zijn dient te gebeuren in referentie tot 'de stand van de techniek'. (zie bijvoorbeeld: art. XI.6., § 1 WER (oud art 5, § 1 Octrooiwet) en art. 54, 1° Europees Octrooi-verdrag) De stand van de techniek is daarbij een door concrete bepalingen van het octrooierecht omschreven begrip dat verwijst naar "*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*". (zie bijvoorbeeld: art. XI.6., § 2 WER (oud art 5, § 2 Octrooiwet en art. 54, 2° Europees Octrooi-verdrag); Zie met betrekking tot de invulling van de begrippen 'objectieve nieuwheid' en 'subjectieve nieuwheid': A. KOPFF, "Die Schutzsysteme im Immaterialgüterrecht", *GRUR Int* 1983, p.354; P. NORDELL, "Das Kriterium der Doppelschöpfung im schwedischen Recht - Theorie und Praxis", *GRUR Int.* 1997, p. 111.

⁴⁷⁵ Zie met betrekking tot deze vereiste van ‘ontlening’ binnen de intellectuele rechten, bijvoorbeeld: J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Kluwer, Deventer, 2005, p. 165-166 ("*Daarentegen is van inbreuk geen sprake als hij van dat werk geen gebruik heeft gemaakt, het wellicht in het geheel niet kende, maar slechts een eigen werk heeft geschapen dat een zekere gelijkenis vertoont met het oudere werk. Anders gezegd het auteursrecht beschermt alleen tegen ontlening; het geeft geen monopolie op een bepaalde vormgeving.*"); A. STROWEL, "La contrefaçon en droit d'auteur: conditions et preuve ou pas de contrefaçon sans 'plagiat' (noot bij Voorz. Rb Bergen 18 november 2005)", *Auteurs & Media* 2006, p. 268; A. KOPFF, "Die Schutzsysteme im Immaterialgüterrecht", *GRUR Int* 1983, p.351-356 (in het bijzonder p.354); DE VISSCHER en MICHAUX die met betrekking tot het auteursrecht stellen: "*... que le caractère indépendant de la création exonère face à l'action en contrefaçon,...*" F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du Droit d'Auteur et des Droits Voisins*, Brussel, Bruylant, 2000, p. 270; House of Lords, 1 februari 1979 (*L.B. (Plastics) v. Swish Products*), F.S.R. 1979, p. 145 (p. 149: "*Nor is there infringement if a person arrives by independent work at a substantial similar result to that sought to be protected. The protection given by the law of copyright is against copying, the basis of the protection being that one man must not be permitted to appropriate the result of another's labour.*"); Een uitzondering hierbij is echter opnieuw het octrooierecht. Binnen het octrooierecht is geen ontlening vereist op dat sprake zou zijn van inbreuk. Zie in dit verband bijvoorbeeld: R. KRABER, Boekbespreking "Hilty, Reto M.: Lizenzvertragsrecht. Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Sicht.", *GRUR Int* 2002, p.381-387; T. SAMBUC, "Einleitung" in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG (eds), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p. 407; Zie in dit verband ook: A. KOPFF, "Die Schutzsysteme im Immaterialgüterrecht", *GRUR Int* 1983, p.353 ("*Den jeweils gewährten ausschließlichen subjektiven Rechten kommen folglich ganz unterschiedliche Wirkungen zu. Das Recht kann entweder - im Sinne einer Sperrwirkung - gegen jeden Dritten, also auch gegen den Schöpfer eines anschauungsgleichen Ergebnisses durchgesetzt werden oder aber es bleibt gegenüber den Schöpfern anschauungsgleicher Werke unwirksam.*") A. KOPFF, "Die Schutzsysteme im Immaterialgüterrecht", *GRUR Int* 1983, p. 353.

bescherming geniet⁴⁷⁶. Bij ‘kennis’ gaat het dan met name om het feit dat de zonet vermelde ‘gelijkenis’ zijn verklaring moet vinden in het feit dat een persoon kennis had van de kenmerken van de betrokken incorporatie van inspanningen en deze kenmerken vervolgens overnam. De betrokken ‘gelijkenis’ en ‘kennis’ samen gelden dan als voldoende indicatie om aan te nemen deze fysische manifestatie hetzelfde resultaat van inspanningen, hetzelfde ‘immateriële goed’, belichaamt waarrond bescherming verleend werd.

De zonet vermelde focus op specifieke, *ex ante* omschreven feiten geldt daarnaast ook voor de gedragingen, die de gedragsvoorschriften van intellectuele rechten voorschrijven in een concreet geval waarin ze toepassing vinden. Intellectuele rechten leggen in hun gedragsvoorschriften immers reeds *ex ante* en op algemene wijze de inhoud van de gedragingen vast, die zij menen te moeten voorschrijven, telkens als de omschreven specifieke feiten voorliggen die in concrete gevallen tot hun toepassing leiden. In een concrete constellatie van omstandigheden, determineert het al dan niet voorliggen van de betrokken *ex ante* omschreven feiten, op die manier ook de inhoud van de gedragingen, die intellectuele rechten voorschrijven in deze concrete constellatie van omstandigheden⁴⁷⁷.

A.2. Archetypische doelstellingen

Doorheen de onderscheiden categorieën intellectuele rechten, menen we ook te mogen vaststellen dat het eigen is voor intellectuele rechten om met hun archetypische ingrijpen een welbepaalde doelstelling nastreven. Twee observaties zijn hierbij volgens ons van belang. Een eerste observatie in dit verband is dat het doorheen de onderscheiden categorieën intellectuele rechten, zoals aangegeven, aanvaard is dat de rechtvaardigingen voor het ingrijpen van intellectuele rechten teruggaan op utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen. Vanuit utilitaristische overwegingen dienen intellectuele rechten, zoals aangegeven, dan met name te streven, naar een coördinatie van gedragingen die mensen aanspoort om in die mate, die soort handelingen te stellen ten aanzien van die zintuiglijk waarneembare manifestaties, zoals dit vereist is opdat hun handelingen maximaal zouden bijdragen tot het grootste geluk voor het grootst mogelijke aantal mensen. Op grond van deontologisch-natuurrechtelijke rechtvaardigingen is het, zoals aangegeven, de doelstelling van intellectuele rechten om het gedrag van mensen zo te coördineren dat mensen hun ‘plichten’ naleven en de ‘natuurlijke rechten’ van personen gerespecteerd worden.

De tweede observatie is dat, doorheen de verschillende categorieën intellectuele rechten, steeds geldt dat hun ingrijpen functioneert als een investeringsbescherming. In de praktijk is immers vast te stellen dat het ingrijpen van intellectuele rechten voor rechthebbenden en wetgevers overwegend moet dienen om een investeringsbescherming te realiseren met betrekking tot de inspanningen rond het creëren van bepaalde

⁴⁷⁶ Zie in dit verband, bijvoorbeeld: A. STROWEL, "La contrefaçon en droit d'auteur: conditions et preuve ou *pas de contrefaçon sans 'plagiat'* (noot bij Voorz. Rb Bergen 18 november 2005)", *Auteurs & Media* 2006, p. 268 ("*une identité ou une similarité substantielle*" ten aanzien van "des éléments protégés de l'œuvre"); Wat het Britse recht betreft, kunnen we in dit verband verwijzen naar de zogeheten ‘substantial part’-test. Deze test houdt met name in dat sprake is van inbreuk ten aanzien van een auteursrechtelijk beschermd vormgeving, indien er een overname voorligt van het geheel of een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van de auteursrechtelijk beschermd vormgeving. Zie: art. 16 Britse Copyright, Designs and Patents Act 1988 met betrekking tot "*The acts restricted by copyright in a work*" bepaalt in zijn derde lid met name: "*References in this Part to the doing of an act restricted by the copyright in a work are to the doing of it— (a) in relation to the work as a whole or any substantial part of it,...*" Zie in dit verband bijvoorbeeld: House of Lords 23 november 2000, (Designers Guild Ltd. v. Russell Williams), *WLR*, p. 2416; (p.2431: "...the question whether he has copied a substantial part depends much more on the quality than on the quantity of what he has taken.") High Court of Justice--Chancery Division, 15 april 1999 (*Cantor Fitzgerald International v. Tradition*), *R.P.C.* 2000, p. 95 (p.131: "*It follows that a copyist infringes if he appropriates a part of the work upon which a substantial part of the author's skill and labour were expended.*"); Zie tenslotte ook: W. CORNISH en D. LEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p.454-455; L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p.166 e.v.; M. FLAMÉE, "Beschermingsomvang van octrooien, Equivalentiemethode" in P. VANCRAESBEECK (ed.), *Problemen van Octrooirecht*, Diegem, Kluwer, 1994, p. 313-314.

⁴⁷⁷ In die zin bijvoorbeeld ook: G. WESTKAMP, "Protecting Databases Under US and European Law – Methodical Approaches to the Protection of Investments Between Unfair Competition and Intellectual Property Concepts", *IIC* 2003, p. 779.

incorporaties van inspanningen⁴⁷⁸. Ook vanuit rechtstheoretisch oogpunt geldt dat het ingrijpen van intellectuele rechten inherent als een investeringsbescherming functioneert⁴⁷⁹. Vanuit rechtstheoretisch oogpunt hebben verschillende auteurs er overigens reeds op gewezen dat de zonet beschreven investeringsbescherming die intellectuele rechten bieden, daarbij uiteindelijk in te passen is binnen het volgende streven: een streven naar een ‘goed functionerende markt vanuit utilitaristisch-economische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen⁴⁸⁰.

De analyse in dit verband mag zich immers niet laten afleiden door het feit dat intellectuele rechten aansluiten bij het juridisch concept van subjectieve rechten en al evenmin door opvattingen dat intellectuele rechten enkel ‘prestaties van intellectuele arbeid⁴⁸¹’ en ‘innovaties⁴⁸²’ en geen ‘loutere investeringen’ behoren te beschermen.

⁴⁷⁸ Zie in dit verband bijvoorbeeld de observatie die KUR maakt rond de convergentie van de rechtvaardigingen van het ingrijpen van de verschillende intellectuele rechten. Haar observatie bestaat er met name in: “...that the distinct, specific concepts on which the individual IP rights were originally founded – like the „origin function“ in trademark law - are gradually losing in importance, whereas aspects of a more general nature, like the wish to encourage and protect investments, are constantly gaining in influence.” A. KUR, “Further legal analysis and debate concerning the relationship of copyright and trademark exceptions: Does/should trademark law prohibit conduct to which copyright exceptions apply? – General Report” in J. GINSBURG en J. BESEK (ed.), *Adjuncts and Alternatives to Copyright. Proceedings of the ALAI Congress June 13-17, 2001*, New York, Columbia University, 2002, p. 594. In dezelfde zin stelt WESTKAMP: “..., Intellectual Property categories are converging due to a general shift from more defined protection principles towards safeguarding an investment.” G. WESTKAMP, “Convergence of Intellectual Property Rights and the Establishment of ‘Hybrid’ Protection under TRIPs”, in F. Macmillan (ed.), *New Directions in Copyright: Volume I*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, p. 110.

⁴⁷⁹ Zie bijvoorbeeld: T. EHMANN, “Monopole für Sportverbände durch ergänzenden Leistungsschutz?”, *GRUR Int* 2009, p. 661; R. HILTY, “The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces” in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p.45; J. GLÖKNER, *Europäisches Lauterkeitsrecht*, München, C.H. BECK, 2006, p.595; Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld ook: J. von UNGERN-STERNBERG, “Unterabschnitt 3. Verwertungsrechte” in G. SCHRICKER (ed.), *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p. 342 (“Gemäß dem allgemeinen Zweck des Urheberrechts (...) sollen die Verwertungsrechte dem Urheber vor allem die Kontrolle über die Nutzung seines Werkes (...) und damit zugleich eine angemessene Vergütung für die Nutzung des Werkes sichern.”); R. KRABER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht* – , München, C.H. Beck, 2004, p. 3 (“Erlangt er jedoch ein Patent, so kann er jene Vorteile in vollem Umfang für sich nutzen, indem er anderen gegen Entgelt die Benutzung gestattet oder selbst die Erfindung anwendet und sich ihren Wert im Preis von Erzeugnissen oder anderen Leistungen vergüten läßt, die er mit ihrer Hilfe herstellt oder erbringt und kraft des Patents allein anzubieten in der Lage ist.”).

⁴⁸⁰ R. HILTY, “The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces” in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p. 1 e.v. (in het bijzonder: p. 45); J. DREXL, “Intellectual Property and Antitrust Law - IMS Health and Trinko - Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases”, *IIC* 2004, p.792 (“What is it then that tells us where to draw the line between protection and competition? The modern view of the interface of intellectual property and competition law would follow a theory of complementarity. According to this theory, intellectual property law and competition law pursue identical goals. Both fields of law are designed to promote competition and innovation.”).

⁴⁸¹ Zie in die zin bijvoorbeeld BUYDENS, die stelt: “...l’octroi d’un droit de propriété intellectuelle pour une prestation purement économique nous paraît contraire au fondement même de la propriété intellectuelle. La propriété intellectuelle au sens strict (comprenant tout système de normes ayant pour but la protection d’une prestation de nature créative) n’a en effet ni pour but ni pour fonction de protéger une prestation économique, c’est-à-dire un investissement et/ou un acte de gestion, mais repose au contraire sur le déploiement d’une certaine prestation intellectuelle (invention, création, quasi-creation) qui fonde et justifie l’octroi d’un droit exclusif et absolu.” M. BUYDENS, *La Protection de la Quasi-Creation*, Brussel, Larcier, 1993, p. 509; Vergelijk ook: D. GERVAIS, “Feist goes global: a comparative analysis of the notion of originality in copyright law”, *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 2002, p. 958 (“It seems that by requiring the mark of creativity, rather than looking at the work, time or Money invested in the creation process, the Supreme Court clarified the consideration that society expects from its copyright “contract” with the author, and that copyright is not (only) an investment protection scheme.”).

⁴⁸² In die zin bijvoorbeeld: C. KIRCHNER, “Innovationsschutz und Investitionsschutz für immaterielle Güter”, *GRURInt* 2004, p.603 e.v..

Dat intellectuele rechten tot een investeringsbescherming leiden, volgt met name uit een objectieve analyse wat een ‘investering’ is en wat een ‘investeringsbescherming’ uitmaakt. Van een ‘investering’ is immers steeds sprake, wanneer een individu zijn middelen niet aanwendt met het oog op een onmiddellijke behoeftebevrediging, maar integendeel aanwendt met het oog op het verkrijgen van een hogere toekomstige behoeftebevrediging⁴⁸³. In die zin zijn zowel het leveren van intellectuele inspanningen om een nieuw soort medicijn te vervaardigen en op de markt te brengen als het leveren van de handenarbeid om, van een bestaand soort klompen, een bijkomend paar te produceren en op de markt te brengen, beiden te kwalificeren als een ‘investeren’. In beide gevallen zal een persoon zijn middelen – bijvoorbeeld zijn tijd en energie die hem toelaat om de betrokken inspanningen te leveren – *niet* aanwenden om een onmiddellijke behoeftebevrediging te realiseren, maar integendeel ‘investeren’ in het vervaardigen van een incorporatie van inspanningen, waarvan hij hoopt dat de verkoopprijs hem uiteindelijk in staat stelt om een hoger behoeftebevrediging te realiseren. Van een ‘investeringsbescherming’, is volgens ons dan met name sprake telkens als een ingrijpen het volgende realiseert: het ingrijpen leidt ertoe dat een persoon afgeschermd wordt van de mogelijke negatieve invloed die bepaalde feitelijke omstandigheden of handelingen kunnen hebben op zijn mogelijkheden om geïnvesteerde inspanningen te recupereren.

Op grond van de zonet gegeven typering van de noties ‘investering’ en ‘investeringsbescherming’, volgt dan ook dat het ingrijpen van intellectuele rechten functioneert als een investeringsbescherming. Intellectuele rechten zorgen er immers voor dat, indien het resultaat van inspanningen voldoet aan de betrokken criteria voor het toekennen van bescherming, de rechthebbende, in zijn mogelijkheden om door ruiltransacties rond incorporaties van dit resultaat van inspanningen de betrokken inspanningen te recupereren, geen negatieve invloed ondervindt van die handelingen rond incorporaties van dit resultaat van inspanningen, die het intellectuele recht hem exclusief voorbehoudt⁴⁸⁴.

Uit beide zonet vermelde observaties, menen wij te mogen besluiten dat de archetypische doelstelling van intellectuele rechten er in bestaat om, overeenkomstig utilitaristische-economische⁴⁸⁵ en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen⁴⁸⁶, een soort investeringsbescherming na te streven met betrekking tot bepaalde

⁴⁸³ Zie in dit verband bijvoorbeeld: B. DE BORGER en A. VAN POECK, *Algemene economie*, Antwerpen, De Boeck, 2006, p. 20 e.v. en R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, 533 e.v.; Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld ook PARSON die schrijft: “*to invest essentially means to put the valuable things you own into a form in which they will earn more money or other benefit*” J. PARSON, *Illustrated Dictionary of Economics*, New Delhi, Lotus Press, 2006, p. 122.

⁴⁸⁴ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: T. EHMANN, “Monopole für Sportverbände durch ergänzenden Leistungsschutz?”, *GRUR Int* 2009, p. 661 (“*So liegt eine Gemeinsamkeit der Immaterialgüterrechte darin, spezifische Investitionen gegen Übernahmen zu schützen. Mittel der Wahl war bei diesen Säulen die Konstruktion subjektiv-absoluter Rechte, die eigentumsähnlich verstanden werden. So wurde ein spezifischer Investitionsschutz für abgeschlossene Einzelbereiche etabliert, die „Inseln des Schutzes im Meer der Wettbewerbsfreiheit“ darstellen.*”); R. HILTY, “The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces” in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p.45 (“*In reality, however, as has already been emphasised on a number of occasions, also traditional intellectual property rights may be justified with good grounds on the basis of aspects of competition law. They are essentially based upon the fact that the prospects of a particular (time-limited) position in competition – for the purpose of amortisation and making a profit – creates a particular incentive for producing something of such an extraordinary nature that the legal protection can be linked to that result of the investment.*”).

⁴⁸⁵ Met betrekking tot het feit dat utilitaristisch-economische overwegingen een welbepaalde investeringsbescherming kunnen verantwoorden op grond van intellectuele rechten, zie bijvoorbeeld: W. GORDON, “Intellectual Property” in P. CAN en M. TUSHNET (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p.638 en S. BESEN en L. RASKIND, “An introduction to the Law and Economics of Intellectual Property”, *The Journal of Economic Perspectives* 1991, p.5 (Die het ‘probleem’, dat het ingrijpen van intellectuele rechten verantwoordt, omschrijven als: “*If potential innovators are limited in their ability to capture this value, they may not have enough incentive to invest a socially optimal amount in innovative activity.*”).

⁴⁸⁶ Met betrekking tot het feit dat deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen een welbepaalde investeringsbescherming kunnen verantwoorden op grond van intellectuele rechten, zie bijvoorbeeld: DUSOLLIER die aangeeft dat: “... *la théorie de Locke pourrait également justifier l’octroi de droits sur un investissement...*”, S. DUSOLLIER, *Droit d’Auteur et Protection des Oeuvres dans l’Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p.219, voetnoot 16.

incorporaties van inspanningen. Het nastreven van deze investeringsbescherming kan daarbij gekaderd worden in het streven naar een goed functionerende ‘markt’ overeenkomstig utilitaristische-economische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen.

In dit verband is dan echter meteen op te merken dat onze aanduiding van het verschaffen van de zonet vermelde investeringsbescherming als de ‘archetypische’ doelstelling van intellectuele rechten, niet inhoudt dat wij menen, dat het betrokken ingrijpen steeds te reduceren is tot het bieden van een dergelijke soort investeringsbescherming. Binnen verschillende categorieën intellectuele rechten is er immers naast de vermogensrechtelijke doelstelling om in een investeringsbescherming te voorzien, vaak ook het streven om de morele of persoonlijke band te beschermen tussen een persoon en de incorporaties van zijn inspanningen⁴⁸⁷. Bij onze identificatie van het streven naar een investeringsbescherming als de ‘archetypische doelstelling’ van intellectuele rechten gaat het er enkel om dat deze doelstelling de grootste gemene deler en de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van de onderscheiden categorieën intellectuele rechten.

B. Het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’

Vanuit een functionele benadering, menen wij dat ook de essentie van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, gelegen is in het volgende: de *doelstellingen*, die dit ingrijpen nastreeft, en in het soort ingrijpen dat het recht inzake oneerlijke mededinging archetypisch inzet als *middel* om deze doelstelling te bereiken in het licht van onderscheiden feitelijke omstandigheden.

Ook wat het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging betreft rond ‘parasitaire mededinging’ gaan we nu dieper in op deze essentie van het betrokken ingrijpen. Eerst (A.1.), bespreken we het archetypische ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. Daarna (A.2.), behandelen we de doelstellingen die het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ archetypisch nastreeft.

B.1. Archetypisch ingrijpen

Doorheen de onderscheiden regelingen rond het recht inzake oneerlijke mededinging, menen we eveneens te mogen vaststellen dat, indien dit recht ingrijpt tegen ‘parasitaire mededinging’, het hierbij steeds op een zelfde, als het ware ‘archetypische’ wijze ingrijpt in de onderlinge verhoudingen tussen personen. De kern van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ is naar onze mening archetypisch het volgende: het recht inzake oneerlijke mededinging legt iedereen een verbod op om ‘handelspraktijken⁴⁸⁸’ te stellen, die teruggaan op het ‘kopiëren’ of ‘imiteren’ van een incorporatie van de inspanningen van een andere onderneming, in omstandigheden, waarin deze handelspraktijken omwille van hun

⁴⁸⁷ Wat de bescherming van deze morele of persoonlijkheidsrechtelijke band betreft, zie bijvoorbeeld: Zie in dit verband: A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Brussel, Larcier, 2005, 512 p. C. DOUTRELEPONT, *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire : analyse en droit comparé et en droit européen*, Brussel, Bruylant, 1997, 629 p.; A. DIETZ, “Unterabschnitt 2. Urheberpersönlichkeitsrecht” in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p. 256 e.v..

⁴⁸⁸ Een ‘handelspraktijk’ omschrijft art. I.8., 23° WER (oud art. 2, 29° Wet Marktpraktijken) hierbij als volgt: “*iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een onderneming, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product;*”. Het begrip ‘onderneming’ binnen deze definitie is volgens art. I.1., 1° WER (oud artikel 2, 1° Wet Marktpraktijken) te verstaan als: “*elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen*”.

‘parasitair’ karakter⁴⁸⁹ ‘onrechtmatig’ handelspraktijken uitmaken⁴⁹⁰. Aan dit verbod ontlene bepaalde personen of rechtspersonen dan een relatieve bevoegdheid om, als belanghebbende⁴⁹¹, in het bijzonder via een ‘vordering tot staking’, de naleving van dit verbod te eisen ten aanzien van die personen die met hun ‘handelspraktijken’ dit verbod op ‘parasitaire mededinging’ overtreden en daardoor de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaden of kunnen schaden⁴⁹². Twee kenmerken van het zonet omschreven ingrijpen zijn daarbij volgens ons opnieuw bijzonder karakteristiek te noemen voor het archetypische ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’: het gehanteerde ‘juridische concept’ en de gehanteerde ‘focus’ van het ingrijpen.

⁴⁸⁹ Eigen aan het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’, binnen het algemene verbod op oneerlijke handelspraktijken, is dat het recht inzake oneerlijke mededinging hierbij optreedt tegen handelspraktijken die het ‘oneerlijk’ acht louter omwille van hun ‘parasitair’ karakter. Opdat handelspraktijken een verboden ‘parasitaire mededinging’ zouden uitmaken is, in beginsel, niet vereist dat ze naast het vertonen van een ‘parasitair’ karakter ook nog aanleiding geven tot ‘verwarringsstichting’, ‘slechtmaking’ of een inbreuk op intellectuele rechten. Zie in die zin bijvoorbeeld: J. LIGOT, F. VANBOSSELE, O. BATTARD en A. TALLON (editor), *Les pratiques loyales*, Brussel, Larcier, 2012, p. 103-104; G. STRAETMANS, “Over parasitaire concurrentie en namaak”, *DAOR* 2011, p. 283; R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 75; G. LONDERS, “Onrechtmatig imiteren, kopiëren en aanhaken” in J. STUYCK (ed.), *Handelspraktijken anno 2006*, Kluwer, Mechelen, 2006, p. 192. Uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: Brussel 7 december 2006, *T.B.H.* 2007, p.580 (p.582: “*Pour qu’il y ait concurrence parasitaire, il n’est pas indispensable qu’il existe un risque de confusion;*”); Brussel 6 november 2003, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2003, p. 566; Vergelijk ook: Cass. 29 mei 2009, *NJW* 2010, p. 151 (p.153: “*Die andere redenen bestaan niet alleen uit de miskennis van intellectuele eigendomsrechten of verwarringstichtende reclame, maar kunnen elke vorm van onrechtmatig gedrag zijn.*”); L. VOGEL, *Droit de la concurrence déloyale. 350 décisions commentées*, Parijs, LawLex, 2005, p. 489.

⁴⁹⁰ Vergelijk bijvoorbeeld: G. STRAETMANS, “Over parasitaire concurrentie en namaak”, *DAOR* 2011, p. 283 (“*Van aanhaken of parasitaire concurrentie is er sprake wanneer een onderneming de faam van een andere uitbuit zonder verwarring te stichten en zonder de verdiensten van de andere onderneming omlaag te halen (zonder slechtmaking of dénigrement)*”); P. CALLENS, “Leiden nieuwe cumulregels automatisch tot aanhaking wanneer auteursrechtelijke namaak wordt vastgesteld?” *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2008, p. 690 (“*Aanhaken of parasiteren houdt in dat een verkoper, zonder verwarring te stichten en zonder de verdiensten van een andere verkoper af te breken, door het kopiëren of imiteren profiteert van de creatieve inspanningen en investeringen die deze andere verkoper zich heeft getroost en van de faam en het succes die op grond hiervan werden verworven, terwijl hijzelf gespaard blijft van deze inspanningen en investeringen.*”) V. WELLENS, “Doorwerking van het auteursrecht in de Wet Handelspraktijken”, *T.B.H.* 2007, p.587 (“*Aanhaking (of parasitisme) veronderstelt dat, zonder dat daarvoor sprake moet zijn van verwarringstichting, wordt geprofiteerd van de inspanningen van een andere verkoper of van het succes dat deze verkoper op grond daarvan heeft behaald.*”); Zie concreet wat dit algemene verbod betreft rond handelspraktijken die ‘parasitaire mededinging’ uitmaken: art. VI.104. WER (oud art. 95 Wet Marktpraktijken (Wet betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming van 6 april 2010, *B.S.* 16 December 2010, p. 77578)).

⁴⁹¹ Zie art. XVII.7 WER (oud art. 113 Wet Marktpraktijken). Uitgebreid met betrekking tot de mogelijkheden om vorderingen in te stellen in het kader van de Wet Marktpraktijken, bijvoorbeeld: A. TALLON, *De wet op de marktpraktijken: procedure en sancties.*, Gent, Larcier, 2012, 201 p.

⁴⁹² Aangezien het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ een toepassing uitmaakt van art. VI.104. WER (oud art. 95 Wet Marktpraktijken) vereist dit ingrijpen ook steeds dat een ‘handelspraktijk’ voorligt, die twee voorwaarden vervult: 1.) de handelspraktijk is strijdig met de eerlijke marktpraktijken – in dit geval dus omdat ze kwalificeert als ‘parasitaire mededinging’ – én 2.) de handelspraktijk moet de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaden of kunnen schaden. Voor een uitgebreide bespreking van deze voorwaarden, zie bijvoorbeeld: J. LIGOT, F. VANBOSSELE, O. BATTARD en A. TALLON (editor), *Les pratiques loyales*, Brussel, Larcier, 2012, p. 40 e.v.; Zie ook: Luik 10 juni 2011, *I.R.D.I.* 2012, p. 83 (“*Enfin, les intérêts professionnels de l’appelante ne sont pas atteints alors même que la preuve de l’existence d’un dommage n’est pas requise.*”).

B.1.1. Juridische concept

Karakteristiek voor het archetypische ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ is namelijk in de eerste plaats dat dit ingrijpen, in beginsel, aansluit bij het juridische concept van een ‘objectiefrechtelijke plicht’, waaraan personen een relatieve bevoegdheid kunnen ontlenen om, in een concreet geval, van andere personen de naleving te eisen van dit verbod⁴⁹³. Dit juridische concept van een objectiefrechtelijke plicht, houdt in dat het ‘objectief recht’, met het oog op het coördineren van gedragingen, personen voorschrijft om in het licht van een bepaalde constellatie van feitelijke omstandigheden een bepaalde gedraging te stellen, en dat uit dit voorschrift een ‘recht’ volgt om van de betrokken personen de naleving van dit voorschrift te eisen in de betrokken constellatie van feitelijke omstandigheden⁴⁹⁴. De ‘objectiefrechtelijke plicht’ die bij het verbod rond ‘parasitaire mededinging’ aan de orde is, is dan met name een plicht voor iedereen om zich te onthouden van ‘handelspraktijken’ die, in het licht van de betrokken concrete omstandigheden, ‘parasitaire mededinging’ uitmaken. De relatieve bevoegdheid die een persoon aan deze ‘objectiefrechtelijke plicht’ kan ontlenen omvat dan concreet het volgende: de persoon die er in het licht van een concreet geval belang bij heeft dat een onderneming het verbod rond ‘parasitaire mededinging’ gaat naleven, met name dus de ‘belanghebbende’, ontleent aan dit algemeen verbod ook een relatieve bevoegdheid om van deze onderneming te eisen dat deze het algemene verbod gaat naleven in het betrokken concrete geval. Deze bevoegdheid is daarbij relatief omdat de ‘belanghebbende’ deze bevoegdheid enkel heeft ten aanzien van die onderneming, waarvan de handelingen en de naleving van het algemene verbod, in het licht van een concreet geval, aan zijn belangen raken⁴⁹⁵.

B.1.2. Focus van het ingrijpen

Karakteristiek voor het archetypische ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ is in de tweede plaats dan de focus die het recht inzake oneerlijke mededinging hanteert bij het ‘afstellen’ van dit ingrijpen. Bij dit ‘afstellen’ van het betrokken ingrijpen, gaat het dan met name opnieuw om twee aspecten: 1.) de beoordeling of de gedragsvoorschriften van het betrokken ingrijpen *toepasselijk* zijn in een concreet geval en 2.) de vaststelling van de concrete *gedragingen*, die de gedragsvoorschriften van het betrokken ingrijpen voorschrijven in het concrete geval waarin ze toepassing vinden. Karakteristiek daarbij is dus dat het recht inzake oneerlijke mededinging in beginsel, steeds vraagt om zijn archetypische ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ in concrete gevallen af te stellen door *ex post* te toetsen of het geheel van de betrokken feitelijke

⁴⁹³ Zie in dit verband, bijvoorbeeld: SCHÜNEMANN, die het recht inzake oneerlijke mededinging typeert als: “*objektiv-rechtlichen Wettbewerbsverhaltensnormen*”, W. SCHÜNEMANN, "Kapitel 1. Allgemeine Bestimmungen" in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG, *Gesetz gegen de unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p.474; ROUBIER, die in verband met het recht inzake oneerlijke mededinging schrijft: “*Mais il existe aussi une autre action en justice, qu'on appelle l'action en concurrence déloyale, qui ne correspond pas à la défense d'un droit antérieurement recherché et établi, mais qui est seulement une réaction accordée par l'ordre juridique contre une conduite critiquable d'un concurrent.*” P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Parijs, Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 307.

⁴⁹⁴ Zie in dit verband, bijvoorbeeld: H. KELSEN, *Pure Theory of Law*, Union (N.J.), Lawbook Exchange, 2002, p. 125 e.v.; F. VAN DUN, *Het fundamenteel rechtsbeginsel : een essay over de grondslagen van het recht.*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, p. 62-63 (“*Die Wet bepaalt legale ‘rechten’ en legale ‘plichten’ en constitueert wat zij het ‘objectief recht’ noemen, ... De legale plicht van burger A t.o.v. burger B is de oorzaak van het ‘recht’ van B t.o.v. A, ... Het is onmiddellijk evident dat het nogal misleidend is, in dit verband, over iemands ‘recht’ te spreken als zijn recht. De ‘rechthebbende’ heeft zijn ‘recht’ immers slechts als gevolg van het feit dat er een wet bestaat die anderen de plicht oplegt hem iets te geven of te laten doen. Zijn ‘recht’ is niet zoals het eigenlijke recht van het soevereine rechtssubject, de oorzaak van de plicht van anderen, maar een gevolg ervan. De inhoud van dit ‘recht’ is volledig ontleend aan de zin van de wet, van de wil van de meester, zoals geïnterpreteerd door de meester of diens agenten.*”).

⁴⁹⁵ Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld: GÖTTING, die stelt: H.-P. GÖTTING, "Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9)", in K-H FEZER (ed.), *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Verlag C.H. Beck München 2005, (Band 1) p.762 (“*Das UWG gewährt keine Ausschließlichkeitsrechte mit gegenständlicher (dinglicher) Wirkung, sondern allein wettbewerbsrechtliche, schuldrechtliche Ansprüche gegen die Art und Weise der Verwertung einer fremden Leistung, d.h., gegen ein bestimmtes Wettbewerbsverhalten.*”); A. QUAEDVLIEG, “Beschermingsdrift: Een studie naar feiten en achtergronden rond sweat of the brow- of prestatiebescherming”, *B.I.E.* 1996, (Deel II) p. 58.

omstandigheden maakt dat een concrete handelspraktijk, die teruggaat op een ‘kopiëren’ of ‘imiteren’, te beoordelen is als een oneerlijke ‘parasitaire mededinging’⁴⁹⁶.

De zonet omschreven *ex post* focus op het geheel van de betrokken omstandigheden, beheerst in de eerste plaats de beoordeling rond de toepasselijkheid van de gedragsvoorschriften van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. Of de gedragsvoorschriften van dit ingrijpen inderdaad toepassing vinden is, in beginsel, immers pas vast te stellen op het moment dat het concrete ‘kopiëren’ of ‘imiteren’ en alle ‘begeleidende omstandigheden’ rond de daarop gebaseerde ‘handelspraktijk’ zich daadwerkelijk voordoen⁴⁹⁷. In de regel ziet het recht inzake oneerlijke mededinging daarbij in het bijzonder twee soorten ‘begeleidende omstandigheden’ van het betrokken kopiëren of imiteren, binnen het geheel van de betrokken feitelijke omstandigheden als bijzondere indicaties voor ‘parasitaire mededinging’. Het eerste feit is dat een kopie voorligt van kenmerken ontleend aan een resultaat van inspanningen van een andere onderneming dat een bepaalde drempel bereikt aan geïnvesteerde intellectuele arbeid of handenarbeid. Het tweede feit is dat een persoon in combinatie met het kopiëren of imiteren van de betrokken incorporatie van de inspanningen van een andere onderneming, op ‘onrechtmatige’ wijze een voordeel behaalt⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld SAMBUC, die observeert: “*Wenn der Leistungsschutz als solcher dem Lauterkeitsrecht fremd ist, darf der UWG-Nachahmungsschutz nur unter dem unlauterkeitstypischen Gesichtspunkt des Handlungsunrechts eingreifen: er schützt nicht das ‘Was’, sondern gegen das ‘wie’ der Nachahmung. Erforderlich sind ‘besondere Begleitumstände’, aus denen sich ausnahmsweise die Unlauterkeit der Nachahmunshandlung ergeben kann*” T. SAMBUC, “Einleitung” in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Gesetz gegen de unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p. 410.

⁴⁹⁷ Met betrekking tot het vereiste en het belang van het voorliggen van dergelijke ‘begeleidende omstandigheden’, zie bijvoorbeeld: Gent 9 mei 2011, *Bull.BMM* 2011, p. 158 (“*Een begeleidende onrechtmatigheid wordt in deze zaak niet aangetoond.*”); Brussel 7 december 2006, *T.B.H.* 2007, p.580 (p.582: “*Dans la vie commerciale, c’est la liberté de copier son concurrent qui est la règle, et ce sont les droits intellectuels privatifs, découlant de lois particulières, qui sont l’exception. Il s’ensuit que la simple copie de l’oeuvre d’autrui ne constitue pas, en soi, un acte de concurrence déloyale (Liège 17 février 1998, R.D.C. 1998, 415; Liège 13 octobre 1998, R.D.C. 1999, 410). Une copie peut toutefois devenir illicite dans les cas suivants:...*”); G. STRAETMANS, “Over parasitaire concurrentie en namaak”, *DAOR* 2011, p. 287-288; T. SAMBUC, “Einleitung” in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Gesetz gegen de unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p. 410 (“*Wenn der Leistungsschutz als solcher dem Lauterkeitsrecht fremd ist, darf der UWG-Nachahmungsschutz nur unter dem unlauterkeitstypischen Gesichtspunkt des Handlungsunrechts eingreifen: er schützt nicht das ‘Was’, sondern gegen das ‘wie’ der Nachahmung. Erforderlich sind ‘besondere Begleitumstände’, aus denen sich ausnahmsweise die Unlauterkeit der Nachahmunshandlung ergeben kann.*”).

⁴⁹⁸ Brussel 7 december 2006, *T.B.H.* 2007, p.580 (in het bijzonder p.582-583 “*Pour qu’il y ait concurrence parasitaire, il n’est pas indispensable qu’il existe un risque de confusion (Bruxelles 6 novembre 2003, Ann. prat. comm. conc. 2003, p. 566). Il y a concurrence parasitaire en cas de copie par un concurrent d’une prestation, d’un produit ou d’un service si les conditions suivantes sont réunies: a) la prestation, le produit ou le service qui est copié doit être le fruit d’efforts créatifs et d’investissements relativement importants du point de vue financier et quant au temps consacré. La prestation protégée doit être suffisamment originale; b) la prestation, le produit ou le service copié doit avoir une valeur économique; c) celui qui copie ou imite doit tirer profit des efforts et investissements de l’autre vendeur, quelle qu’en soit la forme; c’est le cas notamment lorsque le copieur évite ainsi des frais de recherche et de développement du produit ou profite de la publicité effectuée par le créateur original; d) le copieur ne doit pas avoir consenti le moindre effort créatif pour distinguer sa prestation, son produit ou son service de celui de l’autre vendeur.*”); L. VOGEL, *Droit de la concurrence déloyale. 350 décisions commentées*, Parijs, LawLex, 2005, p.459, 463 en p. 471 e.v.; M. BUYDENS “Produktpiraterie und unlauterer Wettbewerb - Die Situation in Belgien und Frankreich mit Hinweisen auf die Rechtslage in Deutschland”, *GRUR Int* 1995, p. 20 e.v.; Hoge Raad 27 juni 1986 (Holland Nautic v. Decca), *Computerrecht* 1986, p.176 (p.177: “*Ontbreekt een dergelijke absoluut recht dan is bij een stand van zaken als zich hier voordoet voor een vergelijkbare bescherming via het recht van de ongeoorloofde mededinging in beginsel ten minste vereist dat wordt geprofiteerd van een prestatie van dien aard dat zij op één lijn valt te stellen met die welke toekenning van een dergelijk recht rechtvaardigen.*”) Hoge Raad 27 juni 1986 (Holland Nautic v. Decca), *Computerrecht* 1986, p.176 (p.177); Zie voor de verdere uitwerking van deze prestatiebescherming ook: Hoge Raad 27 oktober 1987 (KNVB v. NOS), *NJ* 1988, 310; Hoge Raad 20 november 1987 (*Staat v. Den Ouden*), *NJ* 1988, 311 en Hoge Raad 23 mei 2003 (KNVB v. Feyenoord), *NJ* 2003, 494; P. GEERTS, *Bescherming van de intellectuele eigendom*, Deventer, Kluwer, 2007, p. 18; F. GROSHEIDE, “Hoe slaafs mag men nabootsen”, *IER* 2005, p. 270; A. QUAEDVLIEG, “Beschermingsdrift: Een studie naar feiten en achtergronden rond sweat of the brow- of

Daarnaast vormt de zonet omschreven *ex post* focus op het geheel van de betrokken omstandigheden dan ook de concrete gedraging die de gedragsvoorschriften van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ voorschrijven. Dit ingrijpen legt, in beginsel, immers enkel een verbod op rond die gedragingen, die teruggaan op een ‘kopiëren’ of ‘imiteren’, die in het licht van de begeleidende omstandigheden binnen een concreet geval, kwalificeren als een ‘parasitaire mededinging’. Het concrete voorwerp van de onthouding die een stakingsbevel oplegt, zal in beginsel gespecificeerd zijn in het licht van het concrete geheel van feitelijke omstandigheden dat een bepaalde daad van mededinging onrechtmatig maakt⁴⁹⁹.

Ten slotte, is op te merken dat de zonet beschreven *ex post* focus op de concrete ‘begeleidende omstandigheden’ van een kopiëren of imiteren, ook cruciaal is voor de verenigbaarheid van het ingrijpen rond ‘parasitaire mededinging’ met de ‘vrijheid van kopiëren’ binnen het recht inzake oneerlijke mededinging. Binnen de onderscheiden regelingen rond het recht inzake oneerlijke mededinging is het immers gebruikelijk om een

prestatiebescherming”, *B.I.E.* 1996, (Deel II) p.59; D. VAN ENGELEN, “The Misappropriation Doctrine in the Netherlands”, *IIC* 1991, p.14; Bundesgerichtshof 14 december 1995 (*Vakuumpumpen-zaak*), *GRUR* 1996, p.210 (p.212: “*Zu den im Streitfall besonders zu berücksichtigenden Umständen gehören vor allem das von der Klägerin behauptete schrittweise und zielbewußte Anhängen an eine Vielzahl ihrer Produkte, die freie Wählbarkeit einer Fülle von Gestaltungselementen und die aufgrund der Ersparung kostspieliger, eigener Entwicklungsarbeit mögliche erhebliche Preisunterbietung in Verbindung mit den daraus erzielten Wettbewerbsvorteilen.*”); Bundesgerichtshof 8 november 2001 (*Noppenbahnen-zaak*), *GRUR* 2002, p. 275, rechtsoverweging 21 (“*Eine solche wettbewerbliche Eigenart setzt voraus, daß die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale des Erzeugnisses geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen.*”); H.-P. GÖTTING, “Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9)” in K.-H. FEZER, *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, München, Beck, 2005, Band 1, p.782 (Waar hij die ‘Behinderung von Mitbewerbern’ omschrijft als: “*...die systematische Nachahmung einer Vielzahl eigenartiger, überdurchschnittlicher Erzeugnisse eines Mitbewerbers durch ein planmäßiges und zielgerichtetes Anhängen an die fremde Leistung, obwohl andere Gestaltungselemente frei wählbar sind.*”); T. SAMBUC, “Die Eigenart der ‘wettbewerblichen Eigenart’ - Bemerkungen zum Nachahmungsschutz von Arbeitsergebnissen durch § 1 UWG”, *GRUR* 1986, p. 130; Zie echter ook: Cass. 29 mei 2009, *NJW* 2010, p.151 (p.153: “*De verkoper die, zonder zelf een creatieve inspanning te leveren, rechtstreeks voordeel haalt uit belangrijke inspanningen of investeringen gewijd aan een creatie met economische waarde van een andere verkoper, begaat nog geen daad strijdig met de eerlijke handelsgebruiken. De rechter kan nochtans op grond van het behalen van een voordeel om een andere reden dan het louter nabootsen, oordelen dat dit handelen onrechtmatig is. Die andere redenen bestaan niet alleen uit de miskennis van intellectuele eigendomsrechten of verwarringstichtende reclame, maar kunnen elke vorm van onrechtmatig gedrag zijn.*”) Zie rond dit arrest bijvoorbeeld: Zie in die zin bijvoorbeeld: D. MERTENS, “Het Hof van Cassatie over ‘parasitaire mededinging’ en ‘aanhaking’. Scherpstelling of genadeschot?” noot bij Cass. 29 mei 2009, *R.W.* 2010-2011, p.1562-1566; G. STRAETMANS, “Over parasitaire concurrentie en namaak”, *DAOR* 2011, p. 286; R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 77-78.

⁴⁹⁹ Vergelijk op dit vlak met betrekking tot de inhouden en reikwijdte van het stakingsbevel, bijvoorbeeld: E. DIRIX, Y. MONTAGNIE en H. VANHEES, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, p. 408; Antwerpen 4 december 1984, *R.W.* 1984-85, p.1935 met noot L. BALLON.

principiële vrijheid van kopiëren⁵⁰⁰ te erkennen die teruggaat op de fundamentele vrijheid van mededinging⁵⁰¹. Bij deze principiële vrijheid van kopiëren gaat het er dan met name om dat het elke persoon in beginsel vrijstaat om zich op de markt te begeven met een concurrerend aanbod van producten en diensten, die identiek of gelijkaardig zijn aan producten en diensten die anderen reeds aanbieden⁵⁰². De specifieke focus van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ biedt dan met name de volgende verklaring rond de verenigbaarheid van dit ingrijpen rond ‘parasitaire mededinging’ met de aangehaalde ‘vrijheid van kopiëren’. Het ingrijpen rond ‘parasitaire mededinging’ treedt niet op tegen daden van mededinging louter omdat ze teruggaan op een kopiëren of imiteren, in zoverre dit ingrijpen daarbij niet afgaat op het loutere voorliggen van ‘gelijkenis’ en ‘ontlening’ ten aanzien van een eerdere incorporatie van inspanningen. Het ingrijpen rond ‘parasitaire mededinging’ komt enkel tussen indien daden van mededinging én teruggaan op een kopiëren of imiteren én bovendien gepaard gaan met specifieke ‘begeleidende omstandigheden’ die hen ‘parasitair’ maken⁵⁰³. Daden van mededinging die teruggaan op een kopiëren of imiteren maar niet gepaard gaan met dergelijke

⁵⁰⁰ In die zin bijvoorbeeld: Brussel 1 maart 2011, *RABG* 2001, p.1136 (p. 1139); Brussel 7 december 2006, *T.B.H.* 2007, p.580 (p.582: “*Dans la vie commerciale, c’est la liberté de copier son concurrent qui est la règle...*”). Zie ook bijvoorbeeld: V. WELLENS, *Doorwerking van de intellectuele rechten in de Wet Handelspraktijken: voorrangsregels op het kruispunt van de oneerlijke mededinging en de vrijheid van kopie*, Gent, Larcier, 2007, p. 7; M. BUYDENS, “La Sanction de la ‘Piraterie de produits’ par le Droit de la Concurrence Déloyale”, *J.T.* 1993, p. 119; F. GOTZEN, “De Norm van de Eerlijke Gebruiken en de Intellectuele Rechten” in P. WYTINCK en J. STUYCK, *De nieuwe wet handelspraktijken: wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, Brussel, Story-Scientia 1992, p. 261-262; L. VOGEL, *Droit de la concurrence déloyale. 350 décisions commentées*, Parijs, LawLex, 2005, p. 480 en M. BUYDENS “Produktpiraterie und unlauterer Wettbewerb - Die Situation in Belgien und Frankreich mit Hinweisen auf die Rechtslage in Deutschland”, *GRUR Int* 1995, p.17-18; F. GROSHEIDE, “Hoe slaafs mag men nabootsen”, *IER* 2005, p. 270 en de nuancering bij Ch. GIELEN, “Bescherming tegenodeloos verwarringsgevaar, ook bekend als bescherming tegen slaafse nabootsing” in D. VISSER en D. VERKADE (eds), *Een eigen, oorspronkelijk karakter. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor*, Amsterdam, DeLex, 2007, p.101; H.-P. GÖTTING, “Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9)” in K.-H. FEZER, *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, München, Beck, 2005, Band 1, p. 761 e.v..

⁵⁰¹ In de zin dat de principiële vrijheid van kopiëren teruggaat op de fundamentele vrijheid van mededinging, die het recht inzake oneerlijke mededinging voorstaat, bijvoorbeeld: Brussel 1 maart 2011, *RABG* 2001, p.1136 (p. 1139); Zie ook: D. MERTENS, “Het Hof van Cassatie over ‘parasitaire mededinging’ en ‘aanhaking’. Scherpstelling of genadeschot?” noot bij Cass. 29 mei 2009, *R.W.* 2010-2011, p.1563 (“*De vrijheid van handel en mededinging impliceren de vrijheid andere marktdeelnemers ongehinderd na te bootsen.*”); Zie in dit verband bijvoorbeeld ook GLÖKNER, die schrijft: “*Die Nachahmungsfreiheit wird auf die Handels- oder Gewerbefreiheit (jetzt Wirtschaftsfreiheit) bzw. die allgemeine Handlungsfreiheit zurückgeführt.*” J. GLÖKNER, *Europäisches Lauterkeitsrecht*, München, C.H. BECK, 2006, p. 594.

⁵⁰² “*Deze economische vrijheid brengt immers mee dat verschillende burgers een zelfde activiteit kunnen uitoefenen en zich met concurrerende aanbiedingen op de markt mogen begeven. Het minimum aan persoonlijke inspanning dat de mededingers moeten opbrengen om rechtmatig aan deze concurrentie deel te nemen is uiterst laag. Een louter materieel eigen optreden volstaat, zelfs wanneer men de concurrentie daarbij nabootst. M.a.w. de vrije mededinging impliceert ook de vrijheid van kopie.*” F. GOTZEN, “De Norm van de Eerlijke Gebruiken en de Intellectuele Rechten” in P. WYTINCK en J. STUYCK, *De nieuwe wet handelspraktijken: wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, Brussel, Story-Scientia 1992, p. 262.

⁵⁰³ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld, GÖTTING, die spreekt van een rollenverdeling tussen de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging om het uitbuiten van de prestatie van iemand anders te vatten vanuit een verschillend perspectief, en, die in dit verband met name schrijft: “*Das Wettbewerbsrecht erfasst die Ausnutzung einer fremden Leistung unter einem anderen Gesichtspunkt als die Sonderschutzrechte. Während diese die Schöpferische Leistung als solche schützen, wende sich das Wettbewerbsrecht gegen das Handlungsunrecht unlauterer Wettbewerbshandlungen. Der gegenstand der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung wird nicht wie bei den Immaterialgüterrechten in dem Schutz der konkreten fremden Leistung, sondern in der Art und Weise, in der fremden Leistungen im Wettbewerb genutzt und verwertet werden, gesehen. Kurz gesagt bezieht sich der ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz anders als die Immaterialgüterrechte nicht auf das ‚ob‘, sondern auf das ‚wie‘ der Nachahmung.*” H.-P. GÖTTING, “Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9)”, in K.-H. FEZER (ed.), *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Verlag C.H. Beck München 2005, (Band 1) p. 762.

begeleidende omstandigheden die hen 'parasitair' maken, kan iedereen, wat het ingrijpen rond 'parasitaire mededinging' betreft, vrij stellen.

B.2. Archetypische doelstellingen

Doorheen de onderscheiden regelingen van het recht inzake oneerlijke mededinging die een ingrijpen voorzien tegen ‘parasitaire mededinging’ is eveneens vast te stellen dat het karakteristiek is voor het recht inzake oneerlijke mededinging om met dit archetypische ingrijpen een welbepaalde doelstelling na te streven.

In de eerste plaats is in dit verband aan te nemen dat het archetypische ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ een investeringsbescherming nastreeft ten aanzien van die daden van mededinging die het ‘goed’ functioneren van de markt dreigen te ondergraven. Binnen de huidige, moderne regelingen rond het recht inzake oneerlijke mededinging geldt immers dat dit ingrijpen gericht is op het vrijwaren van een ‘goed’ functionerende markt om zo tegemoet te komen aan de interesses van consumenten, producenten en het algemene belang⁵⁰⁴. Het uitgangspunt hierbij is dat de belangen van consumenten en producenten en ook het algemene belang, op termijn het beste gediend zijn door een ‘goed’ functionerende markt. Deze doelstelling van een ‘goed’ functionerende markt wil het recht inzake oneerlijke mededinging daarbij dan met name bereiken door vormen van mededinging, die een ‘goed’ functionerende markt in de weg staan, als ‘oneerlijke handelspraktijken’ te bestempelen en te verbieden. Het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ is er vanuit die optiek met name op gericht om een ‘investeringsbescherming’⁵⁰⁵ te bieden tegen daden van mededinging die teruggaan op een kopiëren of imiteren en die het ‘goed’ functioneren van de markt ondergraven⁵⁰⁶. Dit ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ zorgt er met name voor dat een onderneming in haar mogelijkheden om haar inspanningen rond een bepaald resultaat van inspanningen te

⁵⁰⁴ Zie in dit verband bijvoorbeeld: Brussel 7 december 2006, *T.B.H.* 2007, p.580 (p.582: “*Le droit à une concurrence loyale a pour objet le bon fonctionnement du marché en tant que tel, et non la protection de prestations créatives (créations de formes et innovations techniques).*”); Zie bijvoorbeeld ook: H. COUSY, J. STUYCK en W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht XIII. Handels- en economisch recht. Deel 1: Ondernemingsrecht voorafgegaan door Economisch Grondslagenrecht*, Brussel Story-Scientia, 1989, Volume A, p. 42 (“*Een economische rechtsorde die een belangrijke regelende plaats inruimt voor een op de mededinging gesteund marktmechanisme, dient niet alleen de individuele mededingingsvrijheid van de marktdeelnemers te vrijwaren maar ook de mededinging als marktform.*”); R. HILTY, “The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces” in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p.1 e.v.; W. SCHÜNEMANN, “Allgemeine Bestimmungen” in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG, *Gesetz gegen de unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p. 492-493; D. FERRIER, “Concurrence déloyale et concurrence illégale” in Y. SERRA (ed), *La concurrence déloyale. Permanence et devenir*, Parijs, Dalloz, 2001, p. 54; Zie bijvoorbeeld ook § 1 van het Duitse Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, dat het doel van deze wetgeving als volgt bepaalt: “*Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und der Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb*”; LEISTNER schrijft rond deze bepaling: “*Damit ist ein dogmatisches Konzept gefunden welches es zumindest gestattet sämtliche (individuellen und kollektiven) subjektiver Interessen, die sich auf den Wettbewerbsprozeß beziehen in das Modell zu integrieren. Das neue UWG hat die Konzeption einer institutionellen Schutzzwecktrias übernommen.*” M. LEISTNER, *Richtiger Vertrag und Lauterer Wettbewerb: Eine grundlagenorientierte Studie unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Perspektive*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 214.

⁵⁰⁵ Uitdrukkelijk dat het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ een investeringbescherming uitmaakt, bijvoorbeeld: A. OHLY, “Das UWG im deutschen Rechtssystem” in A. OHLY, O. SOSNITZA en H. PIPER (ed.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München, Beck, 2010, randnr 85 e.v..

⁵⁰⁶ Vergelijk in die zin bijvoorbeeld: R. HAUSMAN en E. OBERGFELL, “Einleitung” in K-H FEZER, *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Verlag C.H. Beck München 2005, (Band 1) p.65 (“*Im Recht des unlauteren Wettbewerbs geht es hingegen nicht um ein Zweipersonenverhältnis und die Verletzung subjectiver Rechte, sondern nach der Schutzzwecktrias des § 1 UWG um ein Interessenbeziehungsgeflecht, welches aus den Interessen unterschiedlicher Marktteilnehmer, Wettbewerber, und Verbraucher, besteht und außerdem die Interessen der Allgemeinheit am Bestehen einer funktionierenden Wettbewerbsordnung impliziert.*”); W. SCHÜNEMANN, “Allgemeine Bestimmungen” in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG, *Gesetz gegen de unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p. 483 (“*Am Maßstab der zugrundelegenden Wettbewerbskonzeption entscheidet sich, welche Interessen der Mitbewerber, der Verbraucher und der sonstigen Marktteilnehmer lauterkeitsrechtlich schutzwürdig sind.*”).

recupereren, door ruiltransacties rond incorporaties van dit resultaat van inspanningen, geen negatieve invloed ondervindt van die daden van mededinging die teruggaan op een ‘kopiëren’ of ‘imiteren’ van incorporaties van dit resultaat van inspanningen en die in het licht van de betrokken concrete omstandigheden een vorm van ‘parasitaire mededinging’ uitmaken die op termijn het ‘goed’ functioneren van de markt in de weg kan staan.

In de tweede plaats stellen we in dit verband dan vast dat de norm van een ‘goed’ functionerende markt, die als leidraad dient voor de investeringsbescherming op grond van het archetypische ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’, daarbij teruggaat op utilitaristisch-economische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen. Utilitaristisch-economische overwegingen meten het ‘goed’ functioneren van de markt daarbij dan met name af aan de mate waarin de marktwerking en in het bijzonder de marktprijzen die daaruit resulteren, marktpartijen er toe aanzetten om gedragingen te stellen die maximaal bijdragen tot het grootste geluk van het grootst mogelijke aantal mensen of tot de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart⁵⁰⁷. Deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen meten het ‘goed’ functioneren van de markt daarentegen af aan de mate waarin de natuurlijke rechten en vrijheden van marktpartijen⁵⁰⁸ voldoende gerespecteerd worden binnen de werking van de markt⁵⁰⁹. De natuurlijke rechten en vrijheden van marktpartijen die daarbij bijzondere aandacht krijgen zijn dan met name hun vrijheid van mededinging⁵¹⁰ en hun natuurlijke recht op de vrucht van de eigen arbeid⁵¹¹.

Uit de beide zonet vermelde vaststellingen, menen wij te mogen besluiten dat de archetypische doelstelling van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging er in bestaat om, overeenkomstig utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, in een soort investeringsbescherming te voorzien rond incorporaties van inspanningen. Het nastreven van deze investeringsbescherming kan daarbij opnieuw gekaderd worden in het streven naar een ‘goed’ functionerende markt overeenkomstig utilitaristische-economische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen.

Ook hier is dan echter meteen op te merken dat onze aanduiding van het verschaffen van de zonet vermelde investeringsbescherming, als de ‘archetypische’ doelstelling van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’, niet inhoudt dat wij menen, dat het betrokken ingrijpen steeds te reduceren is tot het bieden van een dergelijke soort investeringsbescherming. Het streven om te waken over bepaalde belangen van consumenten en producenten, waarvan aangenomen wordt dat ze onvoldoende gegarandeerd zijn bij het loutere nastreven van ‘goed’ functionerende markt, kunnen immers een belangrijke aanvullende doelstelling uitmaken. Bij onze identificatie van het streven naar een investeringsbescherming als de ‘archetypische doelstelling’ van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ gaat het er opnieuw enkel om dat doorheen de onderscheiden nationale, regelingen rond het recht inzake oneerlijke mededinging, deze doelstelling de grootste gemene deler en rode draad vormt doorheen het betrokken ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’.

⁵⁰⁷ In die zin bijvoorbeeld: R. HILTY, "The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces" in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p. 1.

⁵⁰⁸ Zie bijvoorbeeld: W. SCHÜNEMANN, "Kapitel 1. Allgemeine Bestimmungen" in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p.480-481 ("Wettbewerb in Wirtschaftlicher Selbstbestimmung wird so zur 'konkurrierenden Grundrechtsausübung der privaten Marktteilnehmer.'").

⁵⁰⁹ Zie bijvoorbeeld: W. SCHÜNEMANN, "Kapitel 1. Allgemeine Bestimmungen" in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p.480-481 ("Wettbewerb in Wirtschaftlicher Selbstbestimmung wird so zur 'konkurrierenden Grundrechtsausübung der privaten Marktteilnehmer.'").

⁵¹⁰ Zie bijvoorbeeld COUSY, STUYCK en VAN GERVEN die deze vrijheid van mededinging omschrijven als: "...het eenieder toekomende om, met gelijke kansen, aan het economisch verkeer deel te nemen en aldus in zijn levensonderhoud te voorzien." H. COUSY, J. STUYCK en W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht XIII. Handels- en economisch recht. Deel 1: Ondernemingsrecht*, Brussel Story-Scientia, 1989, Volume A, p. 39; Zie in dit verband bijvoorbeeld ook GLÖKNER, die schrijft: "Die Nachahmungsfreiheit wird auf die Handels- oder Gewerbefreiheit (jetzt Wirtschaftsfreiheit) bzw. die allgemeine Handlungsfreiheit zurückgeführt." J. GLÖKNER, *Europäisches Lauterkeitsrecht*, München, C.H. BECK, 2006, p. 594.

⁵¹¹ H.-P. GÖTTING, "Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9)" in K-H FEZER, *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Verlag C.H. Beck München 2005, (Band 1) p. 755-756.

2.1.2. De context van de specialisatie

Vervolgens geven we nu aan wat naar onze mening de context uitmaakt van de specialisatie, die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht. Dit doen we, zoals aangegeven, door te focussen op de *elementen van continuïteit* doorheen het ingrijpen van de geïntroduceerde *sui generis* intellectuele rechten, de traditionele categorieën intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijk mededinging. In dit verband bouwen we verder op de zonet beschreven functionele analyse van de essentie van het ingrijpen van de intellectuele rechten en van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging.

Doorheen de *doelstellingen*, die de geïntroduceerde *sui generis* intellectuele rechten, de traditionele categorieën intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijk mededinging nastreven, is volgens ons dan op grond van wat hierboven aan bod kwam één belangrijke constante vast te stellen: het streven om rond incorporaties van inspanningen een investeringsbescherming te voorzien, overeenkomstig utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen. Het nastreven van deze doelstelling was reeds terug te vinden binnen de traditionele categorieën intellectuele rechten en het ingrijpen van het recht inzake oneerlijk mededinging tegen parasitaire mededinging en is ook aanwezig binnen de geïntroduceerde *sui generis* intellectuele rechten. Deze vaststelling rond het element van continuïteit doorheen de doelstellingen van de betrokken regelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht is hierbij, zoals aangegeven, niet mis te verstaan. We stellen *niet* dat de doelstellingen die deze regelingen nastreven steeds te reduceren zijn tot het nastreven van een dergelijke investeringsbescherming en al evenmin dat er geen onderlinge verschillen zouden bestaan tussen de doelstellingen die deze regelingen beogen. We stellen wel dat de doelstelling om, overeenkomstig utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, in een investeringsbescherming te voorzien rond incorporaties van inspanningen de grootste gemene deler en rode draad vormt doorheen het ingrijpen van de onderscheiden categorieën intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond parasitaire mededinging.

Op het vlak van het *middel* dat de geïntroduceerde *sui generis* intellectuele rechten, de traditionele categorieën intellectuele rechten en het ingrijpen van het recht inzake oneerlijk mededinging tegen 'parasitaire mededinging', hanteren om hun doelstelling na te streven, bestaat er volgens ons eveneens een belangrijke constante: het gaat in wezen steeds om een ingrijpen dat personen verbiedt om, in het licht van gespecificeerde feitelijke omstandigheden, bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen te stellen ten aanzien van bepaalde incorporaties van de inspanningen van een andere onderneming en ten aanzien van bepaalde andere, daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties⁵¹². Dit ingrijpen was volgens ons reeds terug te vinden binnen de traditionele categorieën intellectuele rechten en het ingrijpen van het recht inzake oneerlijk mededinging tegen 'parasitaire mededinging' en is nu uiteindelijk ook terug te vinden binnen de geïntroduceerde *sui generis* intellectuele rechten. Kenmerkend voor intellectuele rechten en het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging' is dus echter wel dat zij een onderscheiden juridisch concept en een onderscheiden focus hanteren om, aan de hand van hun archetypische ingrijpen, in een investeringsbescherming te voorzien. Intellectuele rechten resulteren, in beginsel, in een verbod om bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen te stellen ten aanzien van bepaalde incorporaties van de inspanningen van een andere onderneming en ten aanzien van bepaalde andere, daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties, indien de kenmerken van de betrokken incorporaties van inspanningen blijf geven van het vereiste resultaat van inspanningen en, in voorkomend geval, 'gelijkenis' en 'ontlening' rond de betrokken andere zintuiglijk waarneembare manifestaties aannemelijk maken dat zij teruggaan op ditzelfde resultaat van inspanningen. Dit verbod dat intellectuele rechten,

⁵¹² Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld: T. VAN ENGELEN, "Aanhaken aan andermans prestatie: ontwikkelingen in de Nederlandse rechtspraak", *T.B.H.* 1992, p.388-402 (o.a.: "Allereerst rijst echter de vraag wanneer een bescherming geboden wordt welke met die van een intellectueel eigendomsrecht vergelijkbaar is. Dat is naar mijn oordeel nog niet het geval wanneer een verbodsrecht aan de orde is. Een verbodsrecht speelt in beginsel in alle ongeoorloofde mededingingszaken en is dan ook op zich niet onderscheidend voor een intellectueel eigendomsrecht.").

in beginsel, opleggen is daarbij dan met name de ‘reflectie’ van het door het betrokken intellectuele recht verleende subjectieve recht⁵¹³.

Het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ houdt daarentegen een verbod in om bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen te stellen ten aanzien van bepaalde incorporaties van de inspanningen van een andere onderneming en ten aanzien van bepaalde andere, daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties, indien uit het geheel van de concrete feitelijke omstandigheden rond deze zintuiglijk waarneembare handelingen blijkt dat deze handelingen een ‘parasitaire mededinging’ uitmaken⁵¹⁴. Dit verbod op grond van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ gaat daarbij, zoals aangegeven, dan met name terug op de objectiefrechtelijke plicht om zich te onthouden van ‘parasitaire mededinging’.

De onderscheiden juridische concepten en onderscheiden focus maken het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ en intellectuele rechten, vanuit die optiek dan met name tot onderscheiden, complementaire middelen⁵¹⁵ om in een investeringsbescherming te voorzien met het oog op een ‘goed’ functionerende markt⁵¹⁶.

De zonet vastgestelde elementen van continuïteit op het vlak van de betrokken *doelstellingen* en de daartoe ingezette *middelen*, doen ons dan tot het volgende besluit komen rond de context van de specialisatie, die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht. De context van deze specialisatie is volgens ons het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ dat erop gericht is om rond incorporaties van inspanningen een specifieke soort investeringsbescherming te verschaffen overeenkomstig utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen. Deze specifieke soort investeringsbescherming menen we hierbij als volgt te kunnen typeren: een regelgevend ingrijpen om er voor te zorgen, dat individuen, die de inspanningen deden om incorporaties van inspanningen te vervaardigen, op het vlak van hun mogelijkheden om deze inspanningen te recupereren door de opbrengst uit ruiltransacties rond deze incorporaties van inspanningen, niet de invloed zouden ondervinden van handelingen van ander individuen ten aanzien van deze incorporaties van inspanningen of bepaalde daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties, indien deze handelingen in het licht van deze invloed op bezwaren zouden stuiten vanuit utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen⁵¹⁷. Deze specifieke soort investeringsbescherming vormt volgens ons de rode draad doorheen het

⁵¹³ Met betrekking tot verbodsrechten als ‘reflectie’ van een subjectief recht zie bijvoorbeeld: H. KELSEN, *Pure Theory of Law*, Union (N.J.), Lawbook Exchange, 2002, p. 129-130.

⁵¹⁴ Zie concreet: art. VI.104. WER (oud art. 95 Wet Marktpraktijken).

⁵¹⁵ Zie in die zin, bijvoorbeeld: J. GLÖKNER, *Europäisches Lauterkeitsrecht*, München, C.H. BECK, 2006, p.595 (“*Lauterkeitsrechtlicher und sondergesetzlicher Leistungsschutz unterscheiden sich bei wettbewerbsbezogener Betrachtung nicht im Hinblick auf ihre Schutzrichtung, nämlich die wettbewerbsschädigende Ausbeutung einer Leistung durch Dritte zu verhindern, sondern allein hinsichtlich der technischen Ausgestaltung dieses Schutzes.*”); Voor een omschrijving rond de wijze waarop deze alternatieve middelen zich tot elkaar verhouden, zie bijvoorbeeld: H.-P. GÖTTING, “Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9)” in K.-H. FEZER, *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, München, Beck, 2005, Band 1, p. 762 (“*Der gegenstand der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung wird nicht wie bei den Immaterialgüterrechten in dem Schutz der konkreten fremden Leistung, sondern in der Art und Weise, in der fremden Leistungen im Wettbewerb genutzt und verwertet werden, gesehen. Kurz gesagt bezieht sich der ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz anders als die Immaterialgüterrechte nicht auf das "ob", sondern auf das "wie" der Nachahmung. Bei den Sonderschutzrechten geht es um Erfolgsunrecht, beim wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz um Handlungsrecht.*”).

⁵¹⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: R. HILTY, "The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces" in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p.45, A. KAMPERMAN SANDERS, *Unfair Competition Law. The Protection of Intellectual Creativity*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 1 e.v..

⁵¹⁷ Vergelijk in dat opzicht bijvoorbeeld HILTY die aanneemt dat de rode draad doorheen het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ en intellectuele rechten, erin bestaat om in een investeringsbescherming te voorzien tegen een welbepaald marktfalen: R. HILTY, "The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces" in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p.19 (“*The guiding principles for the legal protection of the competitor may thus – still considered in the abstract - be summarised in*

ingrijpen van de onderscheiden categorieën intellectuele rechten en het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’.

2.1.3. De aard van de specialisatie

De volgende stap, bestaat er nu in om aan te geven wat de aard is van de specialisatie, die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht. Bij deze analyse rond de aard van de betrokken specialisatie bouwen we dan met name verder op de analyse die we zonet maakten rond de *context* van deze specialisatie en rond de hierboven beschreven *essentie* van het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’.

Om de aard van de specialisatie te achterhalen die de betrokken *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, focussen we dan zoals aangegeven met name op de *elementen van verandering* die de betrokken *sui generis* intellectuele rechten teweegbrachten binnen het intellectuele eigendomsrecht. De analyse rond de *essentie* van het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ en de analyse rond de *context* van de specialisatie door deze *sui generis* intellectuele rechten, heeft daarbij dan met name de volgende invloed op deze analyse rond de aard van hun specialisatie: we focussen op de *elementen van verandering* die de betrokken *sui generis* intellectuele rechten teweegbrachten gezien vanuit de *essentie* van de gedragsvoorschriften die doorheen het intellectuele eigendomsrecht de specifieke soort investeringsbescherming in werking stellen die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. De concrete implicatie van deze aanpak kunnen we als volgt illustreren. Doorheen de concrete bepalingen van de onderscheiden intellectuele rechten en van het recht inzake oneerlijke mededinging, treffen we in de regel een veelheid aan gedragsvoorschriften aan met vaak een onderscheiden gerichtheid. De Richtlijn databanken, bijvoorbeeld, schrijft de Lidstaten niet alleen voor om in een recht te voorzien voor de fabrikanten van bepaalde databanken om de opvraging en/of het hergebruik te verbieden van het geheel of een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van de inhoud van deze databanken⁵¹⁸. Deze Richtlijn schrijft de Lidstaten bijvoorbeeld ook voor om de Commissie de tekst mee te delen van de bepalingen van intern recht, die zij vaststellen op het gebied van de in de Richtlijn databanken voorziene bescherming rond databanken⁵¹⁹. Voor onze typering van de aard van de specialisatie die de betrokken *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, focussen we nu echter concreet op die gedragsvoorschriften die erop gericht zijn om de specifieke soort investeringsbescherming in werking stellen die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. Binnen de Richtlijn databanken, bijvoorbeeld, focussen we dus concreet op de gedragsvoorschriften die erop gericht zijn om fabrikanten van bepaalde databanken het recht te verlenen om de opvraging en/of het hergebruik te verbieden van het geheel of een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van de inhoud van deze databanken.

Gaan we dan na welke *elementen van verandering* de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, op het vlak van het verschaffen van een investeringsbescherming,

more or less the following way: An intervention of the law in the market forces of free competition aimed at preventing market distortions is justified when a competitor, despite objectively reasonable market behaviour, in particular meaningful own investments, is squeezed out of the market as a result of the specific behaviour of another competitor, in the sense that the investment made by the first competitor can be utilised too early or at a too low a cost, and where a market failure follows from this fact in such a way that the first competitor is not willing anymore to invest in the relevant market.”).

⁵¹⁸ Zie art. 7.1. Richtlijn databanken: “De Lid-Staten voorzien in een recht voor de fabrikant van een databank, waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering, om de opvraging en/of het hergebruik van het geheel of een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van die inhoud te verbieden.”.

⁵¹⁹ Zie art. 16.2. Richtlijn databanken: “De Lid-Staten delen de Commissie de tekst mee van de bepalingen van intern recht die zij op het onder deze richtlijn vallende gebied vaststellen.”.

teweegbrachten binnen het intellectuele eigendomsrecht, dan leidt dit, volgens ons, tot de volgende basisobservaties.

In de eerste plaats stellen we vast dat de introductie van deze *sui generis* intellectuele rechten tot gevolg had dat er binnen het intellectuele eigendomsrecht voortaan meer gedragsvoorschriften zijn die gericht zijn op het verschaffen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht en die daarbij een eigen omschrijving geven van hun toepassingsgebied en de daarin voorgeschreven gedragingen. Gedragsvoorschriften met het oog op het verschaffen van de betrokken specifieke soort investeringsbescherming zijn nu immers niet alleen meer terug te vinden in bijvoorbeeld het auteursrecht, de naburige rechten, het octrooirecht, het gebruiksmodellenrecht en het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’. Ze zijn voortaan ook terug te vinden in *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken. Doorheen al deze beschermingsregelingen geven de betrokken gedragsvoorschriften daarbij een eigen omschrijving van hun toepassingsgebied en de daarin voorgeschreven gedragingen.

In de tweede plaats stellen we ook vast dat de introductie van *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken er toe leidde dat met het oog op het verschaffen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht vaker een beroep gedaan werd op het archetypische ingrijpen van intellectuele rechten in plaats van op het archetypische ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’.

Deze beide observaties zetten er volgens ons toe aan om te besluiten dat de specialisatie, die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, vanuit rechtstheoretisch oogpunt te typeren is als een ‘differentiatie’ en ‘precisering’ van gedragsvoorschriften. In dit onderdeel lichten we dit standpunt verder toe. In de eerste plaats (A), geven we een toelichting bij wat we verstaan onder de noties van een ‘differentiatie’ en ‘precisering’ van gedragsvoorschriften. Daarna (B) bespreken we in welke zin de specialisatie door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken te typeren is als een ‘differentiatie’ en ‘precisering’ van gedragsvoorschriften.

A. De differentiatie en precisering van gedragsvoorschriften

De noties ‘differentiatie’ en ‘precisering’ van gedragsvoorschriften, verwijzen naar twee variabelen rond de formulering van gedragsvoorschriften⁵²⁰. De ‘formulering’ van gedragsvoorschriften verwijst hierbij dan met name naar de wijze, waarop gedragsvoorschriften, aan de hand van taal, communiceren, welk soort gedrag zij van personen verwachten in het licht van feitelijke omstandigheden⁵²¹. Deze variabelen rond de ‘formulering’ van gedragsvoorschriften staan daarbij, vanuit rechtstheoretisch oogpunt, naast de variabele van de ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften⁵²², als het er op aankomt gedragsvoorschriften zo af te stellen dat zij gedragingen optimaal

⁵²⁰ Wat de typering betreft van de fenomenen, die wij aanduiden als een ‘differentiatie’ en een ‘precisering’ van gedragsvoorschriften, als variabelen op het vlak van de ‘formulering’ van inhoudelijke gedragsvoorschriften, vergelijk bijvoorbeeld: L. KAPLOW, “General Characteristics of Rules” in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 503 en I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 272 en 280.

⁵²¹ Algemeen met betrekking tot de verhouding tussen de formulering in taal van gedragsvoorschriften en de impact van deze gedragsvoorschriften op de realiteit, zie bijvoorbeeld: C. HUTTON, *Language, Meaning and the Law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2009, p. 9 e.v. Specifieke met betrekking tot de analyse van het recht en regelgeving als een communicatie tussen mensen aan de hand van het communicatiemiddel taal: H. FRANKEN et al, *Encyclopedie van de rechtswetenschap*, Deventer, Kluwer, 2003, p. 141-142.

⁵²² Voor een uitdrukkelijk tegenover elkaar stellen van de ‘inhoud’ en de wijze van ‘formulering’ van gedragsvoorschriften, zie bijvoorbeeld EHRLICH en POSNER, waar deze schrijven: “We have sketched in this paper a theory of the legal process according to which the desire to minimize costs is a dominant consideration in the choice between precision and generality in the formulation of legal rules and standards. (We do not suggest that the determination of the substantive content of legal rules and standards is dominated by considerations of efficiency to the same extent.)” I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 280.

coördineren⁵²³. De ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften verwijst hierbij dan met name naar de feitelijke gedragingen, die gedragsvoorschriften van bepaalde personen verwachten in het licht van bepaalde feitelijke omstandigheden⁵²⁴. Om hier nu de noties ‘differentiatie’ en ‘precisering’ van gedragsvoorschriften toe te lichten, achten we het dan ook zinvol om dit te doen vanuit de bredere context van de ‘inhoud’ en de ‘formulering’ van gedragsvoorschriften als variabelen bij het afstellen van gedragsvoorschriften met het oog op een optimale coördinatie van gedragingen. Vanuit die optiek behandelen we dus concreet de volgende elementen. Eerst (A.1.) gaan we kort in op de variabele van de ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften. Dan (A.2.) bespreken we de ‘differentiatie’ en ‘precisering’ van gedragsvoorschriften als variabelen rond de ‘formulering’ van gedragsvoorschriften.

A.1. De variabelen van de ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften

De ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften verwijst zoals aangegeven naar de feitelijke gedragingen, die gedragsvoorschriften bepaalde personen opleggen in het licht van bepaalde feitelijke omstandigheden. Deze inhoud van gedragsvoorschriften is daarbij bepaald door de invulling die de betrokken regelgevende bepalingen expliciet of impliciet geven aan de typische componenten van gedragsvoorschriften, met name: 1.) het *feitelijk toepassingsgebied* van het gedragsvoorschrift, 2.) de daarin, door het gedragsvoorschrift, *voorgescreven gedragingen* en 3.) de *personen* tot wie het gedragsvoorschrift zich richt en, veelal 4) de *sanctie*, die volgt bij het niet naleven van het betrokken gedragsvoorschrift⁵²⁵.

De invulling die de zonet vermelde typische componenten van gedragsvoorschriften krijgen, met ander woorden hun ‘inhoud’, beïnvloedt dan ook het effect van de betrokken gedragsvoorschriften op het vlak van het coördineren van gedragingen. Dit effect bestaat er met name in dat personen, minstens omdat zij rekening houden met de mogelijkheid om gesanctioneerd te worden bij het niet naleven van gedragsvoorschriften, er toe aangezet worden om in hun onderlinge verhoudingen in, meer of mindere mate, gedragingen te stellen die conform zijn aan de betrokken gedragsvoorschriften⁵²⁶. De invulling die de zonet vermelde typische componenten van gedragsvoorschriften krijgen, hun inhoud dus, beïnvloedt dan met name tot welke gedragingen deze gedragsvoorschriften welke personen, in welke mate aanzetten, in welke omstandigheden.

De rechtstheoretische analyse geeft daarbij aan dat de wenselijkheid van de inhoud van gedragsvoorschriften te beoordelen is in het licht van de mate waarin de gedragingen die deze inhoud teweegbrengt, een ‘goed’ handelen uitmaken in het licht van morele opvattingen rond ‘goed’ en ‘slecht’ handelen⁵²⁷. Deze benadering sluit daarbij aan bij de opvatting dat ‘recht’ in essentie een middel is om, de gedragingen van personen binnen een maatschappij onderling zo op elkaar af te stellen, dat hun gedragingen conform zijn aan, die morele opvattingen rond ‘goed’ en

⁵²³ In de zin dat de gedragsvoorschriften binnen rechtsregels gericht zijn op het coördineren van gedragingen, zie bijvoorbeeld: P. DE VROEDE en J. GORUS, *Inleiding tot het recht (9de herwerkte uitgave)*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 2007, p.4 (“*De meeste auteurs zijn het erover eens dat het recht bestaat uit normatieve regels, die een bepaald gedrag opleggen. De regels zijn bindend. Het gaat om verboden, bevelen of verlobbepalingen niet om suggesties of aanbevelingen. Meer specifiek bestaat de bedoeling van het recht erin, een maatschappelijke ordening te bewerkstelligen en het samenleven binnen een gemeenschap mogelijk te maken.*”) H. KELSEN, *Pure Theory of Law*, Union (N.J.), Lawbook Exchange, 2002, p. 32 (“*The object of regulation by a legal order is the behavior of one individual to one, severall, or all other individuals – the mutual behavior of individuals.*”) G. THOMPSON, J. FRANCES R. LEVACIC en J. MITCHELL, “Introduction” in G. THOMPSON, J. FRANCES R. LEVACIC en J. MITCHELL, *Markets, Hierarchies and Networks: The Coordination of Social Life*, Londen, SAGE, 1991, p. 9 e.v..

⁵²⁴ Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld: De VROEDE en GORUS, die schrijven: “*De klassieke rechtsregel omvat doorgaans volgende drie elementen: de hypothese, de oplossing (het voorschrift) en de sanctie.*”, waarbij zij enerzijds verduidelijken: “*Onder de hypothese verstaat men de omschrijving van de feiten, gebeurtenissen of omstandigheden, die zich moeten voordoen op dat de regel van toepassing zou zijn.*” en anderzijds schrijven: “*De oplossing van de regel duidt het voorgeschreven gedrag aan dat men moet aannemen wanneer de hypothese verwezenlijkt is.*” P. DE VROEDE en J. GORUS, *Inleiding tot het recht (9de herwerkte uitgave)*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 2007, p. 161.

⁵²⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: P. DE VROEDE en J. GORUS, *Inleiding tot het recht (9de herwerkte uitgave)*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 2007, p. 161 (aangehaald in de vorige voetnoot)

⁵²⁶ Met betrekking tot rol van sancties binnen het recht, zie bijvoorbeeld: H. FRANKEN et al, *Encyclopedie van de rechtswetenschap*, Deventer, Kluwer, 2003, p. 54.

⁵²⁷ Met betrekking tot rol van morele opvattingen en waarden binnen het recht, zie bijvoorbeeld: H. FRANKEN et al, *Encyclopedie van de rechtswetenschap*, Deventer, Kluwer, 2003, p. 47.

‘slecht’ handelen, die als leidraad dienen om het samenleven te ordenen⁵²⁸. Vanuit die optiek wordt de inhoud van gedragsvoorschriften dan in de regel geëvalueerd in het licht van de bijdrage, die de betrokken ‘inhoud’ levert tot een onderlinge coördinatie van gedragingen van personen, die meer gerechtvaardigd is, overeenkomstig de morele opvattingen, die ook de rechtvaardiging vormen voor het betrokken regelgevend ingrijpen.

A.2. ‘Precisering’ en ‘differentiatie’ als variabelen van de ‘formulering’ van gedragsvoorschriften

Vervolgens gaan we dan in op de twee variabelen rond de ‘formulering’ van gedragsvoorschriften, die bij onze bespreking centraal staan: de ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften en de ‘precisering’ van gedragsvoorschriften. De ‘formulering’ van gedragsvoorschriften verwijst hierbij, zoals aangegeven, naar de wijze, waarop gedragsvoorschriften, aan de hand van taal, communiceren, welk soort gedrag zij van personen verwachten in het licht van feitelijke omstandigheden⁵²⁹. Hierbij is op te merken dat de variabelen in de formulering van gedragsvoorschriften, die wij aanduiden met de noties ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften en ‘precisering’ van gedragsvoorschriften een brede erkenning genieten binnen de rechtstheorie, maar binnen de rechtstheoretische analyse vaak met uiteenlopende begrippen aangeduid worden⁵³⁰.

De mate van ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften verwijst voor ons naar de mate waarin een regelgeving rond een bepaald thema meerdere gedragsvoorschriften omvat die én een onderscheiden criterium of set van criteria formuleren voor de vaststelling van hun toepassingsgebied én daarbij een formulering geven van de voorgeschreven gedragingen binnen de feitelijke situaties onder hun toepassingsgebied⁵³¹. Zo is er bijvoorbeeld

⁵²⁸ In de zin dat de gedragsvoorschriften binnen rechtsregels gericht zijn op het coördineren van gedragingen, zie bijvoorbeeld: P. DE VROEDE en J. GORUS, *Inleiding tot het recht (9de herwerkte uitgave)*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 2007, p.4 (“*De meeste auteurs zijn het erover eens dat het recht bestaat uit normatieve regels, die een bepaald gedrag opleggen. De regels zijn bindend. Het gaat om verboden, bevelen of verlobbepalingen niet om suggesties of aanbevelingen. Meer specifiek bestaat de bedoeling van het recht erin, een maatschappelijke ordening te bewerkstelligen en het samenleven binnen een gemeenschap mogelijk te maken.*”) H. KELSEN, *Pure Theory of Law*, Union (N.J.), Lawbook Exchange, 2002, p. 32 (“*The object of regulation by a legal order is the behavior of one individual to one, severall, or all other individuals – the mutual behavior of individuals.*”) G. THOMPSON, J. FRANCES R. LEVACIC en J. MITCHELL, “Introduction” in G. THOMPSON, J. FRANCES R. LEVACIC en J. MITCHELL, *Markets, Hierarchies and Networks: The Coordination of Social Life*, Londen, SAGE, 1991, p. 9 e.v..

⁵²⁹ Wat de typering betreft van de fenomenen, die wij aanduiden als een ‘differentiatie’ en een ‘precisering’ van gedragsvoorschriften, als variabelen op het vlak van de ‘formulering’ van inhoudelijke gedragsvoorschriften, vergelijk bijvoorbeeld: L. KAPLOW, “General Characteristics of Rules” in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 503 en I. EHRlich en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 272 en 280.

⁵³⁰ Wat wij aanduiden als de ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften, zal door auteurs bijvoorbeeld niet zelden, aangeduid worden met begrippen in de lijn van een ‘precisering’. Zie in die zin bijvoorbeeld: KAPLOW, die schrijft: “*The precision of a legal command is taken here to refer to the degree of detail or differentiation involved. For example, an environmental regulation is more precise if more types of pollutants or sources of pollution are distinguished. A negligence regime is more precise if the standard of care is more finely tailored to different types of actors in different contexts.*” L. KAPLOW, “General Characteristics of Rules” in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 503.

⁵³¹ Binnen de rechtstheoretische analyse is er geen eenvormige terminologie om het fenomeen aan te duiden dat wij omschrijven als differentiatie. Zie wat dit fenomeen betreft, echter bijvoorbeeld: KAPLOW, die schrijft: “*The precision of a legal command is taken here to refer to the degree of detail or differentiation involved. For example, an environmental regulation is more precise if more types of pollutants or sources of pollution are distinguished. A negligence regime is more precise if the standard of care is more finely tailored to different types of actors in different contexts.*” L. KAPLOW, “General Characteristics of Rules” in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p.503; en KOROBKIN, die schrijft: “*It is possible for lawmakers who wish to treat situations with subtle factual variations differently to do so with rules. Accommodating factual variation requires increasing the complexity of the rules by modifying basic rules with exceptions and sub-rules.*” R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 36.

sprake van een ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften indien een verkeersregelgeving doorheen haar bepalingen vier gedragsvoorschriften bevat rond de maximumsnelheid waarvan de criteria om het feitelijk toepassingsgebied te bepalen van de betrokken gedragsvoorschriften daarin verschillen dat het achtereenvolgens moet gaan om: een ‘autosnelweg’, een ‘gewestweg’, een ‘straat binnen een woongebied’ en een ‘speelstraat’. Deze ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften staat dan immers gelijk aan het omschrijven van onderscheiden constellaties van bepaalde feitelijke omstandigheden, met name deze getypeerd als ‘autosnelweg’, ‘gewestweg’, ‘straat binnen een woongebied’ en ‘speelstraat’, waarbij de betrokken regelgeving voor elk van die constellaties van feitelijke omstandigheden een omschrijving geeft van het binnen die constellaties van feitelijke omstandigheden voorgeschreven gedrag⁵³².

Hierbij is op te merken dat, om een daadwerkelijk zicht te krijgen op de rol van de mate van ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften als variabele binnen de formulering van gedragsvoorschriften, het naar onze mening ook nodig is om het volgende te doen: consequent de onderscheiden *formuleringen* in taal, van de criteria rond de vaststelling van het toepassingsgebied van gedragsvoorschriften, als doorslaggevend zien om te spreken van het voorliggen van een ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften. Vanuit die benadering is het voorliggen van een ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften dus niet te bepalen in het licht van het al dan niet, in de feiten onderscheiden zijn van de feitelijke toepassingsgebieden die aangeduid worden door de onderscheiden *formuleringen* van de criteria om deze toepassingsgebieden af te bakenen⁵³³. Stel bijvoorbeeld dat een regelgeving, enerzijds, een gedragsvoorschrift bevat rond het verplicht reinigen van “*appartementen*”, en, anderzijds, een gedragsvoorschrift rond het verplicht reinigen van “*woningen*”. Ook indien de feitelijke toepassingsgebieden die de noties “*appartementen*” en “*woningen*” aanwijzen, quasi-volledig overlappen menen we dat in dit geval niettemin sprake is van een differentiatie van gedragsvoorschriften. Het gaat hierbij immers om twee gedragsvoorschriften met een onderscheiden formulering van het criterium om hun toepassingsgebied af te bakenen die daarbij ook telkens een formulering geven van de voorgeschreven gedragingen binnen de feitelijke situaties onder hun toepassingsgebied, met name reinigen.

De mate van ‘precisering’ van gedragsvoorschriften betreft voor ons de mate waarin regelgevende bepalingen, de uiteindelijke ‘inhoud’ die hun gedragsvoorschriften krijgen in concrete gevallen, definitief afstellen en vastleggen in het licht van het al dan niet voorliggen van door hen omschreven, specifieke feitelijke omstandigheden, dan wel, afhankelijk maken van een beoordeling of de betrokken feitelijke omstandigheden al dan niet maken dat voldaan is aan een door hen vastgelegd criterium⁵³⁴. Binnen de rechtstheoretische analyse is het gebruikelijk om regelgevende bepalingen in het licht van de bovenvermelde mate van precisering van gedragsvoorschriften, in te delen in ‘regels’ en ‘standaarden’⁵³⁵ en, daaraan gelijklopend, in ‘*ex ante*-regelingen’ en ‘*ex post*-regelingen’⁵³⁶. ‘Regels’ zijn dan regelgevende bepalingen, die de concrete toepasselijkheid van hun gedragsvoorschriften of het door hun gedragsvoorschriften concreet voorgeschreven gedrag, definitief inhoudelijk afstellen en vastleggen in het licht van het al dan niet voorliggen binnen een concrete constellatie van feitelijke omstandigheden, van door

⁵³² Vergelijk op dit punt: I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 270.

⁵³³ Voor deze benadering baseren we ons ondermeer op HUTTON die zeer terecht schrijft: “*If law is a part of the social contract between citizens and the sovereign, and language is the medium for the recording of law and for its explication, then the terms of that contract, and the language in general, become the primary medium through which social order is created and maintained.*” C. HUTTON, *Language, Meaning and the Law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2009, p. 48.

⁵³⁴ Zie wat dit fenomeen betreft, bijvoorbeeld, EHRLICH en POSNER, die met name schrijven: “*We emphasize, however, that the concept of legal precision is unambiguous - the fewer and simpler the facts to which definite legal consequences attach, the more precise is a legal obligation.*” I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 261.

⁵³⁵ Zie EHRLICH en POSNER, die schrijven: “*The difference between a rule and a standard is a matter of degree - the degree of precision.*” I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 285.

⁵³⁶ Zie bijvoorbeeld KAPLOW, die schrijft: For purposes of economic analysis, it is useful to define the difference between rules and standards as involving exclusively the distinction between whether the law is given content *ex ante* or *ex post*. L. KAPLOW, “General Characteristics of Rules” in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 508.

hen omschreven specifieke feitelijke omstandigheden⁵³⁷. ‘Regels’ vormen daarbij ‘*ex ante*-regelingen’ in zoverre zij opleggen om de concrete toepasselijkheid van hun gedragsvoorschriften of het door hun gedragsvoorschriften concreet voorgeschreven gedrag, ten aanzien van een concrete constellatie van feitelijke omstandigheden, te bepalen louter aan de hand van het zich al dan niet voordoen daarbij van specifiek feiten, die reeds omschreven werden nog vóór de betrokken concrete constellatie van feitelijke omstandigheden zich voordeed⁵³⁸. Een regelgevende bepaling die verbiedt sneller te rijden dan 120 kilometer per uur, maakt in die zin bijvoorbeeld een ‘regel’ en een ‘*ex ante*-regelingen’ uit, in zoverre een persoon nog voor hij zich op de weg begeeft, weet dat zijn rijgedrag dit verdragsvoorschrift zal schenden indien zich het specifieke feit voordoet dat hij zich met zijn voertuig, sneller voortbeweegt als 120 kilometer per uur.

‘Standaarden’ daarentegen zijn regelgevende bepalingen die de concrete toepasselijkheid van hun gedragsvoorschriften of het door hun gedragsvoorschriften concreet voorgeschreven gedrag, inhoudelijk laten vaststellen op grond van een beoordeling of, in het licht van de kenmerken van de feitelijke omstandigheden binnen een concrete constellatie van feitelijke omstandigheden, al dan niet voldoet is aan een door hen vastgelegd criterium⁵³⁹. ‘Standaarden’ maken daarbij ‘*ex post*-regelingen’ uit in zoverre zij opleggen om de concrete toepasselijkheid van hun gedragsvoorschriften of het door hun gedragsvoorschriften concreet voorgeschreven gedrag ten aanzien van een concrete constellatie van feitelijke omstandigheden, pas definitief te bepalen *nadat* het betrokken geheel van feitelijke omstandigheden zich heeft voorgedaan en dus alle elementen voorliggen om te beoordelen of in het betrokken geval voldaan is aan het criterium dat bepalend is voor de concrete toepasselijkheid van hun gedragsvoorschriften of voor het door hun gedragsvoorschriften concreet voorgeschreven gedrag⁵⁴⁰. Een regelgevende bepaling, die verbiedt onredelijk snel te rijden, is in die zin bijvoorbeeld te bestempelen als een ‘standaard’ en een ‘*ex post*-regelingen’, in zoverre pas nadat de concrete constellatie van omstandigheden zich voordoet, bijvoorbeeld het samenspel van weersomstandigheden, de staat van het wegdek en de verkeersdrukte, een persoon zich ook een oordeel kan vormen of zijn rijgedrag inderdaad voldoet aan het vastgestelde criterium van redelijkheid.

De rechtstheoretische analyse geeft daarbij aan dat de, zonet beschreven, mate van ‘precisering’ en de mate van ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften binnen regelgeving, een invloed uitoefenen op twee elementen: enerzijds, op de mogelijkheden om op grond van geformuleerde regelgevende bepalingen, tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen te komen en, anderzijds, op de inspanningen om de betrokken regelgevende bepalingen toepassing te laten vinden. Bij de mogelijkheden om tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen te komen, gaat het dan met name om de invloed die de ‘differentiatie’ en de ‘precisering’ van gedragsvoorschriften uitoefenen op twee factoren: 1.) de mogelijkheid om op grond van de formulering van het

⁵³⁷ Zie bijvoorbeeld: KOROBKIN, die schrijft: “*Rules state a determinate legal result that follows from one or more triggering facts.*” R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 23; Zie bijvoorbeeld: EHRLICH en POSNER, die een ‘rule’ als volgt omschrijven: “*A rule withdraws from the decision maker's consideration one or more of the circumstances that would be relevant to decision according to a standard.*” I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 258; LEE die stelt: “*Rules represent the definitive approach, deciding things broadly and for a wide range of cases.*” E. LEE, “Rules and Standards for Cyberspace”, *Notre Dame Law Review* 2001-2002, p. 1277.

⁵³⁸ Zie bijvoorbeeld KAPLOW, die stelt: “*A law is more rule-like the greater the extent to which it provides advance guidance: it may, for example, provide a partial list or state criteria to be used, either of which will ease the application of the legal norm to particular behavior.*” L. KAPLOW, “General Characteristics of Rules” in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 508-509.

⁵³⁹ Zie bijvoorbeeld: KOROBKIN, die schrijft: “*Standards, ..., require legal decision makers to apply a background principle or set of principles to a particularized set of facts in order to reach a legal conclusion.*” R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 23; EHRLICH en POSNER, die een ‘standard’ als volgt omschrijven: “*A standard indicates the kinds of circumstances that are relevant to a decision on legality and is thus open-ended. That is, it is not a list of all the circumstances that might be relevant but is rather the criterion by which particular circumstances presented in a case are judged to be relevant or not.*” I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 258.

⁵⁴⁰ Vergelijk op dit punt: L. KAPLOW, “Rules versus Standards: an economic analysis”, *Duke Law Journal* 1992-1993, p. 559-560.

gedragsvoorschrift steeds de optimale, inhoudelijke afstelling van dit gedragsvoorschrift te bereiken ten aanzien van concrete gevallen en 2.) de capaciteit van de formulering om gedragingen teweeg te brengen die conform zijn aan de inhoud van het betrokken gedragsvoorschrift. Wat de inspanningen betreft om regelgevende bepalingen toepassing te laten vinden gaat het dan met name om de invloed van de ‘differentiatie’ en de ‘precisering’ van gedragsvoorschriften, op twee soorten inspanningen: 1.) de inspanningen, die nodig zijn om initieel gepaste gedragsvoorschriften te *formuleren* in regelgevende bepalingen met het oog op het bereiken van de nagestreefde coördinatie van gedragingen en 2.) de inspanningen om de geformuleerde regelgevende bepalingen te *interpreteren* bij hun toepassing ten aanzien van een concreet geval⁵⁴¹. Wat deze tweede soort inspanningen betreft gaat het dan concreet om de inspanningen om te bepalen of gedragsvoorschriften toepassing vinden binnen een concrete situatie, en, indien dit het geval is, om vervolgens dan te achterhalen welk soort handeling, ten aanzien van welk voorwerp de naleving van het gedragsvoorschrift in de betrokken concrete situatie verlangt van welke persoon.

De zonet vermelde effecten van de mate van ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften liggen dan ook weerspiegelt in het principiële criterium dat de rechtstheoretische analyse aanreikt rond een optimale mate van ‘precisering’ en een optimale mate van ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften. Uit de rechtstheoretische analyse volgt immers dat een optimale mate van ‘precisering’ en een optimale mate van ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften aan de volgende algemene richtlijn moeten voldoen: de mate van ‘precisering’ en de mate van ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften moeten een bijdrage leveren tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen die maximaal de inspanningen overstijgt om de betrokken regelgevende bepalingen toepassing te laten vinden⁵⁴².

B. De specialisatie door de sui generis intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken als een vorm van differentiatie en precisering van gedragsvoorschriften

Vervolgens bespreken we nu, zoals aangegeven, in welke zin de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht te typeren is als een ‘differentiatie’ en ‘precisering’ van gedragsvoorschriften. Daartoe knopen we opnieuw aan bij de hierboven vermelde basisobservaties rond de *elementen van verandering* die de betrokken *sui generis* intellectuele rechten teweegbrachten binnen het intellectuele eigendomsrecht op het vlak van het verschaffen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht.

Onze analyse dat de specialisatie door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken te typeren is als een ‘*differentiatie*’ van gedragsvoorschriften, houdt immers verband met de vaststelling dat deze *sui generis* intellectuele rechten de volgende verandering teweegbrachten: zij zorgen er voor dat er binnen het intellectuele eigendomsrecht voortaan meer gedragsvoorschriften zijn die gericht zijn op het verschaffen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht en die daarbij een eigen omschrijving geven van hun toepassingsgebied en de daarin voorgeschreven gedragingen.

Deze verandering is volgens ons dan met name te analyseren als een hogere ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften binnen het intellectuele eigendomsrecht die gericht zijn op het verschaffen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele

⁵⁴¹ Zie bijvoorbeeld KAPLOW, die in dit verband spreekt van “*the costs of formulating legal commands and applying them in adjudication and of parties interpreting them for purposes of deciding how to conform behavior to the law.*” L. KAPLOW, “General Characteristics of Rules” in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 503; Zie in die zin ook: I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 272.

⁵⁴² In dit verband baseren we ons op: R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 31; I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 272 en L. KAPLOW, “A Model of the Optimal Complexity of Legal Rules”, *The Journal of Law, Economics, & Organization* 1995, p.150-151 en p. 161.

eigendomsrecht. De mate van ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften verwijst immers, zoals gezegd, naar de mate waarin een regelgeving rond een bepaald thema meerdere gedragsvoorschriften omvat die én een onderscheiden criterium of set van criteria formuleren voor de vaststelling van hun toepassingsgebied én daarbij een formulering geven van de voorgeschreven gedragingen binnen de feitelijke situaties onder hun toepassingsgebied⁵⁴³. Gezien als een geheel van regelgeving gericht op het verschaffen van de betrokken specifieke soort investeringsbescherming, stellen we dan vast dat het intellectuele eigendomsrecht in die zin ontgensprekelijk verder ‘gedifferentieerd’ werd door de introductie van de *sui generis* intellectuele rechten. De gedragsvoorschriften rond het in werking stellen van deze specifieke soort investeringsbescherming zijn voortaan immers niet enkel meer gedifferentieerd naargelang sprake is van ‘werken’, ‘uitvinding’, ‘modellen’, ‘gebruiksmodellen’, ‘prestaties van uitvoerende kunstenaars, producenten of omroeporganisaties’, ‘kweekproducten’ of soorten incorporaties van inspanningen blootgesteld aan ‘parasitaire mededinging’. Ze zijn ook ‘gedifferentieerd’ naargelang sprake is van ‘topografieën van halfgeleiders’, ‘computerprogramma’s’, ‘de structuur van databanken’ of ‘databanken als verzamelingen van elementen’. In dit verband herinneren wij er overigens aan dat het doorslaggevende criterium om te spreken van een ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften, de onderscheiden *formuleringen* in taal is van het criterium of de set van criteria rond de vaststelling van het toepassingsgebied van gedragsvoorschriften. Het al dan niet daadwerkelijk onderscheiden zijn van het feitelijke toepassingsgebied dat aangewezen wordt door de onderscheiden formuleringen van het toepassingsgebied is daarbij zoals aangegeven niet doorslaggevend. Om een ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften vast te stellen die gericht zijn op het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht, is het in deze context met name dus doorslaggevend dat de betrokken gedragsvoorschriften een onderscheiden toepassingsgebied omschrijven, bijvoorbeeld “*computerprogramma’s*” en “*werken*”, en daarrond de betrokken investeringsbescherming voorzien. De vaststelling dát in een dergelijk geval dan een ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften voorligt wordt daarbij niet tenietgedaan door de eventuele observatie dat de omschreven noties “*computerprogramma’s*” en “*werken*” onder omstandigheden blijken te verwijzen naar dezelfde concrete incorporatie van inspanningen of zelfs dezelfde soort incorporaties van inspanningen. De observatie dat de onderscheiden noties om het toepassingsgebied af te bakenen van de onderscheiden gedragsvoorschriften, dezelfde soort incorporaties van inspanningen aanwijzen kan dan eventueel wel relevant zijn voor de beoordeling van de wenselijkheid van de betrokken differentiatie van gedragsvoorschriften. Er kan volgens ons dus weinig twijfel over bestaan dat de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken het vlak van het verlenen van een investeringsbescherming doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, dus te analyseren als een hogere mate van ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften.

Onze analyse dat de specialisatie door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken te ontleden is als een ‘precisering’ van gedragsvoorschriften, van gedragsvoorschriften, volgt dan met name uit de observatie dat deze *sui generis* intellectuele rechten de volgende verandering teweegbrachten: zij impliceerden dat met het oog op het verschaffen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht vaker een beroep gedaan werd op het archetypische ingrijpen van intellectuele rechten in plaats van op het archetypische ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’.

Deze verandering is naar onze mening dan met name te analyseren als een hogere ‘precisering’ van gedragsvoorschriften binnen het intellectuele eigendomsrecht die gericht zijn op het verschaffen van de specifieke

⁵⁴³ Binnen de rechtstheoretische analyse is er geen eenvormige terminologie om het fenomeen aan te duiden dat wij omschrijven als differentiatie. Zie wat dit fenomeen betreft, echter bijvoorbeeld: KAPLOW, die schrijft: “*The precision of a legal command is taken here to refer to the degree of detail or differentiation involved. For example, an environmental regulation is more precise if more types of pollutants or sources of pollution are distinguished. A negligence regime is more precise if the standard of care is more finely tailored to different types of actors in different contexts.*” L. KAPLOW, “General Characteristics of Rules” in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p.503; en KOROBKIN, die schrijft: “*It is possible for lawmakers who wish to treat situations with subtle factual variations differently to do so with rules. Accommodating factual variation requires increasing the complexity of the rules by modifying basic rules with exceptions and sub-rules.*” R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 36.

soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. De mate van ‘precisering’ van gedragsvoorschriften verwijst immers zoals gezegd naar de mate waarin regelgevende bepalingen, de uiteindelijke ‘inhoud’ die hun gedragsvoorschriften krijgen in een concrete gevallen, hetzij, definitief afstellen en vastleggen in het licht van het al dan niet voorliggen van door hen omschreven specifieke feitelijke omstandigheden, hetzij, afhankelijk maken van een beoordeling of de betrokken feitelijke omstandigheden al dan niet maken dat voldaan is aan een door hen vastgelegd criterium⁵⁴⁴.

Vanuit deze omschrijving is dan al snel duidelijk dat er een verschil is in de mate van ‘precisering’ van de gedragsvoorschriften die het archetypische ingrijpen formuleren waaraan, binnen intellectuele rechten en binnen het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, de specifieke soort investeringsbescherming te ontlene is.

De gedragsvoorschriften die het archetypische ingrijpen formuleren dat binnen intellectuele rechten verantwoordelijk is voor het verlenen van hun investeringsbescherming hebben met name hogere graad van ‘precisering’. Karakteristiek voor het betrokken archetypische ingrijpen van intellectuele rechten is immers, zoals aangegeven, dat intellectuele rechten steeds vragen om dit ingrijpen af te stellen in het licht van het voorliggen van specifieke, *ex ante* omschreven feiten binnen een concrete constellatie van omstandigheden, die als indicatie gelden voor het feit dat fysische manifestaties een bepaald resultaat van inspanningen, een bepaald ‘immaterieel goed’, belichamen. Deze focus van intellectuele rechten op het al dan niet voorliggen van door hen omschreven specifieke feitelijke omstandigheden is daarbij dus direct gekoppeld aan gedragsvoorschriften geformuleerd met de hogere graad van ‘precisering’ die ‘regels’ kenmerkt.

De gedragsvoorschriften daarentegen die het archetypische ingrijpen formuleren waaraan de investeringsbescherming te ontlene is op grond van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’, hebben een lagere graad van ‘precisering’. Eigen aan het betrokken archetypische ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ is immers, zoals besproken, dat het recht inzake oneerlijke mededinging, in beginsel, steeds vraagt om dit ingrijpen in concrete gevallen af te stellen door *ex post* te toetsen of het geheel van de betrokken feitelijke omstandigheden maakt dat een concrete handelspraktijk, die teruggaat op een ‘kopiëren’ of ‘imiteren’, te beoordelen is als een oneerlijke ‘parasitaire mededinging’. Deze focus van het recht inzake oneerlijke mededinging op de vraag of de feitelijke omstandigheden die een concreet geval kenmerken al dan niet maken dat voldaan is aan het criterium van een oneerlijke ‘parasitaire mededinging’, is daarbij dus direct gekoppeld aan gedragsvoorschriften geformuleerd met de lagere graad van ‘precisering’ die ‘standaarden’ kenmerkt.

In de mate dat de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken tot gevolg hadden dat met het oog op het verschaffen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht vaker een beroep gedaan werd op het archetypische ingrijpen van intellectuele rechten in plaats van op het archetypische ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, hield dit dus ook het volgende in: dat met het oog op het verschaffen van de betrokken specifieke soort investeringsbescherming vaker een beroep gedaan werd op gedragsvoorschriften geformuleerd met een hogere graad van ‘precisering’. In die zin is de specialisatie die de betrokken *sui generis* intellectuele rechten op het vlak van het verlenen van een investeringsbescherming doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht dus ook te analyseren als een hogere mate van ‘precisering’ van gedragsvoorschriften.

In verband met de gehanteerde graad van ‘precisering’ van gedragsvoorschriften, is overigens de vaststelling mogelijk dat sommige *sui generis* intellectuele rechten en sommige traditionele intellectuele rechten onderscheiden graden van ‘precisering’ hanteren bij de formulering van hun toepassingsgebied of de gedragingen die ze voorschrijven. Zo stellen we bijvoorbeeld vast dat de regelingen rond de intellectueelrechtelijke bescherming met betrekking tot chips, bij de formulering van hun toepassingsgebied in belangrijke mate verwijzen naar het al dan niet voorliggen van specifieke gegevens binnen een concrete constellatie van omstandigheden. Ze verwijzen in dit verband met name naar specifieke stofkenmerken van incorporaties van inspanningen, bijvoorbeeld het feit dat het resultaat van inspanningen toepassing moet kunnen vinden in incorporaties van

⁵⁴⁴ Zie wat dit fenomeen betreft, bijvoorbeeld, EHRLICH en POSNER, die met name schrijven: “*We emphasize, however, that the concept of legal precision is unambiguous - the fewer and simpler the facts to which definite legal consequences attach, the more precise is a legal obligation.*” I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 261.

inspanningen die uit halfgeleidend materiaal bestaan⁵⁴⁵. De regelingen rond bijvoorbeeld het auteursrecht plaatsen bij de afbakeningen van hun toepassingsgebied veel meer de vraag centraal of uit de kenmerken van een concrete incorporatie van inspanningen een resultaat van inspanningen blijkt dat voldoet aan een criterium van ‘originaliteit’ of een ‘eigen intellectuele schepping’. Er loopt volgens ons echter geen daadwerkelijke breuklijn tussen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, enerzijds, en de overige intellectuele rechten, anderzijds, op het vlak van de gehanteerde mate van ‘precisering’ bij het formuleren van hun toepassingsgebied of de gedragingen die ze voorschrijven. Zo hanteert de omschrijving van de notie ‘computerprogramma’ in de regelingen rond de intellectueelrechtelijke bescherming met betrekking tot computerprogramma’s⁵⁴⁶ bijvoorbeeld gewoonlijk een lagere mate van precisering dan de omschrijving van de notie ‘model’ in de regelingen rond de intellectueelrechtelijke bescherming met betrekking tot tekeningen en modellen⁵⁴⁷.

Op grond van de zonet aangehaalde observaties menen wij nu te kunnen concluderen dat de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht te analyseren is als volgt: een hogere ‘differentiatie’ en hogere ‘precisering’ van gedragsvoorschriften rond het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht. Deze vaststelling is daarbij volgens ons niet onbelangrijk. Deze vaststelling impliceert immers dat we bij ons onderzoek rond de wenselijkheid van de specialisatie die deze *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, kunnen steunen op de inzichten van de rechtstheoretische analyse rond een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften.

2.2. De beoordeling van de wenselijkheid van de specialisatie

Vervolgens geven we nu aan wat, volgens ons, in beginsel de meest aangewezen toetsing is om, in het kader van ons onderzoek, te beoordelen of de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken een wenselijke specialisatie doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht. Dit betekent dus dat we aangeven welk toetsing in dit verband het meest aangewezen is, rekening houdend met de specifieke focus van ons onderzoek.

⁵⁴⁵ Zie art. 1.1. Richtlijn Chip, dat stelt: “*In deze richtlijn wordt verstaan onder: a) »halfgeleiderprodukt“: een produkt in zijn definitieve of intermediaire vorm: i) dat bestaat uit een plak materiaal die een laag halfgeleidermateriaal bevat, en ii) waarop volgens een vooraf bepaald driedimensionaal patroon een of meer lagen geleidend, isolatie- of halfgeleidermateriaal zijn aangebracht, en iii) dat bestemd is om uitsluitend elektronische functies of elektronische en andere functies te zamen te vervullen; b) »topografie“ van een halfgeleiderprodukt: een reeks samenhangende beelden, op enigerlei wijze vastgelegd, i) die het driedimensionale patroon van de lagen weergeven waaruit het halfgeleiderprodukt is samengesteld, en ii) waarin elk beeld het patroon of een gedeelte van het patroon van een oppervlak van het halfgeleiderprodukt in enig stadium van zijn vervaardiging voorstelt;...*”.

⁵⁴⁶ Zie bijvoorbeeld art. 1.1. Richtlijn Computerprogramma's, dat stelt: “*Overeenkomstig deze richtlijn worden computerprogramma's door de Lid-Staten auteursrechtelijk beschermd als werken van letterkunde in de zin van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst. De term "computerprogramma" in de zin van deze richtlijn omvat ook het voorbereidend materiaal.*” Zoals aangegeven is het in dit verband echter ook gebruikelijk om te verwijzen naar het Oorspronkelijke Voorstel Richtlijn Computerprogramma’s dat stelt: “*For the purpose of this proposal, the term ‘computer program’ is used. This means a set of instructions the purpose of which is to cause an information processing device, a computer, to perform its functions*” en “*Given the present state of the art, the word program should be taken to encompass the expression in any form, language, notation or code of a set of instructions, the purpose of which is to cause a computer to execute a particular task or function.*”, Oorspronkelijke Voorstel Richtlijn Computerprogramma’s, respectievelijk p. 3 en p. 17.

⁵⁴⁷ Zie bijvoorbeeld art. 3 Verordening Gemeenschapsmodellen, dat stelt: “*In deze verordening wordt verstaan onder: a) „model“: de verschijningsvorm van een voortbrengsel of een deel ervan, die wordt afgeleid uit de kenmerken van met name de lijnen, de omtrek, de kleuren, de vorm, de textuur en/of de materialen van het voortbrengsel zelf en/of de versiering ervan; b) „voortbrengsel“: elk op industriële of ambachtelijke wijze vervaardigd voorwerp, met inbegrip van onder meer onderdelen die zijn bestemd om tot een samengesteld voortbrengsel te worden samengevoegd, verpakkingen, uitvoering, grafische symbolen en typografische lettertypen, doch niet computerprogramma's;...*”.

Bij het vastleggen van een geschikte toetsing rond de wenselijkheid van de betrokken specialisatie door de *sui generis* intellectuele rechten is het, volgens ons, dan met name belangrijk om aandacht te hebben voor twee elementen: ten eerste, het aangewezen principiële toetsingscriterium om de wenselijkheid van deze specialisatie te beoordelen, en, ten tweede, de aangewezen analyse om de concreet doorgevoerde specialisatie te beoordelen in het licht van dit principiële toetsingscriterium. In de rechtsleer stellen we immers, zoals aangegeven, vast dat er discussie blijft bestaan rond de wenselijkheid van de concrete specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, ondanks de relatieve eensgezindheid rond het principiële criterium om een dergelijke specialisatie door *sui generis* intellectuele rechten te beoordelen.

Bij de beschrijving van wat, volgens ons, de meest aangewezen toetsing is om binnen ons onderzoek de specialisatie te evalueren, doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, gaan we dan ook in twee stappen te werk. In de eerste plaats (2.2.1.) geven we aan wat naar onze mening, binnen het opzet van ons onderzoek, het aangewezen principiële toetsingscriterium is om de wenselijkheid van deze specialisatie te beoordelen. In de tweede plaats (2.2.2.) bespreken we dan ook wat volgens ons de meest geschikte analyse is om binnen het opzet van ons onderzoek tot een daadwerkelijke beoordeling te komen van de concrete specialisatie door de betrokken *sui generis* intellectuele rechten in het licht van het aangewezen principiële toetsingscriterium.

2.2.1. Toetsingscriterium

Om binnen het opzet van ons onderzoek de wenselijkheid te beoordelen van de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, is het volgens ons aangewezen om het volgende, principiële toetsingscriterium te hanteren: of deze *sui generis* intellectuele rechten, conform utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, een bijdrage leveren tot een meer gerechtvaardigde investeringsbeschermingsregeling rond de incorporaties van inspanningen waarop ze betrekking hebben, die ook voldoende opweegt tegen de eventueel toenemende, juridische inspanningen die zij met zich meebrengen om regelingen rond de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging toepassing te laten vinden. Dit principiële criterium ligt daarbij dus in de lijn van het eerder beschreven principiële criterium dat de rechtsleer reeds gewoonlijk hanteert om de wenselijkheid te beoordelen van een specialisatie van het intellectuele eigendomsrecht door de introductie van *sui generis* intellectuele rechten⁵⁴⁸. Het door ons voorgestane principiële beoordelingscriterium voert immers een gelijkaardige afweging door tussen het effect van de introductie van een *sui generis* intellectuele recht op twee factoren. Bij de eerste factor, gaat het in dit geval dan wel concreet om de bijdrage die de betrokken *sui generis* intellectuele rechten leveren tot een conform utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, meer gerechtvaardigde investeringsbeschermingsregeling rond de incorporaties van inspanningen waarop ze betrekking hebben. Bij de tweede factor, de toenemende juridische inspanningen om regelingen rond de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging toepassing te laten vinden, gaat het dan dus opnieuw om de inspanningen die het kost om de nieuwe normen van dit *sui generis* intellectueel recht te formuleren, te duiden en af te bakenen

⁵⁴⁸ Zoals aangegeven, blijkt er in de rechtsleer met name een relatieve consensus te bestaan dat het principiële beoordelingscriterium om de wenselijkheid te beoordelen van een specialisatie van het intellectuele eigendomsrecht door de introductie van *sui generis* intellectuele rechten, het volgende moet nagaan: of de bijdrage van de geïntroduceerde *sui generis* intellectuele rechten om tot een meer gerechtvaardigde beschermingsregeling te komen rond de soorten incorporaties van inspanningen gevat door deze rechten, opweegt tegen de eventueel toenemende juridische inspanningen die deze *sui generis* intellectuele rechten met zich meebrengen om regelingen rond de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging toepassing te laten vinden. Zie voor een dergelijke afweging om te oordelen over de wenselijkheid van *sui generis* intellectuele rechten bijvoorbeeld: HILTY en GEIGER, die met betrekking tot *sui generis* intellectuele rechten het voordeel van “*the high flexibility within the elaboration of appropriate rules*” plaatsen tegenover het nadeel “*that the field is completely new and the implementation of such a right at the level of international conventions would not be easy*”, R. HILTY en C. GEIGER, “Patenting Software? A Judicial and Socio-Economic Analysis”, *IIC* 2005, p. 644; WESTKAMP, die de wenselijkheid van *sui generis* intellectuele rechten benadert vanuit de optiek van het toelaten van een “*bespoke solution to a specific problem*” en hun effect op het vlak van ‘fricties’ ten aanzien van internationale en nationale normen. G. WESTKAMP, “Convergence of Intellectual Property Rights and the Establishment of ‘Hybrid’ Protection under TRIPs”, in F. Macmillan (ed.), “*New Directions in Copyright: Volume 1*”, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, p. 111.

tegenover de normen van de regelingen rond de bestaande intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging⁵⁴⁹.

Onze keuze voor het zonet beschreven principiële toetsingscriterium rond de specialisatie doorgevoerd door de betrokken *sui generis* intellectuele rechten, steunt daarbij dan concreet op onze eerdere analyse dat deze specialisatie te analyseren is als een hogere ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften. Daarbij gaat het dus met name om de analyse dat deze *sui generis* intellectuele rechten leiden tot een hogere ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van de gedragsvoorschriften binnen het intellectuele eigendomsrecht die erop gericht zijn om de specifieke soort investeringsbescherming te verlenen die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht.

Uitgaande van deze analyse dat de betrokken *sui generis* intellectuele rechten in die zin te analyseren zijn als een hogere ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften, menen we dan dat het volgende geldt: het algemene, rechtstheoretische criterium rond een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften kan als leidraad dienen voor een principiële criterium om de specialisatie te beoordelen die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht op het vlak van het bieden van een investeringsbescherming. Hierbij brengen wij in herinnering dat dit algemene rechtstheoretische criterium rond een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften met name het volgende vraagt: dat de mate van ‘precisering’ en de mate van ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften een bijdrage leveren tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen die maximaal de inspanningen overstijgt om de betrokken regelgevende bepalingen toepassing te laten vinden⁵⁵⁰.

We stellen dan inderdaad ook vast dat de factoren die dit criterium rond een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ tegenover elkaar afweegt, een passende synthese toelaten van de belangrijkste factoren die – ook volgens de rechtsleer – de wenselijkheid beïnvloeden van de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren. In de eerste plaats biedt dit rechtstheoretische criterium rond een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ namelijk een geschikt aanknopingspunt om rekening te houden met overwegingen rond de vraag of de ‘inhoud’ van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten leidt tot een bescherming ‘op maat’ dan wel tot een onwenselijke ‘expansie’ van het intellectuele eigendomsrecht. Dit is met name het geval waar dit rechtstheoretische criterium rekening houdt met de bijdrage tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen. De vraag of de ‘inhoud’ van de *sui generis* intellectuele rechten tot een bescherming ‘op maat’ dan wel een onwenselijke ‘expansie’ van het intellectuele eigendomsrecht leidt, is, zoals aangegeven, immers te beantwoorden in het licht van het volgende criterium: de mate waarin die ‘inhoud’ een coördinatie van gedragingen teweegbrengt die zo conform mogelijk is aan de utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke rechtvaardigingen voor het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht.

In de tweede plaats biedt dit rechtstheoretische criterium rond een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ dan ook een geschikt aanknopingspunt om rekening te houden met overwegingen rond eventuele onnodige juridische inspanningen die de betrokken *sui generis* intellectuele rechten teweegbrengen. Dergelijke onnodige juridische inspanningen verwijzen hierbij daarbij dan, zoals aangegeven, naar inspanningen om het betrokken *sui generis* intellectueel recht te formuleren, te duiden en af te bakenen tegenover de andere beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, waar echter geen voldoende bijdrage tegenover staat op het vlak van het bereiken van een meer gerechtvaardigde beschermingsregeling overeenkomstig utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen. Vanuit onze analyse dat de *sui generis* intellectuele rechten te analyseren zijn als een hogere ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften rond een specifieke soort

⁵⁴⁹ Voor deze indeling van de inspanningen om regelgeving toepassing te laten vinden baseren we ons op bijvoorbeeld: KAPLOW, die in dit verband spreekt van “*the costs of formulating legal commands and applying them in adjudication and of parties interpreting them for purposes of deciding how to conform behavior to the law.*” L. KAPLOW, “General Characteristics of Rules” in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 503; Zie ook: I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 272.

⁵⁵⁰ In dit verband baseren we ons op: R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 31; I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 272 en L. KAPLOW, “A Model of the Optimal Complexity of Legal Rules”, *The Journal of Law, Economics, & Organization* 1995, p.150-151 en p. 161.

investeringsbescherming, is dan duidelijk dat deze overwegingen rond onnodige juridische inspanningen in wezen te beschouwen zijn als overwegingen rond een aangewezen ‘precisering’ en ‘differentiatie’. Binnen het rechtstheoretische criterium rond een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ vinden de overwegingen rond dergelijke onnodige juridische- inspanningen dan in elk geval een geschikt aanknopingspunt in de manier waarop dit criterium rekening houdt met de factor ‘inspanningen om regelgevende bepalingen toepassing te laten vinden’. In het kader van deze factor zal het betrokken criterium dan immers de zonet vermelde juridische inspanningen ten gevolge van de introductie van de *sui generis* intellectuele rechten begroten en deze afwegen tegenover de bijdrage die daarmee gepaard gaat tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen. Deze afweging zet dan met name het idee om dat het niet opgaat om via de *sui generis* intellectuele rechten bijkomende juridische inspanningen te veroorzaken, indien daar geen voldoende bijdrage tegenover staat tot een meer gerechtvaardigde beschermingsregeling overeenkomstig utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen.

Als we het rechtstheoretische criterium rond een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften dan inderdaad als leidraad nemen voor het principiële toetsingscriterium om, binnen het opzet van onderzoek, de specialisatie te evalueren doorgevoerd door de betrokken *sui generis* intellectuele rechten, dan leidt dit ons dus tot het hierboven vermelde principiële toetsingscriterium. Deze aanpak brengt ons er dus met name toe om in dit verband, zoals gezegd, te opteren voor het volgende, principiële toetsingscriterium: of deze *sui generis* intellectuele rechten, conform utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, een bijdrage leveren tot een meer gerechtvaardigde investeringsbeschermingsregeling rond de incorporaties van inspanningen waarop ze betrekking hebben, die ook voldoende opweegt tegen de eventueel toenemende, juridische inspanningen die zij met zich meebrengen om regelingen rond de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging toepassing te laten vinden.

2.2.2. Toepassing van het toetsingscriterium

Na de vaststelling van wat volgens ons het aangewezen, principiële toetsingscriterium is rond de wenselijkheid van een specialisatie van het intellectuele eigendomsrecht door de introductie van *sui generis* intellectuele rechten, is dan vervolgens, zoals aangegeven⁵⁵¹, het volgende punt aan de orde: de vaststelling van de meest aangewezen benadering om tot een daadwerkelijk beoordeling te komen aan de hand van dit criterium.

In dit onderdeel lichten we in dit verband specifiek toe welke benadering wij als leidraad gekozen hebben om, in het licht van dit principiële toetsingscriterium tot een antwoord te komen op onze specifieke onderzoeksvraag. Het gaat daarbij zoals aangegeven dan met name om de vraag of de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, met het oog op het bieden van een investeringsbescherming, een wenselijke specialisatie inhouden binnen het intellectuele eigendomsrecht.

De benadering die we bij het beantwoorden van deze vraag hanteerden, kunnen we typeren als een ‘comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen’. Deze analyse biedt naar onze mening uiteindelijk immers de beste perspectieven om in het licht van de normatieve juridische analyse die ons onderzoek beoogt, ook daadwerkelijk tot een correct en relevant antwoord te komen op onze specifieke vraag rond de wenselijkheid van de specialisatie doorgevoerd door de betrokken *sui generis* intellectuele rechten.

Om onze keuze voor deze benadering verder toe te lichten, gaan we nu als volgt te werk. Eerst (A), schetsen we het concept van de door ons gekozen ‘comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen’. Daarna (B.), signaleren we de moeilijkheden die te overwinnen zijn om aan de hand van deze comparatieve toetsing ook daadwerkelijk de wenselijkheid te beoordelen van de concrete specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken. Vervolgens (C.), beschrijven we dan echter ook de perspectieven om binnen het opzet van ons onderzoek niettemin tot een correcte en relevante evaluatie te komen van de concrete specialisatie doorgevoerd door de betrokken *sui generis* intellectuele rechten.

⁵⁵¹ Om daadwerkelijk tot een correcte en relevante evaluatie te komen van de concrete specialisatie door deze *sui generis* intellectuele rechten, is de analyse die gehanteerd wordt om een toetsing door te voeren aan het betrokken principiële toetsingscriterium immers, zoals aangegeven, bijna even belangrijk als de correcte vaststelling van het betrokken principiële toetsingscriterium.

A. Een comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen

De ‘comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen’ die wij hanteren om de wenselijkheid na te gaan van de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, is opgebouwd rond een specifieke vergelijking. Deze comparatieve toetsing vraagt met name om na te gaan of het *concrete* ingrijpen van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten, op het vlak van het verlenen van een investeringsbescherming rond respectievelijk chips, computerprogramma’s en databanken, nauwer of minder nauw aansluit bij het relevante, *theoretisch* optimale ingrijpen rond deze soorten incorporaties van inspanningen op grond van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, dan het geval is voor het *concrete* ingrijpen van de overige beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht of voor het ontkennen van elke bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht. Het referentiepunt van het relevante, theoretisch optimale ingrijpen door intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, bepaalt deze comparatieve toetsing daarbij dan als volgt: op grond van de factoren waarrond specifiek getoetst wordt binnen het aangewezen, principiële toetsingscriterium rond de wenselijkheid van een specialisatie van het intellectuele eigendomsrecht door de introductie van *sui generis* intellectuele rechten. Het aangewezen principiële toetsingscriterium om de specialisatie te evalueren doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken vindt daarbij dus op de volgende manier toepassing binnen deze comparatieve toetsing: de factoren die dit principiële toetsingscriterium tegenover elkaar afweegt om de wenselijkheid te beoordelen van deze specialisatie bepalen het referentiepunt van het theoretisch optimale ingrijpen binnen deze comparatieve toetsing. Concreet bepaalt deze comparatieve toetsing dit referentiepunt dus met name door rekening te houden met utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijk overwegingen rond een optimale ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften en met overwegingen rond een optimale mate van ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften. De toepassing van deze comparatieve toetsing vraagt dan bijvoorbeeld om na te gaan of de toepassing ten aanzien van chips van het concrete *sui generis* intellectuele recht rond chips, in vergelijking met de toepassing van het concrete auteursrecht ten aanzien van chips, nauwer aansluit bij een theoretisch optimale intellectueelrechtelijke investeringsbescherming rond chips. De toepassing van deze comparatieve toetsing vraagt daarbij dus ook telkens om rekening te houden met de optie om de betrokken incorporaties van inspanningen elke bescherming te ontzeggen op grond van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’. Het idee hierbij is met name dat deze optie uiteindelijk nauwer kan aansluiten bij een *theoretisch optimale* investeringsbescherming op grond van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ dan het toekennen van bescherming rond deze incorporaties van inspanningen op grond van de *sui generis* intellectuele rechten of de overige concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht.

Binnen de zonet omschreven ‘comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen’ opteren we er dus voor om de concrete specialisatie door de *sui generis* intellectuele rechten via een ‘theoretische analyse’ te toetsen aan het aangewezen principiële criterium rond de wenselijkheid van een dergelijke specialisatie. Deze theoretische analyse bestaat er dan zoals aangegeven in dat we de concrete bepalingen van de betrokken beschermingsregelingen toetsen aan de theoretische inzichten rond de factoren, die volgens het betrokken principiële criterium de wenselijkheid beïnvloeden van een specialisatie van het intellectuele eigendomsrecht door de introductie van *sui generis* intellectuele rechten. Zoals aangegeven zijn daarbij dus de theoretisch inzichten aan de orde rond de optimale ‘inhoud’, ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften van intellectuele rechten of het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’. In het licht van de theoretische inzichten rond deze punten gaan we dan met name na of aan te nemen is dat de concrete bepalingen van een *sui generis* intellectuele recht, rekening houdend met de concrete bepalingen van de overige beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, tot een wenselijke specialisatie leiden van het intellectuele eigendomsrecht op het vlak van het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht. Deze theoretische analyse biedt daarbij naar onze mening uiteindelijk de beste perspectieven om, binnen het opzet van de normatieve juridische analyse die ons onderzoek beoogt, tot een daadwerkelijke beoordeling te komen van de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, in het licht van het aangewezen principiële criterium rond de wenselijkheid van een dergelijke specialisatie.

Op het eerste gezicht zou nochtans de indruk kunnen ontstaan dat een ‘effecten’-analyse zich beter leent om binnen ons onderzoek tot een daadwerkelijke evaluatie te komen van de specialisatie, doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, in het licht van het aangewezen, principiële toetsingscriterium in dit verband. Een dergelijke ‘effecten’-analyse rond de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken zou dan met name het volgende omvatten: het daadwerkelijk traceren en begroten van alle effecten van deze *sui generis* intellectuele rechten op de factoren, aangehaald door het betrokken principiële criterium, om dan vervolgens de afweging door te voeren die dit principiële criterium voorschrijft.

Bij nader inzicht blijkt de uitvoering van een dergelijke ‘effecten’-analyse echter al te problematisch binnen ons opzet van een normatieve, juridische analyse. Rond de uitvoering van een dergelijke ‘effecten’-analyse stellen zich immers niet te onderschatten moeilijkheden. Een eerste moeilijkheid is dan met name dat het niet steeds voor de hand zal liggen om de vastgestelde concrete effecten van *sui generis* intellectuele recht, te evalueren als ‘goede’ of ‘slechte’ effecten, in het licht van de beide factoren, die het betrokken principiële criterium rond de wenselijkheid van de specialisatie van *sui generis* intellectuele rechten tegenover elkaar afweegt⁵⁵². In wezen stelt zich hierbij dan min of meer dezelfde moeilijkheid die, zoals zo meteen aanbod komt, ook centraal staat bij de ‘comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen’. Het gaat daarbij dan met name om de moeilijkheid geschikte, voldoende gedetailleerde richtlijnen vast te stellen rond het theoretisch optimale ingrijpen.

Een tweede veel grotere moeilijkheid is volgens ons dan echter dat causaliteit, in wezen hét richtsnoer om de relevante effecten te traceren van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten, geen inherente grenzen kent. Bij de identificatie en begroting van een bepaald effect van de concrete *sui generis* intellectuele rechten dat relevant is in het licht van de factoren, aangehaald binnen het betrokken, principiële criterium om hun specialisatie te evalueren, zal zich immers meestal al snel de volgende vraag stellen: wat zijn in het licht van de betrokken factoren dan de relevante effecten van het geïdentificeerde effect? Het consequent doordenken van ‘causaliteit’ impliceert volgens ons dat de uitvoering van een effecten-analyse die, in navolging van het toepasselijke principiële criterium, daadwerkelijk alle relevante effecten van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten wil traceren en begroten, een onnoemelijk grote opdracht is die een onnoemelijk grote hoeveelheid aan kennis vereist⁵⁵³. Binnen vele onderzoeken die in wezen aan de hand van een effecten-analyse de bijdrage van concrete intellectuele rechten wilden beoordelen tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen bleek het gebrek aan empirische gegevens rond de daadwerkelijk effecten van het betrokken ingrijpen hét struikelblok om in dit verband tot definitieve conclusies te komen⁵⁵⁴.

⁵⁵² Uitgebreid in dit verband met betrekking tot de onduidelijkheden rond de deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen en de utilitaristische overwegingen als maatstaf om te oordelen over de gevolgen van het ingrijpen van de concrete regelgeving binnen het intellectuele eigendomsrecht, bijvoorbeeld: W. FISHER, "Theories of Intellectual Property" in S. MUNZER (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p.176 e.v.; Zie ook bijvoorbeeld ook LEMLEY, die schrijft: "Economic theory does not, however, give us a very clear answer to the question 'how much control is optimal?'" M. LEMLEY, "Property, Intellectual Property, and Free Riding", *Texas Law Review* 2005, respectievelijke p. 1065.

⁵⁵³ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld SCHÜNEMANN die stelt dat het opzet om via effecten-analyses het optimale ingrijpen vast te stellen, blijkt geeft van een "Anmaßung von nahezu gottgleichem Wissen," met betrekking tot "der in den hochkomplex miteinander vernetzten Marktprozessen wirkenden Kausalitäten oder doch wenigstens statistisch signifikanter Korrelationen," en rond "der unübersehbar weit gestreuten und sich noch dazu unaufhörlich Ändernden Informationen der Marktteilnehmer sowie schließlich hinsichtlich ihrer Präferenzen, Handlungskompetenzen und hinsichtlich sonstiger persönlicher, ihr Markthandeln beeinflussender Verhältnisse." W. SCHÜNEMANN, "Allgemeine Bestimmungen" in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p. 480; Zie in die zin bijvoorbeeld ook: C. KIRCHNER, "Innovationsschutz und Investitionsschutz für immaterielle Güter", *GRURInt* 2004, p. 605.

⁵⁵⁴ Algemeen met betrekking tot het gebrek aan empirische gegevens, zie bijvoorbeeld: W. FISHER, "Theories of Intellectual Property" in S. MUNZER (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p.180 e.v.; W. GORDON, "Intellectual Property" in P. CAN en M. TUSHNET (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p.643; Wat het gebrek aan empirische gegevens rond specifieke intellectuele rechten betreft, zie bijvoorbeeld: GRÜTZMACHER die schrijft: "Festzuhalten bleibt, daß eindeutige Schlüsse gegen einen Rechtsschutz aufgrund der angeführten empirischen

In het bijzonder de moeilijkheid rond het exhaustief traceren en begroten van de relevante effecten met het oog op de uitvoering van effecten-analyse is naar onze mening niet op te lossen binnen het opzet van ons onderzoek. Het oplossen van deze moeilijkheid gaat immers ver buiten het raamwerk van de vooropgezette normatieve, juridische analyse rond de wenselijkheid van de specialisatie, doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken. In plaats van een 'effecten'-analyse aan te vangen die dan bij gebrek aan empirisch materiaal toch terugvalt op hypothesen rond het theoretisch optimale ingrijpen⁵⁵⁵, opteren wij dus consequent voor een theoretische analyse die we concreet uitwerken binnen de hierboven omschreven 'comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen'.

De uitvoering van de hierboven omschreven 'comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen' laat, volgens ons, dan met name toe om op de volgende wijze tot een antwoord te komen rond onze specifieke onderzoeksvraag. Enerzijds kan uit deze comparatieve toetsing blijken dat de toepassing van het *sui generis* intellectueel recht rond de soort incorporaties van inspanningen gevat door dit *sui generis* intellectuele recht, in vergelijking met de eventuele toepassing van de overige beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht rond deze soort incorporatie van inspanningen of het ontkennen van elke bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, nauwer aansluit bij het relevante, theoretisch optimaal ingrijpen rond deze soort incorporaties van inspanningen door intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging'. Deze vaststelling rond het nauwer aansluiten laat, volgens ons, dan toe om te besluiten dat uit te gaan is van de wenselijkheid van de specialisatie, die het betrokken *sui generis* intellectuele recht doorvoert binnen het intellectuele eigendomsrecht.

Anderzijds kan uit de betrokken comparatieve toetsing echter ook blijken dat de toepassing van het *sui generis* intellectueel recht rond de soort incorporaties van inspanningen, gevat door dit *sui generis* intellectuele recht, minder nauwer aansluit bij het relevante, theoretisch optimaal ingrijpen rond deze soort incorporaties van inspanningen door intellectuele rechten of het recht intake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging', in vergelijking met de eventuele toepassing rond deze soort incorporaties van inspanningen van één van de overige beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht of het ontkennen van elke bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht. Op grond van deze vaststelling is, volgens ons, dan aan te nemen dat de specialisatie door het betrokken *sui generis* intellectuele recht binnen het intellectuele eigendomsrecht niet wenselijk is.

B. Moeilijkheden bij een comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen

Befunde nicht gezogen werden können." M. GRÜTZMACHER, *Urheber-, Leistungs- und Sui-generis-Schutz von Datenbanken. Eine Untersuchung des europäischen, deutschen und britischen Rechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 96; BAKELS en HUGENHOLTZ, die stellen: "No hard empirical data exist today to support conclusions in favour or against software and business method patenting." en "It has not been demonstrated that software patents contribute to innovation. The opposite may be true as well." R. BAKELS en P. HUGENHOLTZ, *The patentability of computer programs. Discussion of European-level legislation in the field of patents for software*, (Studie in opdracht van het Europees Parlement verschenen als Working Paper van het Directoraat-Generaal voor Onderzoek), Luxemburg, Europees Parlement, p.19 en p.22; In dezelfde zin: K. BLIND, J. EDLER, R. NACK en J. STRAUS, "Mikro- und makroökonomische Implikationen der Patentierbarkeit von Softwareinnovationen - Geistige Eigentumsrechte in der Informationstechnologie im Spannungsfeld von Wettbewerb und Innovation", Karlsruhe – München, Fraunhofer Institut / Max-Planck-Institut, 2001, p.231; Toonaangevend is nog steeds MACHLUP, die in 1958 met betrekking tot het octrooirecht schreef: "No economist, on the basis of present knowledge, could possibly state with certainty that the patent system, as it now operates, confers a net benefit or a net loss upon society. The best he can do is to state assumptions and make guesses about the extent to which reality corresponds to these assumptions." F. MACHLUP, *An economic Review of the Patent System. Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks and Copyrights of the Committee on the Judiciary, United States Senate, Eighty-Fifth Congress, second session, pursuant to S. Res. 236*, Washington DC, US Government Printing Office, 1958, p.79-80

⁵⁵⁵ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld LEMLEY, die schrijft: "...because of the difficulty of doing a proper utilitarian analysis, many people end up falling back on their assumptions or on first principles and simply couching those arguments in utilitarian terms." M. LEMLEY, "Property, Intellectual Property, and Free Riding", *Texas Law Review* 2005, p. 1066; Zie in dezelfde zin ook MCGOWAN, die stelt "Because true utilitarian analysis is too hard to perform rigorously, construction of the law begins with nonconsequentialist first principles, whose sails are trimmed until they can sustain a plausible consequentialist story." D. MCGOWAN, "Copyright Nonconsequentialism", *Missouri Law Review* 2004, p. 71.

De uitvoering van de hierboven beschreven ‘comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen’ vraagt echter een niet te onderschatten oefening: de vaststelling van richtlijnen rond het relevante theoretisch optimaal ingrijpen die een ‘nuttige’ uitvoering mogelijk maken van deze comparatieve toetsing. Een ‘nuttige’ uitvoering van deze comparatieve toetsing verwijst daarbij dan, gezien het opzet van ons onderzoek, naar een uitvoering van deze toetsing die een voldoende correcte en definitieve beoordeling toelaat rond de wenselijkheid van de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, op het vlak van het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht.

De vereisten die deze richtlijnen rond het relevante theoretisch optimaal ingrijpen moeten vervullen om ‘geschikt’ te zijn met het oog op een dergelijke ‘nuttige’ uitvoering van de betrokken comparatieve toetsing, geven daarbij een goed beeld van de uitdagingen die zich stellen bij hun vaststelling. In essentie kunnen we stellen dat de betrokken richtlijnen binnen de hierboven beschreven comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen, het volgende moeten zien te verwezenlijken: het relevante, theoretisch optimale ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ of intellectuele rechten rond concrete incorporaties van inspanningen, correct en passend specificeren in het licht van alle relevante parameters rond de afstelling van het betrokken ingrijpen. Hierbij zijn dus in wezen twee vereisten aan de orde.

Een eerste vereiste voor dergelijke ‘geschikte’ richtlijnen rond het relevante, theoretisch optimale ingrijpen is dus dat zij een *correcte* specificatie geven van het relevante, theoretisch optimale ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ of intellectuele rechten rond concrete soorten incorporaties van inspanningen. Het theoretisch optimaal zijn van het betrokken ingrijpen wordt daarbij dan zoals aangegeven beoordeeld in het licht van de factoren waarrond getoetst wordt binnen het aangewezen, principiële toetsingscriterium rond de wenselijkheid van een specialisatie van het intellectuele eigendomsrecht door de introductie van *sui generis* intellectuele rechten. De betrokken richtlijnen moeten dus met name een *correcte* specificatie geven van het ingrijpen van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ dat, op het vlak van het verlenen van een investeringsbescherming, theoretisch optimaal is rekening houdend met utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijk overwegingen rond een optimale ‘inhoud’ van de betrokken gedragsvoorschriften en met overwegingen rond een optimale mate van ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften.

Voor de concrete uitvoering van de hierboven beschreven comparatieve toetsing is het volgens ons dan met name aangewezen om over richtlijnen te beschikken die een *correcte* specificatie geven van het relevante, theoretisch optimale ingrijpen ten aanzien van twee categorieën incorporaties van inspanningen. Dit is belangrijk in twee opzichten.

Enerzijds, is het immers telkens onontbeerlijk om over een *correcte* specificatie te beschikken van het relevante, theoretisch optimale ingrijpen ten aanzien van het soort incorporaties van inspanningen dat gevat wordt door het concrete *sui generis* intellectuele recht waarvan de specialisatie te evalueren is. De specificatie van het betrokken optimale ingrijpen rond deze incorporaties van inspanningen, fungeert binnen de betrokken comparatieve toetsing immers telkens als hét referentiepunt om te beslissen of de specialisatie doorgevoerd door dit concrete *sui generis* intellectuele recht wenselijk is of niet. Deze beoordeling baseert de betrokken comparatieve toetsing immers zoals aangegeven op de vaststelling of het concrete ingrijpen van het betrokken *sui generis* intellectueel recht, op het vlak van het verlenen van een investeringsbescherming, rond de incorporaties van inspanningen waarop het toepassing vindt, nauwer of minder nauw aansluit bij het relevante, theoretisch optimale ingrijpen rond deze soorten incorporaties van inspanningen door intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, dan het geval is voor het concrete ingrijpen van de overige beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht of voor het ontkennen van elke bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht.

Anderzijds, is het volgens ons echter ook haast onontbeerlijk om bij de uitvoering van de betrokken comparatieve toetsing te kunnen terugvallen op een *correcte* specificatie van het relevante, theoretisch optimale ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ of intellectuele rechten ten aanzien van

het soort incorporaties van inspanningen die gevat worden door de overige bescherming regelingen die opgenomen zijn binnen deze comparatieve toetsing. De specificaties van het betrokken optimale ingrijpen rond deze incorporaties van inspanningen, zijn volgens ons met name belangrijk met het oog op de betrouwbaarheid van de betrokken comparatieve toetsing. Bij de uitvoering van de betrokken comparatieve toetsing zal de interpretatieruimte rond de concrete bepalingen van de betrokken bescherming regelingen, immers geregeld aanleiding geven tot de volgende vraag: of het, ten aanzien van het soort incorporaties van inspanningen die onder het te evalueren *sui generis* intellectuele recht vallen, ook een optie is om de concrete bepalingen van één van de overige beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht zo te interpreteren dat daaruit een theoretisch gezien meer optimaal ingrijpen volgt ten aanzien van de betrokken soort incorporaties van inspanningen. Deze vraag is volgens ons dan enkel te beantwoorden door tegelijk het volgende na te gaan: of de betrokken interpretatiemogelijkheid deze overige beschermingsregeling dan al dan niet wegleidt van het theoretisch optimale ingrijpen rond de soort incorporaties van inspanningen waarop deze beschermingsregeling normaal gezien toepassing vindt. In die zin vraagt de hierboven beschreven comparatieve toetsing rond een bepaald *sui generis* intellectueel recht dus haast ook steeds om over een *correcte* specificatie te beschikken van het relevante, theoretisch optimale ingrijpen rond de soorten incorporaties van inspanningen die in de regel gevat worden door de overige bescherming regelingen die opgenomen zijn binnen deze comparatieve toetsing.

Een tweede vereiste voor ‘geschikte’ richtlijnen rond het relevante, theoretisch optimale ingrijpen is dan dat zij hun specificatie van het relevante theoretisch optimale ingrijpen bovendien ook passend moeten formuleren in het licht van de relevante parameters rond de afstelling van het betrokken ingrijpen. Bij deze parameters gaat het dan met name om parameters die bij een concrete toepassing van het archetypische ingrijpen van intellectuele rechten en het archetypische ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ in te vullen zijn om het betrokken ingrijpen af te stellen op het verlenen van een bepaalde mate van bescherming rond bepaalde resultaten van inspanningen. De invulling van deze parameters beheerst daarbij dan concreet de afstelling die, binnen het betrokken concrete ingrijpen van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’, gegeven wordt aan de typische componenten van gedragsvoorschriften. Bij deze typische componenten van een gedragsvoorschrift gaat het zoals aangegeven om het feitelijk toepassingsgebied, de voorgeschreven gedragingen, de personen tot wie het gedragsvoorschrift zich richt en veelal de opgelegde sancties. De invulling van de parameters om deze componenten af te stellen gebeurt daarbij dan met name op aanwijzing van de concrete bepalingen van de beschermingsregeling die uitgewerkt is om het betrokken ingrijpen in werking te stellen. De traditionele theorie rond ‘immateriële goederen’ neemt in die zin bijvoorbeeld aan dat dé parameter om het toepassingsgebied van concrete intellectuele rechten af te stellen, de kenmerken zijn die een bepaald soort ‘immateriële goed’ typeren. Daarbij wordt dan aangenomen dat bijvoorbeeld binnen het auteursrecht deze parameter rond de afbakening van het toepassingsgebied concreet ingevuld wordt door bepalingen die stellen dat het auteursrecht bescherming toekent rond ‘werken’ en met name dan door de kenmerken van ‘immateriële goederen’ waarvan aangenomen wordt dat zij een immaterieel goed doen kwalificeren als een ‘werk’.

Een ‘nuttige’ uitvoering van de hierboven beschreven comparatieve toetsing vraagt volgens ons dan met name dat de nodige richtlijnen daartoe rond het relevante, theoretisch optimale ingrijpen twee vereisten vervullen op het vlak van het formuleren van hun specificaties rond dit optimale ingrijpen.

Ten eerste moet, volgens ons, uit deze specificaties van het optimale ingrijpen van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ de concrete invulling af te leiden zijn van alle parameters die de afstelling van het betrokken concrete ingrijpen optimaal maken. Bij deze vereiste gaat het dus in wezen om een vereiste dat de betrokken specificaties van het optimale ingrijpen in twee opzichten voldoende gedetailleerd zijn. Enerzijds, moeten deze specificaties van het optimale ingrijpen rond concrete incorporaties van inspanningen voldoende gedetailleerd zijn in de zin dat ze ingaan op de invulling van alle parameters die relevant zijn opdat de afstelling van het betrokken concrete ingrijpen ook inderdaad optimaal zou zijn. Hierbij is op te merken dat de parameters die de richtlijnen rond het theoretisch optimale ingrijpen in hun specificaties als relevant aanduiden, binnen de hierboven beschreven comparatieve toetsing ook als de concrete referentiepunten of punten van vergelijking zullen fungeren om concrete beschermingsregelingen te beoordelen op het vlak van het nauwer of minder nauw aansluiten bij het theoretisch optimale ingrijpen. Uiteindelijk is het binnen de hierboven beschreven comparatieve toetsing dus ook noodzakelijk om, via de betrokken specificaties van het optimale ingrijpen en de daarin opgenomen parameters, het volgende te verwezenlijken: het creëren van een raamwerk van de relevante parameters – en dus referentiepunten of punten van vergelijking – om binnen deze toetsing concrete

beschermingsregelingen te kunnen beoordelen en te vergelijken op het vlak van het nauwer of minder nauw aansluiten bij het theoretisch optimale ingrijpen. Anderzijds, moeten de betrokken specificaties van het optimale ingrijpen rond concrete incorporaties van inspanningen ook voldoende gedetailleerd zijn in de zin dat ze voldoende precies zijn in hun omschrijving van de aangewezen invulling van alle relevante parameters die de afstelling van het betrokken ingrijpen optimaal maken. Deze omschrijving moet daarbij met name zo precies zijn dat deze op zich reeds toelaat om de invulling die diezelfde parameters krijgen door de gedragsvoorschriften van concrete intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond parasitaire mededinging, meteen te evalueren op het vlak van het nauwer of minder nauw aansluiten bij dit theoretisch optimale ingrijpen.

Ten tweede moeten deze specificaties van het optimale ingrijpen van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’, de concrete invulling van de parameters die de afstelling van het betrokken ingrijpen optimaal maken, definiëren in het licht van ‘neutrale’ grootheden. Dergelijke ‘neutrale’ grootheden verwijzen in dit verband dan met name naar grootheden die zinvol zijn zowel voor de afstelling van het ingrijpen van intellectuele rechten als voor de afstelling van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’. Deze vereiste is daarbij dan met name ingegeven door het feit dat de hierboven beschreven comparatieve toetsing vraagt om zowel het ingrijpen van concrete intellectuele rechten als het ingrijpen van het concrete recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ te vergelijken op het vlak van het nauwer of minder nauw aansluiten bij het theoretisch optimale ingrijpen rond concrete incorporaties van inspanningen. Het accuraat doorvoeren van deze vergelijking vraagt daarbij volgens ons dat het ook steeds mogelijk moet zijn om de invulling van de parameters die én binnen elk van de betrokken concrete beschermingsregelingen én binnen het betrokken theoretisch optimale ingrijpen de afstelling van het concrete ingrijpen beheersen, uit te zetten in het licht van dezelfde, gemeenschappelijk grootheden.

Richtlijnen rond het relevante theoretisch optimale ingrijpen moeten dus aan vele vereisten voldoen om ook ‘geschikt’ te zijn met het oog op een ‘nuttige’ uitvoering van de hierboven beschreven comparatieve toetsing om de wenselijkheid te beoordelen van de specialisatie door de sui generis intellectuele rond chips, computerprogramma’s en databanken. Samengevat moeten deze richtlijnen het betrokken optimale ingrijpen dus correct en passend kunnen specificeren in het licht van de invulling van alle relevante parameters die de afstelling van het betrokken concrete ingrijpen optimaal maken ten aanzien van concrete soorten incorporaties van inspanningen.

Het blijkt nu echter allerminst vanzelfsprekend te zijn om, met het oog op een ‘nuttige’ uitvoering van de hierboven beschreven comparatieve toetsing, ook telkens in de zonet vermelde zin ‘geschikte’ richtlijnen vast te stellen rond het theoretisch, optimale ingrijpen rond concrete soorten incorporaties van inspanningen. Dit geldt zowel wat de vaststelling betreft van de optimale ‘inhoud’, als wat de vaststelling betreft van de optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften van intellectuele rechten of het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’.

Het blijkt de rechtstheoretische analyse immers zwaar te vallen om gedetailleerde richtlijnen te formuleren rond de optimale mate van ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften. Binnen de rechtstheoretische analyse is het, zoals aangegeven, duidelijk dat een optimale mate van ‘precisering’ en een optimale mate van ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften aan de volgende algemene richtlijn moeten voldoen: de mate van ‘precisering’ en de mate van ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften moeten een bijdrage leveren tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen die maximaal de inspanningen overstijgt om de betrokken regelgevende bepalingen toepassing te laten vinden⁵⁵⁶. De rechtstheoretische analyse geeft daarbij echter zelf aan dat ze niet in staat is om vanuit deze algemene richtlijn ook gedetailleerde richtlijnen te formuleren, die als leidraad kunnen dienen, om in concrete gevallen steeds de optimale mate van ‘precisering’ en ‘differentiatie’ vast te stellen in de formulering van concrete, inhoudelijk passende gedragsvoorschriften⁵⁵⁷. De verklaring hiervoor is volgens

⁵⁵⁶ In dit verband baseren we ons op: R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, Oregon Law Review 2000, p. 31; I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, Journal of Legal Studies 1974, p. 272 en L. KAPLOW, “A Model of the Optimal Complexity of Legal Rules”, The Journal of Law, Economics, & Organization 1995, p.150-151 en p. 161.

⁵⁵⁷ Met betrekking tot de precisering van gedragsvoorschriften, zie bijvoorbeeld: KOROBKIN, die uitdrukkelijk schrijft: “*Economic analysis does not lead inexorably to a simple rule, or even a complex set of rules, that can*

ons in wezen dat het vaststellen van dergelijke gedetailleerde richtlijnen ook vraagt om een onnoemelijk groot aantal variabelen in te calculeren rond de impact van het hanteren van een bepaalde mate van ‘precisering’ en ‘differentiatie’ bij het formuleren van concrete gedragsvoorschriften.

Daarnaast geeft de rechtsleer ook aan dat het niet voor de hand ligt om gedetailleerde richtlijnen te formuleren rond de optimale ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. Binnen de rechtsleer is vrij algemeen aanvaard dat een optimale inhoud van gedragsvoorschriften van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ aan de volgende algemene richtlijn moet voldoen: de ‘inhoud’ van de betrokken gedragsvoorschriften moet een coördinatie van gedragingen tweebrengen die zo conform mogelijk is aan de utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen die de rechtvaardiging vormen voor het betrokken ingrijpen. Ook in dit verband heeft de rechtsleer er echter reeds op gewezen dat het allerminst voor de hand ligt om gedetailleerde richtlijnen te formuleren, die steeds als leidraad kunnen dienen, om, met het oog op een eventuele toepassing ten aanzien van concrete soorten incorporaties van inspanningen, de optimale ‘inhoud’ te bepalen van gedragsvoorschriften van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’⁵⁵⁸. De verklaring hiervoor is volgens ons opnieuw dat dergelijke richtlijnen vragen om een onnoemelijk groot aantal variabelen in te calculeren. Een belangrijke factor hierbij is volgens ons dan met name dat dergelijke gedetailleerde richtlijnen in beginsel immers moeten incalculeren hoe het betrokken ingrijpen, doorheen onderscheiden feitelijke omstandigheden, zal bijdragen tot het bereiken van elke mogelijke specifieke doelstelling, die te verdedigen is op grond van utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen. Zo zouden dergelijke richtlijnen in beginsel telkens rekening moeten houden met de bijdrage die het betrokken ingrijpen in de betrokken omstandigheden levert tot bijvoorbeeld elk van de volgende meer specifieke doelstellingen: personen aanzetten om te investeren in de productie van bepaalde incorporaties van inspanningen, verhinderen dat onderscheiden personen tweemaal de inspanningen leveren om tot een zelfde resultaat van inspanningen te komen, de organisatie optimaliseren van de distributie van geproduceerde incorporaties van

guide lawmakers faced with a choice between legal forms. Instead, insights derived from economic analysis at best can form the basis for a multi-factored standard for choosing a form, in which the relevant considerations are specified but their relative weights are left for case-by-case balancing”. R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 42 Met betrekking tot de differentiatie van gedragsvoorschriften, zie bijvoorbeeld: de uiterst voorzichtige en partiële conclusies bij L. KAPLOW, “A Model of the Optimal Complexity of Legal Rules”, *The Journal of Law, Economics, & Organization* 1995, p. 163.

⁵⁵⁸ Zo schrijft bijvoorbeeld STERK: “...*labor/desert, personality, and political liberty theories, all of which provide justifications for the institution of property, but not for any particular rules*”. S. STERK, “Intellectualizing Property: The tenuous Connections between Land and Copyright”, *Washington University Law Quarterly* 2005, p. 425; Zie uitgebreid met betrekking tot de moeilijkheden om, op grond van de “desert for labour”-theorie en de voorwaarde dat nog ‘genoeg van dezelfde waarde’ behoort over te blijven voor andere individuen, ook eenduidige richtlijnen af te leiden op het niveau van de concrete rechtsregels: W. FISHER, “Theories of Intellectual Property” in S. MUNZER (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p.184 e.v.; R. HILTY, “The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces” in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p.23-24; Ook met betrekking tot de utilitaristische en economische rechtvaardigingen voor het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging, komen verschillende auteurs tot de vaststelling dat zij, ook wanneer zij gepreciseerd worden binnen de economische analyse, niet toelaten om tot een prescriptieve theorie of een prescriptief model te komen dat, vrij van enige betwisting, toelaat om, op het niveau van de concrete rechtsregels, steeds het meest aangewezen ingrijpen aan te duiden in het licht van de gegeven concrete omstandigheden. Zie in dit verband bijvoorbeeld: W. FISHER, “Theories of Intellectual Property” in S. MUNZER (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p.180-184 en p. 194 e.v.; Zie verder ook: E. KITCH, “Elementary and Persistent Errors in the Economic Analysis of Intellectual Property”, *Vanderbilt Law Review* 2000, p.1727 e.v.; LEMLEY, die stelt: “*Economic theory does not, however, give us a very clear answer to the question ‘how much control is optimal?’*” M. LEMLEY, “Property, Intellectual Property, and Free Riding”, *Texas Law Review* 2005, respectievelijke p. 1065.

inspanningen, het afdwingen van respect voor het recht op de vrucht van de eigen arbeid, het afdwingen van respect voor de eigen persoonlijkheid, het afdwingen van respect op het recht tot zelfontplooiing, enz.⁵⁵⁹.

Ten slotte, is ook op te merken dat de vaststelling van ‘geschikte’ richtlijnen rond het theoretisch optimale ingrijpen al evenmin bevorderd wordt door de traditionele analyse dat er doorheen het ingrijpen van de intellectuele rechten en van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ als het ware een breuklijn loopt op het vlak van de ‘realiteit’ waarop beide vormen van ingrijpen betrekking hebben. Het gaat daarbij zoals aangegeven om de analyse dat er een onderscheid te maken is tussen het ingrijpen van de intellectuele rechten, enerzijds, en het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, anderzijds, naargelang dit ingrijpen enkel betrekking heeft op de realiteit van zintuiglijk waarneembare objecten of handelingen dan wel ook op de autonome geestelijke realiteit van ‘immateriële goederen’. Deze analyse rond het bestaan van een dergelijk breuklijn bemoeilijkt het formuleren van ‘geschikte’ richtlijnen rond het theoretisch optimale ingrijpen dan met name op de volgende manier: het wordt moeilijker om de concrete invulling van de parameters die tot het theoretisch optimale ingrijpen voeren, te formuleren in ‘neutrale’ grootheden die, met het oog op het uitvoeren van de comparatieve toetsing, zinvol zijn zowel voor de afstelling van het ingrijpen van concrete intellectuele rechten als voor de afstelling van het concrete recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’.

De zonet aangehaalde moeilijkheden om, met het oog op een ‘nuttige’ uitvoering van de hierboven beschreven comparatieve toetsing, ook ‘geschikte’ richtlijnen vast te stellen rond het theoretisch, optimale ingrijpen zijn daarbij dus niet te onderschatten. In zoverre deze moeilijkheden niet opgelost of minstens ontijdend worden zet dit de haalbaarheid op de helling van deze ‘comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen’. Zonder ‘geschikte’ aanwijzingen rond het referentiepunt van het theoretisch optimale ingrijpen kan deze toetsing niet tot een voldoende correcte en definitieve beoordeling leiden van de wenselijkheid van de specialisatie, doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken.

⁵⁵⁹ Zie: W. FISHER, "Theories of Intellectual Property" in S. MUNZER (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 189-190; J. WALDRON, "The Right to Private Property", *The Journal of Philosophy* 1991, p. 155-159.

C. De perspectieven van een comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen

De uitvoering van de hierboven beschreven ‘comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen’, als middel om de specialisatie te evalueren doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, ligt, zoals zonet aangegeven, dus niet voor de hand. Toch opteren wij voor deze comparatieve toetsing als leidraad om binnen het opzet van ons onderzoek de wenselijkheid te beoordelen van de specialisatie doorgevoerd door deze *sui generis* intellectuele rechten. De reden hiervoor is in wezen dat wij menen dat de moeilijkheden rond een ‘nuttige’ uitvoering van deze toetsing, binnen het specifieke opzet van onderzoek, uiteindelijk niet onoverkomelijk zijn.

In dit onderdeel geven we nu aan via welke aanpak het volgens ons mogelijk is om de moeilijkheden rond een ‘nuttige’ uitvoering van de hierboven beschreven ‘comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen’ passend te ontminnen binnen het specifieke opzet van ons onderzoek. Dit betekent met andere woorden dus dat we aangeven welke benadering volgens ons toelaat om uiteindelijk tot de nodige ‘geschikte’ richtlijnen te komen rond het relevante, theoretisch optimale ingrijpen om, binnen het specifieke opzet van ons onderzoek, een ‘nuttige’ uitvoering mogelijk te maken van deze comparatieve toetsing.

De aanpak die wij in dit verband hanteren kunnen we met name omschrijven als een doorgedreven analyse rond de relevante ‘systematiek’ van het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ in het licht van de specifieke focus van ons onderzoek. Een dergelijk ‘systematiek’ verwijst hierbij dan met name naar een leer, die aangeeft op welke manier het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, af te stellen is in het licht van onderscheiden constellaties van *feitelijke omstandigheden*, om daarin optimaal de *doelstellingen* te realiseren, die het betrokken ingrijpen behoort te bereiken. In de volgende onderdelen lichten we deze benadering verder toe. Eerst (C.1.) geven we daarbij met name aan hoe een doorgedreven analyse rond de ‘systematiek’ van het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ concreet kan bijdragen tot de vaststelling van de nodige ‘geschikte’ richtlijnen rond het relevante theoretisch optimale ingrijpen rond concrete incorporaties van inspanningen. Daarna (C.2.) geven we ook aan hoe de specifieke focus van ons onderzoek elementen van houvast aanlevert om de ‘systematiek’ te kunnen vaststellen van het, minstens vanuit deze specifieke focus, optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. Tot slot (C.3.) geven we dan ook een korte synthese van de perspectieven om via deze aanpak, binnen het opzet van ons onderzoek, de moeilijkheden te overwinnen rond een ‘nuttige’ uitvoering van de hierboven beschreven ‘comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen’.

C.1. Analyse rond de systematiek van het optimale ingrijpen

Een eerste aspect van onze aanpak om, binnen het opzet van ons onderzoek, tot een nuttige uitvoering te komen van de hierboven beschreven ‘comparatieve toetsing’ is dus, zoals aangegeven, het uitvoeren van een doorgedreven analyse rond de ‘systematiek’ van het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. Bij een dergelijke ‘systematiek’ gaat het dan, zoals aangegeven, met name om een leer, die aangeeft op welke manier het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, af te stellen is in het licht van onderscheiden constellaties van *feitelijke omstandigheden*, om daarin optimaal de *doelstellingen* te realiseren, die het betrokken ingrijpen behoort te bereiken⁵⁶⁰. Hierboven gingen we in dit verband reeds in op de systematiek rond ‘verdienste versus beperking’ als de dominante analyse rond de ‘systematiek’ van het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. Hierbij is op te merken dat een dergelijke ‘systematiek’ van het optimale ingrijpen van de intellectuele rechten en het recht inzake

⁵⁶⁰ Hierbij is op te merken dat deze analyse rond de ‘systematiek’ van het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, aansluit bij de functionele benadering die ons onderzoek kenmerkt. Deze functionele benadering analyseert rechtsregels zoals aangegeven als een *middel* om bepaalde *doelstellingen* te bereiken in het licht van bepaalde *feitelijke omstandigheden*.

oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ in beginsel uitgaat van een bepaalde verklaring of theorie rond de ‘mechaniek’ van het ingrijpen van intellectuele rechten en de ‘mechaniek’ van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. Bij deze verklaring of theorie rond de ‘mechaniek’ van het betrokken ingrijpen gaat het dan met name om analyses rond de wijze, waarop de concrete bepalingen van intellectuele rechten of van het recht inzake oneerlijke mededinging hun coördinatie van gedragingen in werking stellen en afstellen. Het dominante ‘denkkader’ rond ‘verdienste versus beperking’ gaat in die zin bijvoorbeeld uit van een theorie rond ‘immateriële goederen’ die aanneemt dat de concrete bepalingen van een intellectuele recht ‘immateriële goederen’ als leidraad nemen bij het afstellen en in werking stellen van de coördinatie van gedragingen op grond van dit intellectuele recht.

Het achterliggende idee nu bij deze analyse rond de ‘systematiek’ van het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ is dat deze analyse een beter inzicht geeft rond de onderscheiden factoren waarmee rekening te houden is bij de vaststelling van ‘geschikte’ richtlijnen rond het relevante theoretisch optimale ingrijpen.

De deelanalyse rond de ‘mechaniek’ van het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ moet daarbij dan met name een beter inzicht bieden rond de volgende factor: de aanwendingsmogelijkheden van het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. Deze analyse rond de ‘mechaniek’ zal immers een beter inzicht bieden rond de parameters die intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ hanteren om hun ingrijpen af te stellen. Dit inzicht moet dan met name helpen om ‘geschikte’ richtlijnen te formuleren met het oog op een ‘nuttige’ uitvoering van de hierboven beschreven comparatieve toetsing. Dergelijke ‘geschikte’ richtlijnen dienen hun specificaties van dit optimale ingrijpen rond concrete soorten incorporaties van inspanningen immers, zoals aangegeven passend te formuleren in het licht van alle relevante parameters rond de afstelling van het betrokken ingrijpen. De aangeduide relevante parameters bij de afstelling van het betrokken optimale ingrijpen, gaan daarbij dan, zoals aangegeven, ook als de concrete punten van vergelijking fungeren binnen de hierboven beschreven comparatieve toetsing om beschermingsregelingen te vergelijken op het vlak van het nauwer of minder nauw aansluiten bij het theoretisch optimale ingrijpen. In die zin geldt dus dat de analyse rond de ‘mechaniek’ van het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ concreet bijdraagt tot het volgende: het vastleggen van het raamwerk van de relevante parameters – en dus punten van vergelijking – om binnen deze comparatieve toetsing concrete beschermingsregelingen te kunnen beoordelen en te vergelijken op het vlak van het nauwer of minder nauw aansluiten bij het theoretisch optimale ingrijpen.

De overkoepelende analyse rond de ‘systematiek’ van het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, moet dan het nodige inzicht bieden in de interactie tussen de factoren die het theoretisch optimale ingrijpen beïnvloeden om ook ‘geschikte’ richtlijnen te kunnen formuleren rond dit optimale ingrijpen. De analyse rond een dergelijke ‘systematiek’ deelt deze factoren hierbij dan, zoals aangegeven, concreet in de volgende categorieën: de ‘feitelijke omstandigheden’ van het ingrijpen, het door het ingrijpen gehanteerde ‘middel’ en het door het ingrijpen nagestreefde ‘doel’⁵⁶¹. De inzichten rond de betrokken ‘systematiek’ van het optimale ingrijpen moeten dan uiteindelijk het volgende toelaten: de invulling vaststellen die de relevante parameters rond het afstellen van het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ moeten krijgen, opdat dit ingrijpen in de concrete *feitelijke omstandigheden* rond concrete incorporaties van inspanningen theoretisch optimaal zou zijn met het oog op het bereiken van bepaalde *doelstelling*. Met het oog op een ‘nuttige’ uitvoering van de hierboven beschreven comparatieve toetsing, moet deze analyse rond de ‘systematiek’ dus als de overkoepelende analyse fungeren van waaruit, de nodige ‘geschikte’ richtlijnen af te leiden zijn om het referentiepunt vast te stellen van het relevante, theoretisch optimale ingrijpen rond concrete soorten incorporaties van inspanningen.

⁵⁶¹ Het wezen van een dergelijke systematiek is immers zoals aangegeven dat deze, vanuit haar analyse van de ‘mechaniek’ van het betrokken ingrijpen aangeeft op welke manier het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, af te stellen is in het licht van onderscheiden constellaties van *feitelijke omstandigheden*, om daarin optimaal de *doelstellingen* te realiseren, die het betrokken ingrijpen behoort te bereiken.

Samengevat verwachten we van de analyse rond de ‘systematiek’ en de daaraan verbonden deanalyse rond de ‘mechaniek’, dus met name de volgende bijdragen tot een ‘nuttige’ uitvoering van de hierboven beschreven comparatieve toetsing. De analyse rond de ‘mechaniek’ van het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ moet de relevante parameters aanduiden rond de afstelling van dit ingrijpen, die vorm geven aan het raamwerk van de relevante punten van vergelijking binnen de betrokken comparatieve toetsing. De analyse rond de ‘systematiek’ van het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ moet aangeven welke invulling de betrokken relevante parameters rond de afstelling van dit ingrijpen, behoren te krijgen binnen het referentiepunt van het theoretisch optimale ingrijpen rond concrete incorporaties van inspanningen.

Ook bij een doorgedreven analyse in dit verband is het echter niet eenvoudig om ook daadwerkelijk de ‘systematiek’ vast te stellen van het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. Het ‘systematiseren’ van de factoren die een rol spelen bij de vraag of sprake is van een optimaal ingrijpen van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ rond concrete incorporaties van inspanningen, neemt immers niet weg dat bij deze vraag nog steeds vele variabelen in te calculeren zijn. Bovendien stellen we ook vast dat er binnen de rechtsleer discussie bestaat zowel rond de verklaringen van de ‘mechaniek’ van het ingrijpen van intellectuele rechten en de ‘mechaniek’ van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ als, meer algemeen, rond wat de aangewezen ‘systematiek’ is van het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. Deze moeilijkheden rond de vaststelling van de ‘systematiek’ van het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ proberen we dan zoveel mogelijk te ontmijnen door het tweede aspect van onze aanpak om, binnen het opzet van ons onderzoek, tot een ‘nuttige’ uitvoering te komen van de hierboven beschreven ‘comparatieve toetsing’. Hoe dit in zijn werk gaat beschrijven we in het volgende onderdeel.

C.2. Analyse vanuit de focus van het onderzoek

Een tweede aspect van onze aanpak om, binnen het opzet van ons onderzoek, tot een nuttige uitvoering te komen van de hierboven beschreven ‘comparatieve toetsing’ bestaat er dan zoals aangegeven met name in dat we ons concentreren op de vaststelling van de relevante ‘systematiek’ van het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ in het licht van de specifieke focus van onderzoek.

Het idee achter dit tweede aspect van onze aanpak is dan het volgende: in zoverre we binnen ons onderzoek de wenselijkheid van de specialisatie door concrete *sui generis* intellectuele rechten willen beoordelen vanuit een welbepaalde focus, is het niet ongeldig maar wel eenvoudiger om bij de concrete toetsing in dit verband af te stemmen op het referentiepunt van het theoretisch optimale ingrijpen vanuit die focus. In het geval van de hierboven beschreven comparatieve toetsing is dit dan met name eenvoudiger omdat het eenvoudiger is om, in het licht van een specifieke focus, de voor die focus relevante ‘systematiek’ vast te stellen van het optimale ingrijpen van de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. De gehanteerde focus kan er immers voor zorgen dat reeds vele relevante elementen komen vast te liggen rond de bepaling van het theoretisch optimale ingrijpen van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ rond concrete incorporaties van inspanningen. Ten eerste kan de gehanteerde focus er met name voor zorgen dat er minder variabelen in te calculeren zijn bij de vaststelling van het betrokken theoretisch optimale ingrijpen. Dit zal met name het geval zijn indien uit de gehanteerde focus meer precieze aanwijzingen volgen rond de specifieke *doelstellingen* die het optimale ingrijpen behoort na te streven en rond de *feitelijke omstandigheden* die relevant zijn bij het nastreven van deze doelstelling. Ten tweede kunnen uit de gehanteerde focus dan ook reeds aanwijzingen volgen rond de concrete aanwending van het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ die eventueel in aanmerking komen als een theoretisch optimaal ingrijpen.

Concreet menen wij dat in dit verband vooral twee elementen van de specifieke focus van ons onderzoek, kunnen bijdragen tot de vaststelling van de ‘systematiek’ van het, vanuit deze focus, optimale ingrijpen van de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. Het eerste element (C.2.1.) is

dan met name dat wij, zoals aangegeven, de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ in hoofdzaak analyseren als een middel om, conform utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, in een specifieke soort investeringsbescherming te voorzien met betrekking tot bepaalde incorporaties van inspanningen. Het tweede element (C.2.2.) is dat wij er, zoals aangegeven, voor opteren om het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ en intellectuele rechten consequent te beschrijven en te ontleden in het licht van grootheden die relevant zijn voor beide vormen van ingrijpen. In wat volgt geven we nu aan hoe de zonet vermelde elementen van de specifieke focus van ons onderzoek, volgens ons, bijdragen tot de vaststelling van de relevante ‘systematiek’ van het optimale ingrijpen van de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’.

C.2.1. Focus op het verlenen van een specifieke soort investeringsbescherming

Binnen ons onderzoek opteren we er zoals aangegeven voor om de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ in hoofdzaak te analyseren als een middel om, conform utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, in een specifieke soort investeringsbescherming te voorzien met betrekking tot bepaalde incorporaties van inspanningen. De specifieke soort investeringsbescherming die hierbij aan de orde is menen we, zoals besproken, als volgt te kunnen typeren: een regelgevend ingrijpen om er voor te zorgen, dat individuen, die de inspanningen deden om incorporaties van inspanningen te vervaardigen, op het vlak van hun mogelijkheden om deze inspanningen te recupereren door de opbrengst uit ruiltransacties rond deze incorporaties van inspanningen, niet de invloed zouden ondervinden van handelingen van ander individuen ten aanzien van deze incorporaties van inspanningen of bepaalde daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties, indien deze handelingen in het licht van deze invloed op bezwaren zouden stuiten vanuit utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen.

Deze focus op de betrokken specifieke soort investeringsbescherming, zorgt er volgens ons dan voor dat reeds vele relevante elementen komen vast te liggen met het oog op de vaststelling van de, vanuit deze focus, relevante ‘systematiek’ rond het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. Om welke elementen het hierbij concreet gaat bespreken we, nu, in het licht van de categorieën factoren die een dergelijke ‘systematiek’ in overweging neemt om richtlijnen te formuleren rond het optimale ingrijpen. Het gaat daarbij dus met name om de ‘feitelijke omstandigheden’ van het ingrijpen, het door het ingrijpen gehanteerde ‘middel’ en het door het ingrijpen nagestreefde ‘doel’.

In de eerste plaats maakt deze focus volgens ons dat reeds vele elementen vastliggen rond de constellaties van *feitelijke omstandigheden*, waarin gewoonlijk de vraag zal voorliggen naar het optimaal zijn van het ingrijpen van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. Onze focus op het verschaffen van de specifieke soort investeringsbescherming, die de rode draad vormt doorheen de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, maakt, volgens ons, dat hierbij typisch de volgende constellatie van feitelijke omstandigheden aan de orde is: een constellatie van feitelijke omstandigheden, waarin individuen inspanningen leverden om tot incorporaties van hun inspanningen te komen, en waarbij deze individuen, op het vlak van hun mogelijkheden om deze inspanningen te recupereren door de opbrengst uit ruiltransacties rond de betrokken incorporaties van inspanningen, geconfronteerd worden met de invloed van handelingen van ander individuen ten aanzien van deze incorporaties van inspanningen of ten aanzien van daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties.

In de tweede plaats, menen we dat onze focus op de betrokken specifieke soort investeringsbescherming, ook reeds vele elementen vastlegt rond de toepassingen van het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, die, vanuit deze focus, eventueel in aanmerking komen als een optimaal ingrijpen. We hebben immers reeds vastgesteld dat intellectuele rechten en het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ de betrokken investeringsbescherming in wezen steeds op dezelfde manier implementeren via hun archetypische ingrijpen. Daartoe gaan zij, in aansluiting bij hun respectievelijke archetypische ingrijpen, met name telkens over tot het volgende: personen verbieden om, in het licht van gespecificeerde feitelijke omstandigheden, bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen te stellen ten aanzien van bepaalde incorporaties van de inspanningen van een andere

persoon en ten aanzien van bepaalde ander, daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties. Wat nu de aanwending betreft van het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, die optimaal is vanuit de focus op het verlenen van de betrokken specifieke soort investeringsbescherming, menen we dan ook, in beginsel, het volgende te mogen aannemen: dat het hierbij zal gaan om één van de mogelijke invullingen van de parameters van het archetypische ingrijpen van intellectuele rechten of van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ om in het licht van bepaalde feitelijke omstandigheden, bepaalde personen, bepaalde soorten handelingen te verbieden ten aanzien van bepaalde incorporaties van inspanningen en bepaalde, daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties.

Ten slotte, menen we dat onze focus op het verschaffen van de betrokken specifieke soort investeringsbescherming ook reeds vele elementen vastlegt rond de *doelstelling*, die het ingrijpen van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, in het licht van deze focus moet bereiken, om in aanmerking te komen als een optimaal ingrijpen. Deze focus maakt dan met name duidelijk dat het betrokken optimale ingrijpen de volgende doelstelling moet zien te bereiken: zo conform mogelijk met utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, in de specifieke soort investeringsbescherming voorzien, die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. De concretisering die, binnen het opzet van ons onderzoek, mogelijk of aan de orde is rond de door het betrokken optimale ingrijpen te bereiken doelstelling, gaat dan echter al snel verder. Ten eerste, menen wij immers te mogen aannemen dat de zonet vermelde doelstelling rond het verlenen van de betrokken specifieke soort investeringsbescherming in deze context verder geconcretiseerd kan worden tot het bereiken van deze doelstelling aan de hand van het zonet vermelde, archetypische *middel* daartoe. Ten tweede, dienen we er dan rekening mee te houden dat het, binnen het opzet van ons onderzoek, wezenlijk is dat het betrokken optimale ingrijpen tegelijk ook een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ realiseert van gedragsvoorschriften die gericht zijn op het verlenen van de betrokken specifieke soort investeringsbescherming. Samengevat is binnen de context van ons onderzoek, volgens ons, dan uiteindelijk de volgende concretisering mogelijk van de door het optimale ingrijpen van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ te bereiken doelstelling: met zo weinig mogelijk ‘juridische inspanningen’, personen die soorten zintuiglijk waarneembare handelingen verbieden ten aanzien van bepaalde incorporaties van inspanningen en bepaalde daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties, die, omwille van hun invloed op de mogelijkheden om de investeringen te recupereren rond de betrokken incorporaties van inspanningen, op bezwaren stuiten vanuit utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen.

We kunnen dus besluiten dat onze focus op het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht, reeds veel vastlegt rond de ‘feitelijke omstandigheden’ van het optimale ingrijpen, het door het optimale ingrijpen gehanteerde ‘middel’ en het door het optimale ingrijpen nagestreefde ‘doel’. In die zin vormt deze specifieke focus, volgens ons, dus een belangrijk element van houvast om, binnen het opzet van ons onderzoek, de relevante ‘systematiek’ vast te stellen van het optimale ingrijpen van de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’.

C.2.2. Analyse van het ingrijpen in het licht van gemeenschappelijke grootheden

Binnen ons onderzoek opteren we er, zoals aangegeven, ook voor om het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ en intellectuele rechten consequent te beschrijven en te ontleden in het licht van grootheden die relevant zijn voor beide vormen van ingrijpen. In combinatie met de object- en handelingsgebonden focus van ons onderzoek, hebben we er om die reden voor geopteerd om het ingrijpen van de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht ten aanzien van ‘objecten’ en ‘handelingen’ consequent te analyseren in het licht van de volgende grootheden: ‘zintuiglijk waarneembare manifestaties’, ‘aan de mens interne bewustzijnsfenomenen’, ‘het resultaat van inspanningen’ en ‘incorporaties van inspanningen’. Deze benadering steunt daarbij zoals aangegeven op de analyse dat, zowel het ingrijpen van de intellectuele rechten als van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, zich geldig laten verklaren binnen

éénzelfde realiteit, die zowel ‘zintuiglijk waarneembare manifestaties’ omvat als ‘aan de mens interne bewustzijnsfenomenen’.

In eerste instantie, geldt dan dat deze ontleding van het betrokken ingrijpen in het licht van gemeenschappelijke grootheden, er toe bijdraagt om een belangrijk vereiste te vervullen rond ‘geschikte’ richtlijnen met het oog op een ‘nuttige’ uitvoering van de hierboven beschreven comparatieve toetsing. Het gaat hierbij dan met name om het vereiste dat deze richtlijnen de concrete invulling van de parameters, die de afstelling van het betrokken ingrijpen optimaal maken, als volgt dienen te definiëren: in het licht van ‘neutrale’ grootheden, die zinvol zijn zowel voor de afstelling van het ingrijpen van intellectuele rechten als voor de afstelling van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’. Dit vereiste moet daarbij, zoals aangegeven, verzekeren dat zowel het ingrijpen van concrete intellectuele rechten als het ingrijpen van het concrete recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’, zich binnen de betrokken comparatieve toetsing voldoende accuraat laten vergelijken op het vlak van het nauwer of minder nauw aansluiten bij het theoretisch optimale ingrijpen rond concrete incorporaties van inspanningen. Onze ontleding van het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging in het licht van gemeenschappelijke grootheden, toont in dit verband dan met name aan welke, dergelijke ‘neutrale’ grootheden zich aanbieden bij het formuleren van richtlijnen rond het betrokken theoretisch optimale ingrijpen.

Belangrijker hier, is echter dat de zonet aangehaalde ontleding van het ingrijpen in het licht van gemeenschappelijke grootheden, volgens ons, ook meer inzicht toelaat in de interactie tussen de factoren die de voor ons onderzoek relevante ‘systematiek’ rond het optimale ingrijpen in overweging dient te nemen om het theoretisch optimale ingrijpen vast te stellen. In het verlengde van onze ontleding van het betrokken ingrijpen is naar onze mening immers duidelijk dat alle factoren die de relevante ‘systematiek’ rond het optimale ingrijpen in overweging neemt, zich uiteindelijk in belangrijke mate laten ontleden in het licht van éénzelfde, gemeenschappelijke grootheid: de kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties. Dit geldt naar onze mening immers zowel voor de ‘feitelijke omstandigheden’ van het optimale ingrijpen, als voor het door het optimale ingrijpen nagestreefde ‘doel’, als voor het door het optimale ingrijpen gehanteerde ‘middel’.

De constellaties van *feitelijke omstandigheden*, waarin de vraag voorligt naar het optimale ingrijpen van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, laten zich volgens ons immers in belangrijke mate ontleden in het licht van de kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties. Deze constellaties van feitelijke omstandigheden zijn immers steeds bepaald door de betrokkenheid van bepaalde personen, zintuiglijk waarneembare objecten en zintuiglijk waarneembare handelingen. In die zin laten deze constellaties van feitelijke omstandigheden zich dan ook typeren en ontleden in het licht van de kenmerken van de betrokken personen, de betrokken zintuiglijk waarneembare objecten en de betrokken zintuiglijk waarneembare handelingen. Dit impliceert, volgens ons, dus ook dat de betrokken constellaties van feitelijke omstandigheden zich in belangrijke mate laten typeren in het licht van de inherente⁵⁶² of contextgebonden kenmerken⁵⁶³ van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties⁵⁶⁴.

Daarnaast geldt volgens ons dat ook de *doelstelling* van het optimale ingrijpen van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, die centraal staat binnen ons onderzoek, zich in belangrijke mate laat ontleden in het licht van de kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties. Dit geldt met name voor de doelstelling om rond incorporaties van inspanningen, zo conform mogelijk met utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, in de specifieke soort

⁵⁶² Onder inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties verstaan wij zintuiglijk waarneembare kenmerken, die eigen zijn aan zintuiglijk waarneembare manifestaties, onafhankelijk van de context waarin deze zintuiglijk waarneembare manifestaties zich bevinden.

⁵⁶³ Onder contextgebonden zintuiglijk waarneembare kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties verstaan wij zintuiglijk waarneembare kenmerken, die deze manifestaties er op nahouden, in het licht van de specifieke context van hun totstandkoming of hun aanwending, zonder daartegen, onafhankelijk van deze specifieke context, eigen te zijn aan deze zintuiglijk waarneembare manifestaties.

⁵⁶⁴ In dit verband herinneren we er aan dat de ‘zintuiglijk waarneembare manifestatie’ die wij hanteren, voor ons zowel kan verwijzen naar objecten als naar handelingen, ongeacht of zij kort of lang bestaan, die zintuiglijk waarneembaar zijn.

investeringsbescherming te voorzien die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht⁵⁶⁵. In dit verband is er volgens ons dan met name rekening mee te houden dat het bereiken van deze doelstelling, zoals aangegeven, in wezen vraagt dat bepaalde personen er van weerhouden worden om, in het licht van bepaalde soorten feitelijke omstandigheden, bepaalde soorten handelingen te stellen ten aanzien van bepaalde incorporaties van inspanningen en bepaalde daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties. De soorten handelingen die hierbij aan de orde zijn evenals de betrokken feitelijke omstandigheden, incorporaties van inspanningen en daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties, laten zich daarbij dan telkens in belangrijke mate typeren in het licht van de inherente of contextgebonden kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties. Dit is zeker het geval in zoverre zij relevant zijn in het licht van de object- en handelingsgebonden focus van ons onderzoek.

Ten slotte, menen wij dat ook het door het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging gehanteerde ‘*middel*’ om de doelstelling te bereiken die binnen ons onderzoek centraal staat, zich in belangrijke mate laat typeren en ontleden in het licht van de kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties. Vanuit de gebruikelijke analyse dat de autonome geestelijke realiteit van ‘immateriële goederen’ de leidraad vormt voor het ingrijpen van intellectuele rechten ingrijpen, kan deze stelling op het eerste gezicht misschien op enig verzet stoten. Verschillende auteurs gaven echter reeds terecht aan dat het ingrijpen van intellectuele rechten met het oog op regelen van de verhouding tussen personen, zinloos zou zijn, indien dit personen enkel rechten zou verlenen ten aanzien van ‘geestelijke realiteiten’ of ‘bewustzijnsfenomenen’⁵⁶⁶. Mensen zijn nu eenmaal noodzakelijk aangewezen zijn op zintuiglijk waarneembare manifestaties om kennis te verkrijgen rond hun onderlinge verhoudingen en om hun onderlinge verhoudingen ook geregeld te weten⁵⁶⁷. Zelfs in de eigenlijke theorie rond ‘immateriële goederen’ neemt het gegeven dat het ‘immaterieel goed’, het eigenlijke ‘object’ uitmaakt van de intellectuele rechten nog niet weg dat intellectuele rechten daarbij aangenomen worden uiteindelijk ook het volgende doen: de rechthebbende, ten aanzien van die zintuiglijk waarneembare manifestaties die op te vatten zijn als belichamingen van dit ‘immateriële goed’, bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare handelingen voorbehouden die, door hun inwerking ten aanzien van deze incorporaties van het ‘immateriële goed’, ook raken aan dit ‘immateriële goed’⁵⁶⁸. Doorheen de onderscheiden categorieën intellectuele rechten stellen we, bovendien, ook vast dat zij het toekennen van hun bescherming, steeds afhankelijk maken van het voorliggen van een concrete, zintuiglijk waarneembare incorporatie van inspanningen⁵⁶⁹. Een bescherming op grond van het octrooirecht bijvoorbeeld vereist steeds dat een geschreven octrooi-conclusie voorligt. Deze octrooi-conclusie beschrijft het resultaat van intellectuele arbeid, dat het toekennen van een octrooi-rechtelijke bescherming moet motiveren, en is in die zin dus ook op te vatten als een concrete, zintuiglijk waarneembare incorporatie van het betrokken resultaat van intellectuele arbeid⁵⁷⁰. Binnen het auteursrecht bijvoorbeeld is algemeen aanvaard dat dit intellectuele recht pas kan overgaan tot het toekennen

⁵⁶⁵ Hierbij is meteen op te merken dat dit moeilijker ligt bij de doelstelling rond een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften.

⁵⁶⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: S. BERGSTRÖM, *Uteslutande rätt att förfoga över verket*, Uppsala, A.-B. Lundequistska Bokhandeln, 1954, p. 63; A. ROSS, "Ophavsrettens grundbegreben", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1945, p. 344-345 en 347.

⁵⁶⁷ Vergelijk in die zin ook bijvoorbeeld: M. KUMMER, *Das urheberrechtlich schützbares Werk. Mit 48 Abbildungen*, Bern, 1968, p. 7.

⁵⁶⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. SAMBUC, "Einleitung" in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p.407 ("Immaterialgüterrechte: D. h. der Gegenstand des Rechts ist an sich ein unkörperlicher. Der Schutz erstreckt sich jedoch auf körperliche Gegenstände (Werkexemplare)."); A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Basel und Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p. 58-59.

⁵⁶⁹ Met betrekking tot het gegeven dat binnen elk van de intellectuele rechten, het voorliggen van een zintuiglijk waarneembare incorporatie van inspanningen, het noodzakelijke uitgangspunt vormt voor het ingrijpen, zie bijvoorbeeld: A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Basel und Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p.58; B. GODENHIELM, "Ist die Erfindung etwas Immaterielles?", *GRURInt* 1996, p.329; M. KUMMER, *Das urheberrechtlich schützbares Werk. Mit 48 Abbildungen*, Bern, 1968, p.7; A. LUCAS en H.-J. LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Paris, Litec, 2001, p. 63; U. LOEWENHEIM, "Abschnitt 2. Das Werk" in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p. 75.

⁵⁷⁰ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: B. GODENHIELM, "Ist die Erfindung etwas Immaterielles?", *GRURInt* 1996, p. 329.

van een bescherming indien een zintuiglijk waarneembare ‘vorm’ voorligt, met name een zintuiglijk waarneembare incorporatie van een bepaald resultaat van intellectuele arbeid⁵⁷¹.

Bij het betrokken optimale ingrijpen is er dan met name rekening mee te houden dat intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’, zoals aangegeven steeds een typische werkwijze hanteren om een investeringsbescherming te realiseren: personen, in het licht van bepaalde feitelijke omstandigheden, een verbod opleggen om bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen te stellen ten aanzien van bepaalde incorporaties van de inspanningen van een andere persoon en ten aanzien van bepaalde daaraan gelijkende, andere zintuiglijk waarneembare manifestaties⁵⁷². De soorten zintuiglijk waarneembare handelingen die hun ingrijpen verbiedt, de betrokken feitelijke omstandigheden waarin dit het geval is en de betrokken soorten incorporaties van inspanningen en daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties waarrond deze handelingen verboden zijn, laten zich daarbij dan telkens in belangrijke mate typeren in het licht van de inherente of contextgebonden kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties.

Het gegeven nu dat de zonet vermelde factoren zich allen in belangrijke mate laten situeren in het licht van dezelfde, gemeenschappelijke grootheid, levert volgens dan een belangrijke bijdrage met het oog op de vaststelling van de relevante ‘systematiek’ rond het optimale ingrijpen. Dit gegeven zorgt er met name voor dat het vaak ook eenvoudiger is om hun onderlinge interactie na te gaan met het oog op de vaststelling van richtlijnen rond het optimale ingrijpen.

C.3. Overzicht van de perspectieven van een comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen

Tot slot, kunnen we nu een korte synthese maken van de perspectieven om via de zonet beschreven aanpak, binnen het opzet van ons onderzoek, de moeilijkheden te overwinnen rond een ‘nuttige’ uitvoering van de hierboven beschreven ‘comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen’. Gezien de concrete moeilijkheden die zich hierbij, zoals aangegeven, stellen, gaat het dan in wezen om het volgende: de perspectieven om via deze aanpak uiteindelijk de nodige, ‘geschikte’ richtlijnen vast te stellen rond het relevante, theoretisch optimale ingrijpen om, binnen het specifieke opzet van ons onderzoek, een ‘nuttige’ uitvoering mogelijk te maken van deze comparatieve toetsing.

Een eerste factor bij onze perspectieven op een ‘nuttige’ uitvoering van de betrokken ‘comparatieve toetsing binnen het opzet van ons onderzoek, is dan dat de hierboven beschreven aanpak, volgens ons, in vele gevallen

⁵⁷¹ GOTZEN schrijft bijvoorbeeld: "... , dat niemand de bescherming van een zelfs uitgewerkte creatie aanvaardt, zolang zij alleen in de geest van de schepper vertoeft en geen enkele voor de buitenwereld waarneembare uiting heeft gevonden" F. GOTZEN, *Het Bestemmingsrecht van de auteur*, Brussel, Larcier, 1975, p.72; KUMMER stelt: "Niemand hat je erwogen, anderes als diese Form, nämlich Nichtform, das vom Urheber noch gar nicht Geäußerte, zu schützen." M. KUMMER, *Das urheberrechtlich schützbare Werk. Mit 48 Abbildungen*, Bern, 1968, p.8; QUAEDVLIEG schrijft: "Het auteursrecht beschermt alleen een 'werk', en dit impliceert dat er sprake moet zijn van een geconcretiseerd object." A. QUAEDVLIEG, *Auteursrecht op techniek. De auteursrechtelijke bescherming van het technisch aspect van industriële vormgeving en computerprogrammatuur.*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1987, p. 3; LOEWENHEIM preciseert dat er een "wahrnehmbaren Formgestaltung" moet voorliggen, U. LOEWENHEIM, "Abschnitt 2. Das Werk" in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p. 75; LUCAS en LUCAS situeren de vorm uitdrukkelijk op het niveau van de zintuiglijk waarneembare manifestaties en schrijven: "la forme doit être prise dans un sens large englobant tous les langages perceptibles aux sens." A. LUCAS en H.-J. LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Paris, Litec, 2001, p. 67.

⁵⁷² Hierbij is op te merken dat, in zoverre hun ingrijpen zich daarbij richt naar of op het bestaan of de kenmerken van bewustzijnsfenomenen of autonome geestelijke realiteiten, zij zich niettemin op bepaalde kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties baseren om hypothesen te maken rond het bestaan of de kenmerken van deze bewustzijnsfenomenen of deze autonome geestelijke realiteiten. De controle die hun ingrijpen personen verleent zal uiteindelijk ook resulteren in een controle over bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestaties waarvan aan te nemen is dat hun kenmerken de belevenis toelaten van bepaalde bewustzijnsfenomenen of een bepaalde autonome geestelijke realiteit.

inderdaad ook ‘geschikte’ richtlijnen toelaat rond het relevante, theoretisch optimale ingrijpen. In dit verband willen wij erop wijzen dat de analyse rond de ‘systematiek’ van het, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ immers een verregaande concretisering toelaat van de vraag rond het relevante, theoretisch optimale ingrijpen. In het licht van deze analyse wordt immers duidelijk dat in dit verband, binnen het opzet van ons onderzoek, in wezen de volgende vraag aan de orde is: welke mogelijke aanwending van het *middel* van het archetypische ingrijpen van intellectuele rechten of van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, is in de betrokken relevante constellaties van *feitelijke omstandigheden* optimaal om, conform utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen en overwegingen rond een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften, de *doelstelling* te bereiken van het optimaal verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht. Wat deze *doelstelling* betreft, is dan, zoals aangegeven, duidelijk dat het er in wezen op aankomt om het volgende resultaat na te streven: met zo weinig mogelijk ‘juridische inspanningen’, personen die soorten zintuiglijk waarneembare handelingen verbieden ten aanzien van bepaalde incorporaties van inspanningen en bepaalde daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties, die, omwille van hun invloed op de mogelijkheden om de investeringen te recupereren rond de betrokken incorporaties van inspanningen, op bezwaren stuiten vanuit utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen. Of deze handelingen daarbij om die reden op dergelijke bezwaren stuiten, zal daarbij dan uiteindelijk bepaald zijn door hun inherente of contextgebonden zintuiglijk waarneembare kenmerken in combinatie met de inherente of contextgebonden zintuiglijk waarneembare kenmerken van hun voorwerp, met name de incorporaties van inspanningen of daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties waarop ze betrekking hebben. Wat de optimale aanwending betreft van het *middel* van het archetypische ingrijpen van intellectuele rechten of van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ om de zonet vermelde doelstelling te bereiken, is dan, zoals aangegeven, het volgende aan te nemen: dat het hierbij zal gaan om één van de mogelijke invullingen van de parameters van het archetypische ingrijpen van intellectuele rechten of van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ om in het licht van bepaalde feitelijke omstandigheden, bepaalde personen, bepaalde soorten handelingen verbieden ten aanzien van bepaalde incorporaties van inspanningen en bepaalde, daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties. Datgene wat de mogelijke invulling van deze parameters dan met name ‘optimaal’ zal maken, is dat deze invulling het verbod dat uit dit ingrijpen volgt, afstelt op de correcte kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties. Deze invulling moet dit verbod dan meer bepaald zien af te stellen op die handelingen waartegen, conform utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, een investeringsbescherming gevraagd is, gezien de combinatie van hun inherente of contextgebonden zintuiglijk waarneembare kenmerken en de inherente of contextgebonden zintuiglijk waarneembare kenmerken van hun voorwerp, met name de incorporaties van inspanningen of daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties waarop ze betrekking hebben.

De harde noot bij het beantwoorden van de zonet vermelde vraag rond het relevante, theoretisch optimale ingrijpen blijft voorlopig echter nog de eigenlijke vaststelling van de daarbij te hanteren ‘systematiek’ van het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. Het gaat dan met name om de vaststelling van de eigenlijk leer die in staat is om aan te geven hoe uit de interactie tussen ‘feitelijke omstandigheden’, gehanteerde ‘middel’ en te bereiken ‘doel’ besluiten te trekken zijn rond het relevante, theoretisch optimale ingrijpen. In dit verband stellen we dan, zoals aangegeven echter vast, dat er binnen de rechtsleer discussie bestaat rond de verklaringen van de ‘mechaniek’ van het ingrijpen van intellectuele rechten en de ‘mechaniek’ van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. Meer algemeen, stellen we, zoals gezegd, ook vast dat er discussie bestaat rond wat de aangewezen ‘systematiek’ is van het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. Voor het opzet van ons onderzoek betekenen deze discussies dan concreet dat in wat volgt nog een verdere analyse nodig is rond wat nu de ‘systematiek’ en ‘mechaniek’ uitmaakt die wij als leidraad kunnen hanteren bij de vaststelling van ‘geschikte’ richtlijnen rond het relevante, theoretisch optimale ingrijpen. Deze vaststelling is niet voor de hand liggend maar, binnen het specifieke opzet van ons onderzoek, evenmin onoverkomelijk. In wezen zullen we daarbij steunen op de hierboven besproken elementen van houvast die de specifieke focus van ons onderzoek reeds aanlevert rond het mogelijke, optimale ingrijpen, met name op het vlak van de relevante ‘feitelijke omstandigheden’, het gehanteerde ‘middel’ en het te bereiken ‘doel’. In het licht van wat we langs deze weg reeds weten rond ‘feitelijke omstandigheden’, ‘middel’ en ‘doel’ van het optimale ingrijpen, gaan we dan met name na

welke opvatting rond de ‘systematiek’ en daaraan gekoppelde opvatting rond de ‘mechaniek’, uit de interactie tussen deze elementen, het meest coherent ‘geschikte’ richtlijnen afleiden rond het relevante, optimale ingrijpen. In zoverre we via de zonet beschreven aanpak goede perspectieven hebben om de relevante ‘systematiek’ van het betrokken optimale ingrijpen vast te stellen menen we, binnen het opzet van ons onderzoek, dus uiteindelijk ook goede perspectieven te hebben op het volgende: de mogelijkheid om in vele gevallen ‘geschikte’ richtlijnen vast te stellen rond het relevante, theoretisch optimale ingrijpen met het oog op een ‘nuttige’ uitvoering van de hierboven beschreven comparatieve toetsing.

Een tweede factor bij onze perspectieven op een ‘nuttige’ uitvoering van de betrokken ‘comparatieve toetsing’ binnen het opzet van ons onderzoek, is volgens ons dan het volgende: dat, in het licht van de binnen ons onderzoek concreet uit te voeren comparatieve toetsing, ook meer algemene richtlijnen rond het theoretisch optimale ingrijpen onder omstandigheden kunnen bijdragen tot een ‘nuttige’ uitvoering van de betrokken comparatieve toetsing. Ondanks alles, zal het ook binnen het specifieke opzet van ons onderzoek niet altijd over gans de lijn mogelijk zijn om richtlijnen vast te stellen die daadwerkelijk, alle vereisten vervullen van ‘geschikte’ richtlijnen rond het relevante, theoretisch optimale ingrijpen. Uiteindelijk zal dit, volgens ons, echter geen breekpunt blijken voor een ‘nuttige’ uitvoering van de betrokken comparatieve toetsing om de wenselijkheid te beoordelen van de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken. In het licht van de concreet uit te voeren comparatieve toetsing in dit verband en de daarin concreet te vergelijken beschermingsregelingen zullen we immers het volgende vaststellen: geconfronteerd met het concrete ingrijpen van deze beschermingsregelingen, kunnen immers ook meer algemene richtlijnen rond het relevante theoretisch optimale ingrijpen in sommige gevallen reeds besluiten of minstens hypotheses toelaten rond het concrete ingrijpen, binnen de door de betrokken beschermingsregelingen gekozen opties op dit vlak, dat nauwer of minder nauw aansluit bij het theoretisch optimale ingrijpen. We stellen daarbij vast dat een ‘nuttige’ uitvoering van de betrokken concrete comparatieve toetsing binnen het opzet van ons onderzoek niet in het gedrang komt omdat we daartoe weliswaar niet over alle maar niettemin over de nodige ‘geschikte’ richtlijnen beschikken rond het relevante, theoretisch optimale ingrijpen.

Alle elementen samengenomen, menen wij dat we uiteindelijk over goede perspectieven beschikken om, binnen het specifiek opzet van ons onderzoek, tot een ‘nuttige’ uitvoering te komen van de hierboven beschreven ‘comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen’. Zoals aangegeven, zullen we deze comparatieve toetsing dan ook als leidraad nemen om, binnen onze normatieve juridische analyse, de wenselijkheid te beoordelen van de specialisatie door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken.

3. De gehanteerde toetsing van de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken

Als slot van dit eerste deel, maken wij dan nu een korte synthese rond het ontwerp van de toetsing die wij in beginsel het meest aangewezen achten om, binnen het opzet van ons onderzoek, de specialisatie te evalueren doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken. In dit verband opteren wij dus met name voor een ‘comparatieve toetsing rond het relevante theoretisch optimale ingrijpen’. In wat volgt, vatten we enerzijds samen hoe we tot het ontwerp komen van deze toetsing. Anderzijds geven we ook aan hoe we in de volgende delen te werk gaan om de specialisatie, doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, aan deze comparatieve toetsing te onderwerpen.

Ons uitgangspunt bij het ontwerp van de toetsing die wij hanteren om de specialisatie te evalueren doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, is onze analyse rond de context en de aard van deze specialisatie. Om de context en de aard van deze specialisatie vast te stellen gingen we in twee stappen te werk. In de eerste plaats vormden we ons een beeld van de bestaande analyse van de problematiek rond de introductie van de *sui generis* intellectuele rechten met betrekking tot chips, computerprogramma’s en databanken. Daarbij brachten wij de factoren in kaart die eerder reeds als relevant bestempeld werden om de wenselijkheid te toetsen van de specialisatie doorgevoerd door deze *sui generis* intellectuele rechten. In de tweede plaats voerden we dan onze eigen analyse door rond de context en de aard van

de betrokken specialisatie. Deze twee stappen samen, deden ons dan besluiten dat de aard van de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, te analyseren is als volgt: een hogere 'differentiatie' en hogere 'precisering' van gedragsvoorschriften rond het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht.

Vervolgens hebben we onze analyse rond de aard van de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken dan als basis genomen om het aangewezen principiële toetsingscriterium vast te stellen om deze specialisatie te evalueren. In dit verband hebben we ons dan meer bepaald laten leiden door het algemene, rechtstheoretische criterium rond een optimale 'precisering' en 'differentiatie' van gedragsvoorschriften. Dit voerde ons dan met name tot de conclusie dat het, binnen het opzet van ons onderzoek, aangewezen is om de wenselijkheid van de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, te beoordelen in het licht van het volgende, principiële toetsingscriterium: of deze *sui generis* intellectuele rechten, conform utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, een bijdrage leveren tot een meer gerechtvaardigde investeringsbeschermingsregeling rond de incorporaties van inspanningen waarop ze betrekking hebben, die ook voldoende opweegt tegen de eventueel toenemende, juridische inspanningen die zij met zich meebrengen om regelingen rond de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging toepassing te laten vinden. De factoren die dit principiële criterium tegenover elkaar afweegt, blijken immers een goede synthese te vormen van de belangrijkste factoren die – ook volgens de rechtsleer – de wenselijkheid beïnvloeden van de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken doorvoeren.

Ten slotte, gingen we dan op zoek naar de meest aangewezen benadering om aan de hand van, volgens ons, het aangewezen principiële toetsingscriterium op dit vlak, ook tot een daadwerkelijk beoordeling te komen van de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken. In dit verband besloten wij te opteren voor een 'comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen'. Het concept van deze comparatieve toetsing bestaat erin om na te gaan of het *concrete* ingrijpen van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten, op het vlak van het verlenen van een investeringsbescherming rond respectievelijk chips, computerprogramma's en databanken, nauwer of minder nauw aansluit bij het relevante, *theoretisch* optimale ingrijpen rond deze soorten incorporaties van inspanningen op grond van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging', dan het geval is voor het *concrete* ingrijpen van de overige beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht of voor het ontkennen van elke bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht.

Het aangewezen principiële toetsingscriterium om de specialisatie te evalueren doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken vindt daarbij dan met name op de volgende manier toepassing binnen deze comparatieve toetsing: de factoren die dit principiële toetsingscriterium tegenover elkaar afweegt om de wenselijkheid te beoordelen van deze specialisatie bepalen het referentiepunt van het theoretisch optimale ingrijpen binnen deze comparatieve toetsing. De uitvoering van deze 'comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen' ligt daarbij echter niet voor de hand. De grote moeilijkheid daarbij is met name de vaststelling van de nodige 'geschikte' richtlijnen rond het referentiepunt van het relevante, theoretisch optimale ingrijpen. Deze richtlijnen moeten daarbij met name de geschikte parameters en referentiepunten kunnen voor een 'nuttige' uitvoering van de betrokken comparatieve toetsing. Binnen het specifieke opzet van ons onderzoek, is deze moeilijkheid, volgens ons, echter niet onoverkomelijk. Om deze moeilijkheid te ontmijsen rekenen we met name op de uitvoering van een doorgedreven analyse rond de relevante 'systematiek' van het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging' in het licht van de specifieke focus van ons onderzoek. Deze analyse is daarbij niet eenvoudig. Binnen het specifieke opzet van ons onderzoek, zijn er echter goede perspectieven om deze 'systematiek' voldoende zeker vast te stellen en daaruit ook de nodige 'geschikte' richtlijnen af te leiden voor een nuttige uitvoering van de geplande comparatieve toetsing rond de wenselijkheid van de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken.

Om nu, in wat volgt, de specialisatie te evalueren, doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, gaan we over tot de volgende stappen. In een eerste fase (Deel II) leggen we de parameters en referentiepunten vast om de 'comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen' operationeel te maken. Om deze parameters en referentiepunten te bepalen doen we dus een beroep op een doorgedreven analyse rond de relevante 'systematiek' van het optimale ingrijpen van intellectuele

rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ in het licht van de specifieke focus van ons onderzoek. In een tweede fase (Deel III) gaan we dan over tot de eigenlijke toetsing van de wenselijkheid van de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken aan de hand van de betrokken comparatieve toetsing. Deze concrete toetsing, laat ons dan uiteindelijk toe om, in ons besluit, een gefundeerd oordeel te vellen rond de wenselijkheid van de specialisatie door deze *sui generis* intellectuele rechten.

Deel II: Passende parameters en criteria voor de toetsing van de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken

Om de specialisatie te evalueren die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, op het vlak van het verlenen van een investeringsbescherming, doen we zoals aangegeven een beroep op een comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen. In dit deel leggen we, zoals aangegeven, de concrete parameters en referentiepunten vast die deze comparatieve toetsing dient te hanteren om tot een correcte en relevante beoordeling te komen van deze specialisatie doorgevoerd door de betrokken *sui generis* intellectuele rechten.

Om de concrete parameters en referentiepunten te bepalen die toelaten om de betrokken comparatieve toetsing te operationaliseren, steunen we, zoals aangegeven, op een analyse rond de 'systematiek' van het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Bij een dergelijke 'systematiek' gaat het dan, zoals aangegeven, om een leer die aangeeft op welke manier het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging', af te stellen is in het licht van onderscheiden constellaties van *feitelijke omstandigheden*, om daarin optimaal de *doelstellingen* te realiseren, die het betrokken ingrijpen behoort te bereiken. Een dergelijke 'systematiek' van het optimale ingrijpen van de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging' gaat daarbij in beginsel uit van een bepaalde verklaring of theorie rond de 'mechaniek' van het ingrijpen van intellectuele rechten en de 'mechaniek' van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging'. Bij deze verklaring of theorie rond de 'mechaniek' van het betrokken ingrijpen gaat het dan met name om analyses rond de wijze, waarop de concrete bepalingen van intellectuele rechten of van het recht inzake oneerlijke mededinging hun coördinatie van gedragingen in werking stellen en afstellen.

Met het oog op het operationaliseren van de comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen, verwachten we zoals gezegd concreet de volgende bijdragen van de analyse rond de 'systematiek' en de daaraan verbonden deelanalyse rond de 'mechaniek'. De analyse rond de 'mechaniek' van het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging' moet de relevante parameters aanduiden rond de afstelling van dit ingrijpen die vorm geven aan het raamwerk van de relevante punten van vergelijking binnen de betrokken comparatieve toetsing. De analyse rond de 'systematiek' van het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging' moet aangeven welke invulling de betrokken relevante parameters rond de afstelling van dit ingrijpen, behoren te krijgen binnen het referentiepunt van het theoretisch optimale ingrijpen rond concrete incorporaties van inspanningen.

We stellen nu echter vast dat er verschillende opvattingen te verdedigen zijn rond een dergelijke aangewezen 'systematiek' en 'mechaniek' van intellectuele rechten en van het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging'. Indien we de beoogde comparatieve toetsing wensen te operationaliseren aan de hand van een analyse rond de 'systematiek' en de 'mechaniek' van intellectuele rechten en van het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging', dienen we dus ook op het volgende te letten: dat we ons daarbij baseren op de meest correcte en geschikte analyse daartoe rond deze 'systematiek' en 'mechaniek'.

In dit deel analyseren we dan ook concreet welke opvatting rond de 'systematiek' en de 'mechaniek' van intellectuele rechten en van het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging', de meest coherente en 'geschikte' criteria en referentiepunten oplevert voor de comparatieve toetsing die wij op het oog hebben. In dit verband hanteren we een analyse die in wezen uit twee fasen bestaat.

De eerste fase van deze analyse omvat dan met name een verdere ontleding van de concrete factoren die binnen een 'systematiek' van het optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, als de factoren gelden die het optimale ingrijpen beïnvloeden van intellectuele rechten en van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen 'parasitaire mededinging'. Het gaat daarbij dan, zoals aangegeven, concreet om de volgende factoren: de 'feitelijke omstandigheden' van het ingrijpen, het door het ingrijpen gehanteerde 'middel' en het door het ingrijpen nagestreefde 'doel'. De ontleding van het door het ingrijpen gehanteerde 'middel' omvat daarbij dan met name de analyse van de 'mechaniek' van het betrokken ingrijpen. Voor elke van de zonet vermelde factoren, houdt hun ontleding daarbij dan concreet het volgende in. We ontleden uiteenlopende opvattingen rond de invulling van deze

factoren zoveel mogelijk in het licht van de gemeenschappelijke grootheid van de kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties. Gezien de focus van ons onderzoek moet het hierbij dan concreet gaan om opvattingen rond de invulling van de betrokken factoren, met het oog op het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Onze ontleding van de betrokken factoren zal zich daarbij overigens concentreren op het door het ingrijpen gehanteerde ‘*middel*’ en het door het ingrijpen nagestreefde ‘*doel*’. Op het vlak van de ‘*feitelijke omstandigheden*’ van het ingrijpen, menen wij immers dat nog weinig verdere ontleding aan de orde is. Zoals aangegeven, menen we immers dat onze focus op het verlenen van de betrokken specifieke soort investeringsbescherming, maakt dat hierbij typisch de volgende constellatie van feitelijke omstandigheden aan de orde is: een constellatie van feitelijke omstandigheden waarin individuen inspanningen leverden om tot incorporaties van hun inspanningen te komen, en waarbij deze individuen, op het vlak van hun mogelijkheden om deze inspanningen te recupereren door de opbrengst uit ruiltransacties rond de betrokken incorporaties van inspanningen, geconfronteerd worden met de invloed van handelingen van ander individuen ten aanzien van deze incorporaties van inspanningen of ten aanzien van daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties.

De tweede fase van de analyse bestaat er dan in dat we met betrekking tot onderscheiden relevante opvattingen rond de ‘systematiek’ van het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimale ingrijpen van de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging, het volgende nagaan: hoe correct, coherent en bruikbaar hun aanwijzingen zijn om het *middel* van het betrokken ingrijpen, in bepaalde concrete *feitelijke omstandigheden* te laten aansluiten op de *doelstellingen* daarin van dit ingrijpen. Om de betrokken aanwijzing in dit verband, te beoordelen op hun correctheid en coherentie baseren we ons dan, zoals aangegeven, met name op het volgende punt van houvast: het gegeven dat de ‘*feitelijke omstandigheden*’ van het ingrijpen, het door het ingrijpen gehanteerde ‘*middel*’ en het door het ingrijpen nagestreefde ‘*doel*’, zich allen in belangrijke mate laten situeren in het licht van dezelfde, gemeenschappelijke grootheid, met name de kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties. Dit gegeven zorgt er, zoals aangegeven, met name voor dat het vaak ook eenvoudiger is om de onderlinge interactie tussen de zonet vermelde factoren na te gaan met het oog op de vaststelling van richtlijnen rond het optimale ingrijpen.

De zonet beschreven analyse om de meest correcte en geschikte opvatting vast te stellen rond de ‘systematiek’ en de ‘mechaniek’ van het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, werken we nu, in wat volgt, concreet uit in de volgende onderdelen. In de eerste plaats (1.) ontleden we de *doelstellingen* van het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ bij het verlenen van hun specifieke soort investeringsbescherming, zoveel mogelijk in het licht van de kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties. In de tweede plaats (2.) analyseren we ook het *middel* van het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ om hun specifieke soort investeringsbescherming te verlenen, zoveel mogelijk in het licht van de kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties. Vervolgens (3.) bespreken we wat, naar onze mening, de meest correcte en geschikte ‘systematiek’ is van het optimale ingrijpen van de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ met het oog op verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Ten slotte (4.), bespreken we dan de implicaties van onze vaststelling rond de meest correcte en geschikte ‘systematiek’, voor de parameters en referentiepunten binnen de comparatieve toetsing die wij hanteren om onze vraag te beantwoorden rond de wenselijkheid van de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken.

1. De doelstellingen van het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging als investeringsbescherming rond 'parasitaire mededinging'

Om de meest correcte en geschikte 'systematiek' te bepalen van het optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht ontlede we, zoals aangegeven, in de eerste plaats de *doelstellingen* van het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging' bij het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen dit ingrijpen.

In het licht van onze vraagstelling rond de wenselijkheid van de specialisatie van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, moeten we bij deze ontleding zoals aangegeven rekening houden met de doelstellingen op twee vlakken. In de eerste plaats (1.1.) gaat het dan met name om de doelstelling om een optimale 'inhoud'⁵⁷³ vast te leggen van de gedragsvoorschriften van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging' met het oog op het verschaffen van de specifieke soort investeringsbescherming, die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. In de tweede plaats (1.2.) staat de doelstelling centraal om een optimale 'precisering' en 'differentiatie' te hanteren bij de formulering⁵⁷⁴ van de gedragsvoorschriften van de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging' met het oog op het verschaffen van de specifieke soort investeringsbescherming, die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging'.

1.1. Een optimale 'inhoud' van gedragsvoorschriften

Een eerste doelstelling van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging' die in het licht van de focus van onderzoek centraal komt te staan, is, zoals aangegeven, het streven om een optimale 'inhoud' vast te leggen van hun gedragsvoorschriften die gericht zijn op het verschaffen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen dit ingrijpen. De 'inhoud' van gedragsvoorschriften verwijst daarbij zoals aangegeven naar de feitelijke gedragingen, die gedragsvoorschriften bepaalde personen opleggen in het licht van bepaalde feitelijke omstandigheden. De mate waarin de 'inhoud' van de gedragsvoorschriften van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging' daarbij optimaal is als investeringsbescherming, wordt daarbij, zoals aangegeven, in de regel afgemeten aan de utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen die als rechtvaardiging gelden voor dit ingrijpen⁵⁷⁵.

⁵⁷³ De 'inhoud' van gedragsvoorschriften verwijst hierbij dan met name naar de feitelijke gedragingen, die gedragsvoorschriften van bepaalde personen verwachten in het licht van bepaalde feitelijke omstandigheden.

⁵⁷⁴ De 'formulering' van gedragsvoorschriften verwijst hierbij dan met name naar de wijze, waarop gedragsvoorschriften, aan de hand van taal, communiceren, welk soort gedrag zij van personen verwachten in het licht van feitelijke omstandigheden. De mate van 'differentiatie' van gedragsvoorschriften verwijst voor ons naar de mate waarin een regelgeving rond een bepaald thema meerdere gedragsvoorschriften omvat die én een onderscheiden criterium of set van criteria formuleren voor de vaststelling van hun toepassingsgebied én daarbij een formulering geven van de voorgeschreven gedragingen binnen de feitelijke situaties onder hun toepassingsgebied. De mate van 'precisering' van gedragsvoorschriften betreft voor ons de mate waarin regelgevende bepalingen, de uiteindelijke 'inhoud' die hun gedragsvoorschriften krijgen in concrete gevallen, definitief afstellen en vastleggen in het licht van het al dan niet voorliggen van door hen omschreven, specifieke feitelijke omstandigheden, dan wel, afhankelijk maken van een beoordeling of de betrokken feitelijke omstandigheden al dan niet maken dat voldaan is aan een door hen vastgelegd criterium.

⁵⁷⁵ Zie in die zin, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: J. HUYDECOPER, "Originaliteit of inventiviteit? Het technisch effect in het auteursrecht.", *BIE* 1987, p. 108; W. GORDON, "Intellectual Property" in P. CAN en M. TUSHNET (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 619 ("The core and most justifiable part of the essence of the IP cause of action is to restrain some act of duplication or free riding that, if widespread, would be wrongful ('unfair') because it is immoral and/or economically costly."); J. WALDRON, "From authors to copiers: individual rights and social values in intellectual property", *Chicago Kent Law Review* 1992-1993, p.841 e.v.; L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p.4; S. BESEN en L. RASKIND, "An introduction to the Law and Economics of Intellectual Property", *The Journal of Economic Perspectives* 1991, p.3 e.v. W. LANDES en R. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge, Massachusetts, and London, England, The Belknap Press of

In dit onderdeel ontleden we nu de doelstelling van een optimale ‘inhoud’ van de gedragsvoorschriften van intellectuele rechten en van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ die gericht zijn op het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen dit ingrijpen. Daarbij gaan we concreet na hoe deze *doelstelling* van een optimale ‘inhoud’ van de betrokken gedragsvoorschriften van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ zich ‘vertaalt’ in het nastreven van een bepaald *resultaat*, met name bepaalde personen bepaalde feitelijke gedragingen opleggen in het licht van bepaalde feitelijke omstandigheden, via de aanwending van het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten of het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’. Het is langs deze weg dat we de betrokken *doelstelling* willen ontleden in termen van de kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties. Het achterliggende idee daarbij is dan met name dat de vertaling van deze *doelstelling* in een *resultaat* dat te bereiken is via de aanwending van het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten of het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, zich, gezien de kenmerken die de essentie en de rode draad vormen doorheen het betrokken ingrijpen, steeds laat bepalen als: personen, in het licht van bepaalde feitelijke omstandigheden, een verbod opleggen om bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen te stellen ten aanzien van bepaalde incorporaties van de inspanningen van een andere persoon en ten aanzien van bepaalde daaraan gelijkende, andere zintuiglijk waarneembare manifestaties⁵⁷⁶. Bij deze vertaling van de *doelstelling* van een optimale ‘inhoud’ van de betrokken gedragsvoorschriften naar een bepaald *resultaat* dat na te streven is door *middel* van de betrokken gedragsvoorschriften, doen we dan dus concreet het volgende: de betrokken soorten feitelijke omstandigheden, feitelijke gedragingen, incorporaties van inspanningen en zintuiglijk waarneembare manifestaties die dit resultaat bepalen, zo veel mogelijk typeren in termen van de kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties.

De zonet omschreven analyse van de doelstelling van een optimale ‘inhoud’ van de betrokken gedragsvoorschriften van het ingrijpen van intellectuele rechten en van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, bespreken we in wat volgt nu in twee stappen. Eerst (A.) gaan we in op de optimale ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften van intellectuele rechten en van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ met het oog op het verlenen van hun investeringsbescherming, overeenkomstig de utilitaristische rechtvaardigingen voor dit ingrijpen. Daarna (B.) bespreken we de optimale ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften van intellectuele rechten en van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ met het oog op het verlenen van hun investeringsbescherming, conform de deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen rechtvaardigingen voor dit ingrijpen.

Harvard University Press, 2003, 442 p.; W. FISHER, "Theories of Intellectual Property" in S. MUNZER (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 177.

⁵⁷⁶ Het uitgangspunt daarbij is, zoals aangegeven, dat intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ in essentie steeds een zelfde *middel* hanteren om de betrokken investeringsbescherming te realiseren: personen, in het licht van bepaalde feitelijke omstandigheden, een verbod opleggen om bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen te stellen ten aanzien van bepaalde incorporaties van de inspanningen van een andere persoon en ten aanzien van bepaalde daaraan gelijkende, andere zintuiglijk waarneembare manifestaties.

1.1.1. Utilitaristische overwegingen

Overeenkomstig de utilitaristische rechtvaardigingen voor een ingrijpen van intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, dienen beide vormen van ingrijpen, zoals aangegeven, te streven naar het volgende: een coördinatie van gedragingen die mensen er toe aanzet om, in die mate, die soort handelingen te stellen ten aanzien van die zintuiglijk waarneembare manifestaties, zoals dit vereist is opdat hun handelingen maximaal zouden bijdragen tot het grootste geluk voor het grootst mogelijke aantal mensen⁵⁷⁷. Utilitaristische overwegingen meten het ‘goed’ of ‘slecht’ zijn van het menselijke handelen, zoals aangegeven, immers aan de gevolgen ervan voor het bereiken van een hoger doel, met name aan de mate waarin het handelen bijdraagt tot het tot stand brengen van het grootste geluk voor het grootst mogelijke aantal mensen⁵⁷⁸.

In dit onderdeel gaan we nu, zoals aangegeven, dieper in op de *doelstelling* van een optimale ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ met het oog op een investeringsbescherming, conform de zonet aangehaalde utilitaristische overwegingen. Daarbij bespreken we, zoals gezegd, hoe de *doelstelling* van een optimale ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften van intellectuele rechten en van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ met het oog op een investeringsbescherming conform deze utilitaristische overwegingen, zich vertaalt in volgende: het nastreven van een bepaald *resultaat*, met name bepaalde personen bepaalde feitelijke gedragingen opleggen in het licht van bepaalde feitelijke omstandigheden, via de aanwending van het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten of het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’. Om in dit verband meer concrete richtlijnen vast te stellen, achten we het daarbij dan met name aangewezen om te focussen op de precisering die de betrokken utilitaristische overwegingen krijgen binnen de economische analyse⁵⁷⁹. In het licht van deze benadering, gaan we in wat volgt dus eerst (A.) kort in op de

⁵⁷⁷ BENTLEY en SHERMAN schrijven rond utilitaristische rechtvaardigingen in brede zin: “...instrumental justifications that focus on the fact that intellectual property induces or encourages desirable activities.” L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p.4, GORDON, stelt: “*IP law encourages persons to become more productive by allowing them to capture some of the benefits their useful behavior gives to others.*” W. GORDON, “Intellectual Property” in P. CAN en M. TUSHNET (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p.622; Vanuit deze zelfde benadering van het internaliseren van externe effecten, zie ook bijvoorbeeld: K. KOELMAN, “Copyright Law and Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d’Auteur Passé?”, *IIC* 2004, p.607-608; M. LEMLEY, “Property, Intellectual Property, and Free Riding”, *Texas Law Review* 2005, p. 1031 e.v. Vergelijk op dit punt ook, zij het vanuit een ander perspectief met name de vergelijking tussen maatschappelijke kosten en maatschappelijke baten: BESEN en RASKIND, die stellen: “*The objective of intellectual property protection is to create incentives that maximize the difference between the value of the intellectual property that is created and used and the social cost of its creation, including the cost of administering the system.*” S. BESEN en L. RASKIND, “An introduction to the Law and Economics of Intellectual Property”, *The Journal of Economic Perspectives* 1991, p.5 en R. HART, P. HOLMES, en J. REID, *The Economic Impact of Patentability of Computer Programs – Report to the European Commission* (Studie Contract ETD/99/B5-3000/E/106), London, Intellectual Property Institute, 1999, p. 29.

⁵⁷⁸ Zie bijvoorbeeld: L. HINMAN, *Ethics: a pluralistic approach to moral theory*, Belmont, Thomson/Wadsworth, 2008, p. 129 e.v.; H. WILLEMSSEN, *Woordenboek filosofie*, Assen/Maastricht, Van Gorcum, 1992, p.440; W. FISHER, “Theories of Intellectual Property” in S. MUNZER (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p.177; Dergelijk utilitaristische overwegingen worden daarbij veelal gepreciseerd tot economische overwegingen, met name door de doelstelling van het tot stand brengen van het grootste geluk voor het grootst mogelijke aantal mensen toe te spitsen op de doelstelling om tot de grootst mogelijke ‘maatschappelijke welvaart’ te komen, met name de hoogst mogelijke som van de mate van behoeftebevrediging, die alle afzonderlijke individuen realiseren op grond van alle beschikbare schaarse middelen. Wat economische overwegingen betreft als een dergelijke ‘precisering’ van utilitaristische overwegingen, zie: W. FISHER, “Theories of Intellectual Property” in S. MUNZER (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p.177; Specifiek met betrekking tot economische overwegingen en de notie van maatschappelijke welvaart, zie bijvoorbeeld: S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Massachusetts, London, England, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, p.1-4; R. HOLZHAUER en R. TEIJL, “Inleiding rechtseconomie”, Arnhem, Gouda Quint, 1995, p. 3-4.

⁵⁷⁹ Binnen deze economische analyse wordt de utilitaristische doelstelling van het grootste geluk voor het grootst mogelijke aantal mensen, in essentie gepreciseerd tot de doelstelling van het realiseren van de grootst mogelijke mate van behoeftebevrediging op grond van de beschikbare schaarse middelen. Zie in die zin ook: W. FISHER,

economische analyse en haar opvattingen rond de aangewezen manier om een optimale coördinatie van gedragingen te bereiken. Daarna (B.) bespreken we dan hoe vanuit deze de economische analyse richtlijnen geformuleerd worden rond het *resultaat* dat aan de hand van het *middel* van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht na te streven is met het oog op een coördinatie van gedragingen, conform economisch-utilitaristische overwegingen.

A. De economische analyse: het maximaliseren van de maatschappelijke welvaart

De economische analyse bestudeert en evalueert hoe mensen schaarse middelen gebruiken om hun behoeften te bevredigen⁵⁸⁰. De economische analyse evalueert gedragingen rond schaarse middelen daarbij gewoonlijk in het licht van hun bijdrage tot de volgende doelstelling: het realiseren van de groots mogelijke mate van behoeftebevrediging op grond van de beschikbare schaarse middelen⁵⁸¹. Het is daarbij gebruikelijk om deze economische doelstelling aan te duiden als de doelstelling van het maximaliseren van de totale maatschappelijke welvaart⁵⁸². De totale 'maatschappelijke welvaart' komt daarbij dan met name overeen met de mate van behoeftebevrediging die alle betrokken individuen samen realiseren op grond van de beschikbare schaarse middelen⁵⁸³. De economische analyse preciseert de utilitaristische doelstelling van het grootste geluk voor het grootst mogelijke aantal mensen, dus in essentie tot de doelstelling van het realiseren van de grootst mogelijke mate van behoeftebevrediging op grond van de beschikbare schaarse middelen⁵⁸⁴.

De economische analyse neemt daarbij aan dat het volgende cruciaal is om de maatschappelijke welvaart te maximaliseren: een coördinatiemechanisme dat de gedragingen van mensen zo op elkaar afstemt, dat mensen er steeds toe gebracht worden om de beschikbare schaarse middelen te gebruiken voor de doelstellingen en op de manier dat deze schaarse middelen aanleiding geven tot de grootst mogelijke behoeftebevrediging⁵⁸⁵. Met het oog op het bereiken van de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart is er volgens de economische analyse dus een nood aan een coördinatiemechanisme dat de afzonderlijke gedragingen van individuen onderling zo op elkaar

"Theories of Intellectual Property" in S. MUNZER (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 177.

⁵⁸⁰ W. McEACHERN, *Microeconomics: A Contemporary Introduction*, Mason, South-Western/Cengage Learning, 2011, p. 2.

⁵⁸¹ S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Massachusetts, London, England, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, p.1-4; R. HOLZHAUER en R. TEIJL, "Inleiding rechtseconomie", Arnhem, Gouda Quint, 1995, p. 3-4.

⁵⁸² S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Massachusetts, London, England, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, p.596, D. TEWARI, *Principles Of Microeconomics*, New Delhi, New Age International, 2003, p. 229 e.v.; Binnen de economie duidt 'welvaart' op de mate waarin het mogelijk is om de menselijke behoeften te bevredigen met behulp van schaarse middelen. Zie in die zin bijvoorbeeld: M. DE CLERQ, *Economie toegelicht*, Antwerpen, Garant, 2006, p. 25.

⁵⁸³ De economische analyse verloopt hierbij in twee fasen. In een eerste fase wordt het effect van een gedraging op de mate van behoeftebevrediging van elk individu bepaald. In een tweede fase wordt de mate van behoeftebevrediging van alle individuen geaggregeerd, opgeteld, om zo het effect van het gedrag op de *totale* maatschappelijke welvaart vast te stellen. M.b.t deze twee fasen en de problematiek van het aggregeren van de mate van behoeftebevrediging zie: S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Massachusetts, London, England, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, p. 597. (Deze auteur stelt: "There is a vast multitude of ways of aggregating individual utilities into a measure of social welfare, and no single way is endorsed under welfare economics.").

⁵⁸⁴ In die zin ook: W. FISHER, "Theories of Intellectual Property" in S. MUNZER (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 177.

⁵⁸⁵ Zie bijvoorbeeld: W. BAUMOL en A. BLINDER, *Microeconomics: principles and policy*, Londen (o.a.), Cengage Learning, 2008, p. 292, R. LEVACIC, "Markets. Introduction" in G. THOMPSON, J. FRANCES R. LEVACIC en J. MITCHELL, *Markets, Hierarchies and Networks: The Coordination of Social Life*, Londen, SAGE, 1991, p. 21.

afstelt, dat hun gedragingen samen, uiteindelijk de groots mogelijke behoeftebevrediging realiseren op grond van de beschikbare schaarse middelen⁵⁸⁶.

In wat volgt, zullen we deze vaststelling rond de nood aan een coördinatiemechanisme, als leidraad gebruiken voor de verdere toelichting van de economische analyse. De reden hiervoor is dat deze invalshoek volgens ons het meest geschikt is om de raakpunten aan het licht te brengen tussen een economische analyse en een juridische analyse. Een juridische analyse ziet het recht immers in de regel als een middel om gedragingen te coördineren⁵⁸⁷. Concreet valt de verdere toelichting van de economische analyse dan met name uiteen in drie onderdelen. Eerst (A.1.) gaan we dieper in op de reden, waarom het maximaliseren van de maatschappelijke welvaart, volgens de economische analyse, niet mogelijk is zonder een mechanisme dat de gedragingen van mensen passende coördineert. Vervolgens (A.2.) geven we dan aan waarom de economische analyse in de regel uitgaat van de perfecte markt als het ideale coördinatiemechanisme om de gedragingen van mensen maximaal te laten bijdragen tot de maatschappelijke welvaart. Ten slotte (A.3.) bespreken we dan ook meer in detail hoe een perfecte markt een coördinatie van gedragingen bereikt die resulteert in de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart. De reden om dit laatste punt te behandelen is met name dat opvattingen rond datgene wat te verwachten is van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, veelal te begrijpen is in het licht van het referentiepunt van de coördinatie van gedragingen binnen een perfecte markt.

A.1. De nood aan een coördinatie van gedragingen

De stelling dat een passend coördinatiemechanisme nodig is om menselijke gedragingen te laten resulteren in de groots mogelijke maatschappelijke welvaart, baseert de economie, in wezen op de volgende analyse: dat mensen bij het bepalen van hun gedragingen rond schaarse middelen, uit zichzelf en met name zonder tussenkomst van enig coördinatiemechanisme, enkel rekening houden met de effecten van hun gedragingen die zij ervaren op het vlak van hun eigen mogelijkheden om hun behoeftebevrediging te maximaliseren en daarbij integendeel weinig of geen rekening houden met de ‘externe effecten’ van hun gedragingen⁵⁸⁸.

‘Externe effecten’ verwijzen hierbij, volgens de economie, naar de effecten van de gedragingen van een individu, die ongevraagd een directe invloed hebben op de geschiktheid tot behoeftebevrediging van de schaarse middelen van andere individuen, maar waarmee dit handelende individu zelf geen rekening houdt in zijn beslissingen rond deze gedragingen, omdat zijn eigen mogelijkheden tot behoeftebevrediging er geen invloed van ondervinden⁵⁸⁹.

⁵⁸⁶ Voor een typering van de betrokken coördinatie, zie bijvoorbeeld: G. THOMPSON, J. FRANCES R. LEVACIC en J. MITCHELL, “Introduction” in G. THOMPSON, J. FRANCES R. LEVACIC en J. MITCHELL, *Markets, Hierarchies and Networks: The Coordination of Social Life*, Londen, SAGE, 1991, p. 3.

⁵⁸⁷ Vergelijk op dit punt DE VROEDE en GORUS, die schrijven: “*De meeste auteurs zijn het erover eens dat het recht bestaat uit normatieve regels, die een bepaald gedrag opleggen. De regels zijn bindend. Het gaat om verboden, bevelen of verlobbepalingen niet om suggesties of aanbevelingen. Meer specifiek bestaat de bedoeling van het recht erin, een maatschappelijke ordening te bewerkstelligen en het samenleven binnen een gemeenschap mogelijk te maken.*” P. DE VROEDE en J. GORUS, *Inleiding tot het recht (9de herwerkte uitgave)*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 2007, p.4; KELSEN, die schrijft: “*The object of regulation by a legal order is the behavior of one individual to one, severall, or all other individuals – the mutual behavior of individuals.*” H. KELSEN, *Pure Theory of Law*, Union (N.J.), Lawbook Exchange, 2002, p. 32; Met betrekking tot rol van morele opvattingen en waarden binnen het recht, zie bijvoorbeeld: H. FRANKEN et al, *Encyclopedie van de rechtswetenschap*, Deventer, Kluwer, 2003, p. 47.

⁵⁸⁸ Zie bijvoorbeeld: M. DE CLERQ, *Economie toelicht*, Antwerpen, Garant, 2006, p. 139; J. BACKHAUS, *The Elgar companion to law and economics*, Cheltenham, Elgar, 2005, p. 61; S. BOWLES, *Microeconomics: behavior, institutions, and evolution*, New York, Russell Sage, 2004, p. 93 e.v.; R. COOTER en T. ULEN, *Law and Economics*, Glenview, Illinois, London, England, Scott, Foresman and Company, 1988, p. 16.

⁵⁸⁹ B. SALANIÉ, *The microeconomics of market failures*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 2000, p. 89 (“we say that there is an external effect, or an externality, when an agents actions directly influence the choice possibilities (i.e. the production set or consumption set) of another agent. The word ‘directly’ is very important in this definition. We must not confuse genuine externalities and what are at times improperly called ‘pecuniary externalities’ which pass through the intermediary of the market and fit perfectly within the framework of the most basic general equilibrium model.”) W. BAUMOL en W. OATES, *The theory of environmental policy*, Cambridge, Cambridge university press, 1988, p. 17 (“*Externality is present whenever some individual's (say A) utility or production*

Naargelang deze ‘externe effecten’ de geschiktheid tot behoeftebevrediging van de schaarse middelen van andere individuen, hierbij positief dan wel negatief beïnvloeden, is er sprake van respectievelijk positieve dan wel negatieve externe effecten van gedragingen⁵⁹⁰.

Het klassieke voorbeeld van een gedraging die gepaard gaat met negatieve externe effecten is een vervuilende productieactiviteit. Indien een fabrikant auto’s produceert en daarbij gedurende het fabricageproces giftig afvalwater in een rivier loost, dan heeft dit een directe invloed op de geschiktheid tot behoeftebevrediging van de installaties van de viskwekerij, die stroomafwaarts in diezelfde rivier liggen, zonder dat de eigenaar van deze viskwekerij daartoe zijn toestemming gaf. Zonder tussenkomst van enig coördinatiemechanisme zal de autofabrikant er echter geen rekening mee houden dat zijn productie van auto’s de installaties van die viskwekerij ongeschikt maakt om vis te kweken, omdat hij bij het nastreven van zijn eigen behoeftebevrediging niet geconfronteerd wordt met deze gevolgen van zijn gedrag⁵⁹¹.

Een gedragingen die gepaard gaat met positieve externe effecten is bijvoorbeeld de restauratie van gevels van de meeste historische gebouwen in een stadcentrum. Wanneer een eigenaar van een historisch gebouw in een stadcentrum de gevel van dit gebouw restaureert, verleent dit mensen, ongevraagd, een toename van de geschiktheid tot behoeftebevrediging van hun fietstocht door de stad, waarbij zij de pracht van de gerestaureerde gevel vrij kunnen genieten. Zonder tussenkomst van enig coördinatiemechanisme zal de eigenaar van het historisch gebouw er echter veelal geen rekening mee houden dat zijn restauratie van de gevel het andere individuen mogelijk maakt een hogere mate van behoeftebevrediging te beleven op grond van hun fietstocht door de stad, omdat hij bij het nastreven van zijn eigen behoeftebevrediging niet altijd geconfronteerd wordt met deze gevolgen van zijn gedrag⁵⁹².

Het gegeven dat gedragingen gepaard gaan met ‘externe effecten’, zorgt er nu voor dat individuen deze gedragingen niet in die mate stellen, die maximaal bijdraagt tot de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart⁵⁹³. In het geval van negatieve externe effecten, geldt dat het handelende individu een gedraging zal blijven stellen, zolang hij daardoor zijn eigen behoeftebevrediging ziet toenemen, ook al zorgen de negatieve externe effecten van dit gedrag ervoor dat de mate, waarin dit individu deze gedraging stelt, de maximalisatie van de maatschappelijke welvaart in de weg staat⁵⁹⁴. De autofabrikant uit het bovenstaande voorbeeld zal het fabricageproces, waarbij giftig afvalwater in de rivier terechtkomt, bijvoorbeeld blijven toepassen zolang de kosten, die hij moet dragen om op die manier auto’s te produceren, lager liggen dan de prijs, die hij voor deze auto’s krijgt. Hij zal dit onder omstandigheden ook blijven doen ook al vraagt het maximaliseren van de maatschappelijk welvaart bijvoorbeeld dat geen enkel auto op die manier geproduceerd wordt, aangezien de mate van behoeftebevrediging die bij individuen gegenereerd wordt, bij het op die manier produceren van auto’s, niet opweegt tegen het door de vervuiling veroorzaakte verlies aan behoeftebevrediging bij anderen individuen, die direct of indirect het rivierwater stroomafwaarts gebruiken. De reden hiervoor is dat de schade, die andere individuen stroomafwaarts ondervinden door het vervuilde rivierwater, zonder tussenkomst van enig coördinatiemechanisme, onder omstandigheden geen factor is, die de mate van behoeftebevrediging van deze fabrikant beïnvloedt, en, dus ook

*relationships include real (that is nonmonetary) variables, whose values are chosen by others (persons, corporations governments) without particular attention to the effects on A's welfare.”); R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p. 622.*

⁵⁹⁰ Zie bijvoorbeeld: S. CHAKRAVARTY, *Microeconomics*, New Dehli, Allied Publishers, 2009, p.656; R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p. 621

⁵⁹¹ Voor gelijkaardige voorbeelden, zie bijvoorbeeld: S. CHAKRAVARTY, *Microeconomics*, New Dehli, Allied Publishers, 2009, p.657; B. SALANIÉ, *The microeconomics of market failures*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 2000, p. 89.

⁵⁹² Voor gelijkaardige voorbeelden, zie bijvoorbeeld: N. MANKIW, *Principles of economics*, Mason (o.a.), South-Western Cengage Learning, 2008, p. 204; R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p. 622.

⁵⁹³ Zie bijvoorbeeld: D. BESANKO en R. BRAEUTIGAM, *Microeconomics*, Hoboken, John Wiley and Sons, 2010, p. 713; W. BAUMOL en A. BLINDER, *Microeconomics: principles and policy*, Londen (o.a.), Cengage Learning, 2008, p. 313 e.v..

⁵⁹⁴ Het vanuit maatschappelijk oog punt te veel stellen van het gedrag, volgt uit het gegeven dat het individu enkel de maximalisatie van de eigen behoeftebevrediging nastreeft en het zich voordoen van negatieve externe effecten. Zie in dit verband bijvoorbeeld: R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p. 622; M. DE CLERQ, *Economie toegelicht*, Leuven-Apeldoorn, Garant, 1996, p. 294.

niet meespeelt in zijn beslissing rond de mate waarin hij auto's produceert door middel van het vervuilende fabricageproces⁵⁹⁵.

In het geval van positieve externe effecten, geldt dat het handelende individu een gedraging enkel zal stellen, in de mate hij daardoor zijn eigen behoeftebevrediging ziet toenemen, ook al zorgen de positieve externe effecten van dit gedrag ervoor dat de maximalisatie van de maatschappelijke welvaart, vraagt om deze gedragingen in veel hogere mate te stellen⁵⁹⁶. De eigenaar van het historisch gebouw in bovenstaand voorbeeld, zal de gevel van zijn gebouw bijvoorbeeld enkel in stand houden, zodanig dat het gebouw in staat is in zijn eigen behoeften als woonhuis te voorzien, maar zal niet overgaan tot het restaureren van de gevel, ook al zou dit eigenlijk de maatschappelijk welvaart maximaliseren, gezien de kostprijs van het restaureren lager uitvalt dan de mogelijke behoeftebevrediging, die alle voorbijgangers samen aan de gevel zouden beleven. Op grond van de factoren die zijn eigen behoeftebevrediging beïnvloeden, met name dan het genot dat hij zelf beleeft aan een volledig gerestaureerde gevel en de volledige kostprijs van deze restauratie, kan het voor de huiseigenaar echter niet lonend zijn om de gevel te laten restaureren⁵⁹⁷.

Zowel positieve als negatieve externe effecten van gedragingen, zorgen er dus voor dat mensen schaarse middelen niet gebruiken op een manier die de behoeftebevrediging op grond van deze schaarse middelen en dus de maatschappelijk welvaart maximaliseert⁵⁹⁸. Positieve externe effecten van gedragingen zorgen er in de regel voor dat individuen gedragingen in onvoldoende mate stellen, in verhouding tot wat nodig is met het oog op het maximaliseren van de maatschappelijke welvaart. Negatieve externe effecten van gedragingen zorgen er in de regel voor dat individuen gedragingen in te hoge mate stellen, in verhouding tot wat vereist is voor het maximaliseren van de maatschappelijke welvaart.

Om tot de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart te komen is er volgens de economische analyse dus nood aan een coördinatiemechanisme, gezien het zonet beschreven fenomeen van 'effecten' van gedragingen die 'extern' blijven aan handelende individuen. Dit coördinatiemechanisme moet er met name voor zorgen dat handelende individuen geconfronteerd worden met de positieve en de negatieve effecten van hun eigen gedragingen op de geschiktheid tot behoeftebevrediging van hun eigen schaarse middelen én op de geschiktheid tot behoeftebevrediging van de schaarse middelen van anderen, in de mate dat dit nodig is om deze handelende individuen er toe aan te zetten alle schaarse middelen zo aan te wenden dat zij de grootst mogelijke behoeftebevrediging genereren. Belangrijk daarbij is dat een dergelijk coördinatiemechanisme er dus ook moet voor zorgen dat de betrokken handelende individuen, bij de beslissingen rond hun gedragingen, op passende wijze rekening gaan houden met de effecten van hun gedragingen die voor hen, zonder de tussenkomst van dit coördinatiemechanisme, 'externe effecten' van hun gedragingen zouden blijven⁵⁹⁹. In dit verband is het dan met name gebruikelijk om te stellen dat het betrokken coördinatiemechanisme moet zorgen voor een passende 'internalisatie' van de effecten van de eigen gedragingen. 'Internalisatie' verwijst in dit verband dus met name naar het proces dat er toe leidt dat alle gevolgen van de gedragingen van een individu – ook deze die voorheen geen invloed hadden op zijn mogelijkheden tot behoeftebevrediging – een invloed gaan uitoefenen op zijn

⁵⁹⁵ Voor een meer technische bespreking van een vergelijkbaar voorbeeld in termen van de betrokken marginale private en sociale kosten en baten, zie bijvoorbeeld: N. MANKIW, *Principles of economics*, Mason (o.a.), South-Western Cengage Learning, 2008, p. 205 e.v.; R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p. 622-623.

⁵⁹⁶ Het vanuit maatschappelijk oog punt te veel stellen van het gedrag, volgt uit het gegeven dat het individu enkel de maximalisatie van de eigen behoeftebevrediging nastreeft en het zich voordoen van negatieve externe effecten. Zie in dit verband bijvoorbeeld: R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p. 622; M. DE CLERQ, *Economie toegelicht*, Leuven-Apeldoorn, Garant, 1996, p. 294.

⁵⁹⁷ Voor een meer technische bespreking van een vergelijkbaar voorbeeld in termen van de betrokken marginale private en sociale kosten en baten, zie bijvoorbeeld: N. MANKIW, *Principles of economics*, Mason (o.a.), South-Western Cengage Learning, 2008, p. 207 e.v.; R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p. 623-625.

⁵⁹⁸ Zie bijvoorbeeld: N. MANKIW, *Principles of economics*, Mason (o.a.), South-Western Cengage Learning, 2008, p. 204; R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p. 622.

⁵⁹⁹ Zie bijvoorbeeld: S. BOWLES, *Microeconomics: behavior, institutions, and evolution*, New York, Russell Sage, 2004, p. 41; Vergelijk bijvoorbeeld ook: J. PLASMANS, *Dynamic modeling of monetary and fiscal cooperation among nations*, Berlijn, Springer, 2006, p. 3.

mogelijkheden tot behoeftebevrediging en bijgevolg ook deel gaan uitmaken van zijn afwegingen rond het stellen van deze gedragingen⁶⁰⁰.

A.2. Het ideale coördinatiemechanisme: de perfecte markt

Om nu een coördinatie teweeg te brengen van de gedragingen van individuen, bestaan er verschillende coördinatiemechanismen. Doorgaans worden deze coördinatiemechanismen ingedeeld in de categorieën markten, hiërarchieën en netwerken. In het geval van markten, vloeit het op elkaar afstellen van de gedragingen van individuen voort uit de mogelijkheid van individuen om op een markt, in het licht van een gekende marktprijs voor exclusieve rechten rond dergelijke schaarse middelen, vrijwillige ruiltransacties aan te gaan met elkaar rond hun exclusieve rechten over schaarse middelen. Binnen hiërarchieën gebeurt de coördinatie van de gedragingen van individuen door een centrale autoriteit, die gedragingen subsidieert of belast dan wel individuen, via gedragsregels, bepaalde gedragingen verbiedt of oplegt. Bij sociale netwerken, tenslotte, volgt de coördinatie van gedraging van individuen uit het onderlinge vertrouwen en de bereidheid tot samenwerking tussen de betrokken individuen⁶⁰¹.

Het aangewezen coördinatiemechanisme om de gedragingen van individuen zo op elkaar af te stellen dat deze resulteren in de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart, is volgens het overgrote deel van de economen, in beginsel, een perfecte markt⁶⁰². Een markt slaat daarbij algemeen op een verzameling van kopers en verkopers die door hun daadwerkelijke of potentiële ruiltransacties, de marktprijs bepalen van exclusieve rechten over goederen en diensten⁶⁰³. Een perfecte markt nu, verwijst daarbij naar een markt waarbij bepaalde randvoorwaarden vervuld zijn. Samengevat moeten voor een perfecte markt met name de volgende voorwaarden vervuld zijn: ten

⁶⁰⁰ Zie bijvoorbeeld: R. ARNOLD, *Microeconomics*, Mason, South-Western Cengage Learning, 2008, p. 387; GORDON schrijft in dit verband: “An effect becomes ‘internal’ when law (or the law of nature) brings the impact to bear on an actor who had a role in causing it.” W. GORDON, “Intellectual Property” in P. CAN en M. TUSHNET (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p.622 (“An effect becomes ‘internal’ when law (or the law of nature) brings the impact to bear on an actor who had a role in causing it.”); HOLZHAUER en TEIJL schrijven met betrekking tot de notie ‘internaliseren’: “Het laten meewegen van externe effecten in de besluitvorming, noemen wij het internaliseren van externe effecten. R. HOLZHAUER en R. TEIJL, “Inleiding rechtseconomie”, Arnhem, Gouda Quint, 1995, p. 17.

⁶⁰¹ Zie met betrekking tot deze verschillende types coördinatiemechanismen bijvoorbeeld: P. ADLER, “Market, Hierarchy, and Trust: The Knowledge Economy and the Future of Capitalism”, *Organization Science* 2001, p. 215-234; G. THOMPSON, J. FRANCES R. LEVACIC en J. MITCHELL, “Introduction” in G. THOMPSON, J. FRANCES R. LEVACIC en J. MITCHELL, *Markets, Hierarchies and Networks: The Coordination of Social Life*, Londen, SAGE, 1991, p. 1 e.v. en W. POWELL, “Neither Markets nor Hierarchy. Network Forms of organization” in M. HANDEL, *The sociology of organizations: classic, contemporary, and critical readings*, Thousand Oaks, Sage, 2003, p. 315.

⁶⁰² Zie bijvoorbeeld: D. BESANKO en R. BRAEUTIGAM, *Microeconomics*, Hoboken, John Wiley and Sons, 2010, 786 p.; N. GOODWIN, J. NELSON, F. ACKERMAN en Th. WEISSKOPF, *Microeconomics in Context*, Armonk (N.Y.), Sharpe, 2008, p. 482; R. HALL en M. LIEBERMAN, *Microeconomics: Principles and Applications*, Mason (Ohio), Thomson/South-Western Cengage Learning, 2007, p. 219 e.v.; Met betrekking tot het ‘model van volkomen concurrentie’ schrijven HOLZHAUER en TEIJL uitdrukkelijk: “Er gaat van dit model een grote aantrekkingskracht uit, juist omdat alleen dit model maximale welvaart genereert.” R. HOLZHAUER en R. TEIJL, “Inleiding rechtseconomie”, Arnhem, Gouda Quint, 1995, p. 8; Zie echter ook de nuanceringen met betrekking tot de mogelijkheden van markten om in de praktijk ook steeds tot de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart te leiden, bij bijvoorbeeld: N. GOODWIN, J. NELSON, F. ACKERMAN en Th. WEISSKOPF, *Microeconomics in Context*, Armonk (N.Y.), Sharpe, 2008, p. 483 e.v.; R. HALL en M. LIEBERMAN, *Microeconomics: Principles and Applications*, Mason (Ohio), Thomson/South-Western Cengage Learning, 2007, p. 222 e.v. (“Is Perfect Competition realistic”) en LEVACIC, “Markets. Introduction” in G. THOMPSON, J. FRANCES R. LEVACIC en J. MITCHELL, *Markets, Hierarchies and Networks: The Coordination of Social Life*, Londen, SAGE, 1991, p. 22.

⁶⁰³ PINDYCK en RUBINFELD omschrijven een markt met name als een “collection of buyers and sellers that through their actual or potential interactions, determine the price of a product or set of products” R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p.7; DE CLERQ schrijft: “De markt van een bepaald goed duidt dus het ruilsysteem aan waarbij vragers en aanbieders met elkaar negotiëren over de prijs en de te verhandelen hoeveelheid evenals over andere verkoopsvoorwaarden.”, M. DE CLERQ, *Economie toegelicht*, Leuven-Apeldoorn, Garant, 1996, p. 255.

eerste, het bestaan van werkzame en omvattende exclusieve rechten⁶⁰⁴ op alle schaarse middelen zodat zich geen externe effecten kunnen voordoen rond deze schaarse middelen, ten tweede, het onvermogen van elke marktpartij om onafhankelijk van de andere marktpartijen de marktprijs te beïnvloeden, ten derde, volledige en neutrale kennis bij marktpartijen rond de mogelijke behoeftebevrediging op grond van schaarse middelen en rond de vereiste inzet van schaarse middelen om de betrokken schaarse middelen te vervaardigen of te verkrijgen, en, tenslotte, de afwezigheid van fricties voor marktpartijen bij het reageren op de marktprijs⁶⁰⁵. Indien al deze randvoorwaarden voor een perfecte markt vervuld zijn, dan leidt dit er volgens de economische analyse toe dat de marktprijs de gedragingen van individuen rond schaarse middelen steeds zo op elkaar zal afstellen dat hun gedragingen resulteren in de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart⁶⁰⁶.

In de praktijk zullen de randvoorwaarden voor een perfecte markt echter veelal niet vervuld zijn en zal er sprake zijn van zogeheten ‘marktfalen’. Gevallen van ‘marktfalen’ verwijzen daarbij met name dan naar situaties, waarin de coördinatie door de markt, de gedragingen van individuen niet laten resulteren in de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart, omdat de daartoe vereiste randvoorwaarden voor een perfecte markt niet gegeven zijn⁶⁰⁷.

Niettemin gaat er echter een grote aantrekkingskracht uit van het model van een coördinatie van gedragingen door een perfecte markt. Dit model schetst immers de mogelijkheid van een gedecentraliseerd coördinatiemechanisme, dat er voor zorgt dat, ook wanneer mensen in alle vrijheid, enkel de maximalisatie van de eigen behoeftebevrediging nastreven, hun gedragingen daarbij niettemin ook de grootst mogelijke bijdrage leveren tot het maximaliseren van de maatschappelijke welvaart⁶⁰⁸.

De zonet vermelde aantrekkingskracht van het model van een coördinatie van gedragingen door een perfecte markt, doet de economische analyse ook in eerste instantie opteren voor een coördinatie door markten, als het er op aan komt de gedragingen van individuen in de praktijk op elkaar af te stemmen. Met deze coördinatie door markten als uitgangspunt, neemt de economische analyse veelal aan dat enkel beroep te doen is op een coördinatie van gedragingen via subsidies, belastingen of regelgeving indien dit nodig blijkt om situaties van ‘marktfalen’ te

⁶⁰⁴ Vanuit de continentale rechtstraditie is ‘exclusieve rechten’ juridisch gezien de meest aangewezen term om de bedoelde rechten aan te duiden. In de rechtseconomische analyse, daarin veelal beïnvloed door de Angelsaksische rechtstraditie, is het echter gebruikelijk om in dit verband te spreken van ‘property rights’ of ‘eigendomsrechten’. Zie bijvoorbeeld: D. BESANKO en R. BRAEUTIGAM, *Microeconomics*, Hoboken, John Wiley and Sons, 2010, p. 716 (met name waar deze “property right” omschrijven als “the exclusive control over the use of an asset or resource, without interference by others.”); L. RITTENBERG, *Principles of Microeconomics*, Nyack (N.Y.), Flat World Knowledge, 2008, p. 150 en M. DE CLERQ, *Economie toegelicht*, Antwerpen, Garant, 2006, p. 58.

⁶⁰⁵ De opgesomde randvoorwaarden vormen daarbij in de eerste plaats de reflectie van wat de rechtsleer aanduidt als oorzaken van marktfalen, met name oorzaken van een falen van de markt om gedragingen via de marktprijs zo te coördineren dat ze resulteren in de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart. Deze oorzaken betreffen dan concreet externe effecten van gedragingen, marktmacht, onvolkomen informatie en transactiekosten. Zie bijvoorbeeld: S. CAUHAN, *Microeconomics: An Advanced Treatise*, New Dehli, PHI Learning, 2009, p. 706; S. CHAKRAVARTY, *Microeconomics*, New Dehli, Allied Publishers, 2009, p. 651 e.v. en N. GOODWIN, J. NELSON, F. ACKERMAN en Th. WEISSKOPF, *Microeconomics in Context*, Armonk (N.Y.), Sharpe, 2008, p. 46-47; Daarnaast willen de opgesomde randvoorwaarden ook de voorwaarden weergeven voor een perfecte mededinging, met name, ten eerste, een voldoende groot aantal van aanbieders en afnemers die telkens slecht een klein deel van de totale hoeveelheid van de goederen op de markt aanbieden of afnemen, ten tweede, homogene producten, in de zin dat producten afkomstig van onderscheiden aanbieders voor afnemers verwisselbaar zijn, ten derde, de mogelijkheid voor aanbieders om gemakkelijk de markt te betreden en te verlaten. Zie bijvoorbeeld: S. CHAKRAVARTY, *Microeconomics*, New Dehli, Allied Publishers, 2009, p. 286-287; W. BAUMOL en A. BLINDER, *Microeconomics: principles and policy*, Londen (o.a.), Cengage Learning, 2008, p. 198 en R. HALL en M. LIEBERMAN, *Microeconomics: Principles and Applications*, Mason (Ohio), Thomson/South-Western Cengage Learning, 2007, p. 220.

⁶⁰⁶ Zie bijvoorbeeld: N. GOODWIN, J. NELSON, F. ACKERMAN en Th. WEISSKOPF, *Microeconomics in Context*, Armonk (N.Y.), Sharpe, 2008, p. 482; R. HALL en M. LIEBERMAN, *Microeconomics: Principles and Applications*, Mason (Ohio), Thomson/South-Western Cengage Learning, 2007, p. 219

⁶⁰⁷ LEVACIC, “Markets. Introduction” in G. THOMPSON, J. FRANCES R. LEVACIC en J. MITCHELL, *Markets, Hierarchies and Networks: The Coordination of Social Life*, Londen, SAGE, 1991, p. 22.

⁶⁰⁸ Zie met betrekking tot de aantrekkingskracht van het model van een ideale markt, gekenmerkt door perfecte mededinging, bijvoorbeeld: R. HALL en M. LIEBERMAN, *Microeconomics: Principles and Applications*, Mason (Ohio), Thomson/South-Western Cengage Learning, 2007, p. 222 en R. HOLZHAUER en R. TEIJL, “Inleiding rechtseconomie”, Arnhem, Gouda Quint, 1995, p. 8.

vermijden⁶⁰⁹. Het streven daarbij bestaat er met andere woorden in om de markt zoveel mogelijk tot een perfecte markt te maken en de coördinatie van gedragingen dan zoveel mogelijk over te laten aan de marktprijs. Wat de mogelijkheden betreft van een centrale autoriteit om via subsidies, belastingen of gedragsregels ook zelfstandig, dit wil zeggen los van een marktmechanisme, tot een aangewezen coördinatie van gedragingen te komen, heeft de economische analyse vaak grote twijfels. Het betreft daarbij dan met name twijfels rond de vereiste kennis en neutraliteit in hoofde van een dergelijke centrale autoriteit of overheid om ook daadwerkelijk die coördinatie van gedragingen te implementeren die zal resulteren in de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart⁶¹⁰.

A.3. De coördinatie van gedragingen binnen een perfecte markt

Ten slotte beschrijven we nu ook meer in detail hoe een perfecte markt een coördinatie van gedragingen bereikt die resulteert in de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart. De reden hiervoor is, zoals gezegd, dat de richtlijnen die de economische analyse geeft rond wat intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire kopiëren’ behoren te doen, veelal te begrijpen zijn in het licht van het referentiepunt van de coördinatie van gedragingen binnen een perfecte markt. Bij deze beschrijving, gaan we niet verder in op de hierboven vermelde randvoorwaarden die moeten vervuld zijn opdat een markt, een perfecte markt zou zijn. We gaan er in wat volgt integendeel van uit dat deze randvoorwaarden vervuld zijn en focussen onze bespreking op de manier waarop de perfecte markt gedragingen coördineert.

Aangenomen dat de zonet aangehaalde randvoorwaarden voor een perfecte markt vervuld zijn, steunt een perfecte markt dan met name op in wezen drie pijlers om een coördinatie van gedragingen teweeg te brengen: (A.3.1.) exclusieve rechten over schaarse middelen, (A.3.2.) de mogelijkheid tot het sluiten van vrijwillige ruiltransacties rond deze exclusieve rechten op deze markt en (A.3.3.) een gekende marktprijs waartegen op deze markt dergelijke ruiltransacties plaatsvinden rond de exclusieve rechten over de betrokken schaarse middelen⁶¹¹. Deze drie pijlers vormen dan ook een geschikte leidraad om uiteindelijk (A.3.4.) de werking van de perfecte markt als coördinatiemechanisme toe te lichten.

⁶⁰⁹ N. MANKIW, *Principles of economics*, Mason (o.a.), South-Western Cengage Learning, 2008, p. 489; C. McCONNEL en S. BRUE, *Microeconomics: Principles, Problems, and Policies*, McGraw-Hill Professional, 2004, p. 314 e.v.; B. SALANIÉ, *The microeconomics of market failures*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 2000, p. 8 e.v.; Vergelijk ook: R. HALL en M. LIEBERMAN, *Microeconomics: Principles and Applications*, Mason (Ohio), Thomson/South-Western Cengage Learning, 2007, p.468; Zie ook: R. HOLZHAUER en R. TEIJL, “Inleiding rechtseconomie”, Arnhem, Gouda Quint, 1995, p. 19.

⁶¹⁰ R. COASE, “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law & Economics* 1960, p. 9-10; M. DE CLERQ, *Economie toegelicht*, Leuven-Apeldoorn, Garant, 1996, p.292 e.v., Zie in dit verband ook: N. CUNNINGHAM, “Public Choice: the Economic Analysis of Public Law”, *Federal Law Review*, 1992-1993, p. 117-135.

⁶¹¹ Zie in dit verband bijvoorbeeld: M. DE CLERQ, *Economie toegelicht*, Antwerpen, Garant, 2006, p. 174; C. PAGASO, R. DINIO en G. VILLASIS, *Introductory Microeconomics*, Quezon City, Rex Printing Company, 1994, p. 15; R. LEVACIC, “Markets. Introduction” in G. THOMPSON, J. FRANCES R. LEVACIC en J. MITCHELL, *Markets, Hierarchies and Networks: The Coordination of Social Life*, Londen, SAGE, 1991, p. 21 e.v..

A.3.1. Exclusieve rechten over schaarse middelen

De eerste pijler in de werking van de perfecte markt als coördinatiemechanisme betreft dus werkzame, absolute en overdraagbare, exclusieve rechten van individuen over schaarse middelen⁶¹². Opdat sprake zou zijn van een perfecte markt, is het met name nodig dat alle schaarse middelen en hun gebruik, onder dergelijke absolute en overdraagbare exclusieve rechten vallen van specifieke personen⁶¹³. Van dergelijke absolute en overdraagbare exclusieve rechten over schaarse middelen en hun gebruik, wordt daarbij met het oog op een perfecte markt dan met name het volgende vereist: dat zij de houder van deze exclusieve rechten toelaten om alle anderen van het gebruik van het betrokken schaarse middel uit te sluiten, zodanig dat, de enige manier voor een andere persoon om ooit het gebruik van dit schaarse middel te genieten, er in bestaat om een vrijwillige ruiltransactie aan te gaan met de houder van deze exclusieve rechten, rond het verkrijgen van exclusieve rechten over dit schaarse middelen of één van zijn gebruiksmogelijkheden⁶¹⁴.

Binnen het coördinatiemechanisme van de perfecte markt moeten dergelijke absolute en overdraagbare exclusieve rechten, op die manier met name vermijden dat gedragingen kunnen gepaard gaan met negatieve of positieve externe effecten⁶¹⁵. Dit gaat in beginsel dan als volgt in zijn werk.

Indien een persoon een gedraging wil stellen die een directe negatieve invloed heeft op de geschiktheid tot behoeftebevrediging van een schaarse middel van een ander individu, zal dit ander individu in beginsel kunnen steunen op zijn absolute exclusieve rechten om het stellen van deze gedraging, die in wezen een gebruik zou uitmaken van zijn schaars middel, afhankelijk te maken van het ontvangen van een vergoeding. Op die manier wordt de persoon, die de betrokken gedragingen wil stellen, er ook toe gebracht om, althans in de mate dat hij moet betalen om de betrokken gedraging te stellen, rekening te houden met de negatieve effecten van deze gedraging. De eigenaar van een fiets heeft op grond van zijn eigendomsrecht bijvoorbeeld de bevoegdheid om andere individuen enkel met zijn fiets te laten rondrijden als zij hem een prijs betalen die onder meer de slijtage vergoedt die hun gebruik van de fiets veroorzaakt. Binnen een perfecte markt is het uiteindelijk essentieel dat exclusieve rechten bereiken dat alle effecten van gedragingen die een directe negatieve invloed inhouden op de geschiktheid tot behoeftebevrediging van een schaarse middel van een ander individu, als zij plaatsvinden, ook het

⁶¹² Zie bijvoorbeeld: L. RITTENBERG, *Principles of Microeconomics*, Nyack (N.Y.), Flat World Knowledge, 2008, 539 p.; M. DE CLERQ, *Economie toegelicht*, Antwerpen, Garant, 2006, p. 58 (Die uitdrukkelijk stelt: “*De werking van de markteconomie is gesteund op de afbakening en het afdwingbaar maken v private eigendomsrechten. Zonder dit is het niet mogelijk markten te vormen.*”); H. GRAVELLE en R. REES, *Microeconomics*, Harlow (o.a.), Financial Times/Prentice Hall, 2004, p. 315; Hierbij herinneren we eraan dat, vanuit de continentale rechtstraditie, ‘exclusieve rechten’ juridisch gezien de meest aangewezen term is om de bedoelde rechten aan te duiden. In de economische analyse, daarin veelal beïnvloed door de Angelsaksische rechtstraditie, is het echter gebruikelijk om in dit verband te spreken van ‘property rights’ of ‘eigendomsrechten’. Zie bijvoorbeeld: D. BESANKO en R. BRAEUTIGAM, *Microeconomics*, Hoboken, John Wiley and Sons, 2010, p. 716 (met name waar deze “*property right*” omschrijven als “*the exclusive control over the use of an asset or resource, without interference by others.*”); L. RITTENBERG, *Principles of Microeconomics*, Nyack (N.Y.), Flat World Knowledge, 2008, p. 150.

⁶¹³ L. RITTENBERG, *Principles of Microeconomics*, Nyack (N.Y.), Flat World Knowledge, 2008, p. 150; Zie met betrekking tot het belang van deze beide aspecten verder ook bijvoorbeeld: T. MICELI, “Property” in J. BACKHAUS (ed.), *The Elgar companion to law and economics*, Cheltenham, Elgar, 2005, p. 246 e.v.; S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2004, p.11; H. DEMSETZ, “Toward a Theory of Property Rights II: The Competition between Private and Collective Ownership”, *Journal of Legal Studies* 2002, p. 653 e.v. en H. DEMSETZ, “Towards a Theory of Property Rights”, *The American Economic Review* 1967, p. 347 e.v..

⁶¹⁴ W. BOYES en M. MELVIN, *Microeconomics*, Boston, Houghton Mifflin, 2008, p. 104 (“*The market system Works efficiently only if the benefits derived from consuming a particular good or service are available only to the consumer who buys that good or service.*”); T. MICELI, “Property” in J. BACKHAUS (ed.), *The Elgar companion to law and economics*, Cheltenham, Elgar, 2005, p. 246 e.v.; S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2004, p.11; H. DEMSETZ, “Towards a Theory of Property Rights”, *The American Economic Review* 1967, p. 347.

⁶¹⁵ R. COASE, “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law & Economics* 1960, p. 1-44.

voorwerp uitmaakten van een vrijwillige ruiltransactie, waarin dit andere individu er in toestemde dat zijn schaars middel dit effect ondergaat⁶¹⁶.

Omgekeerd, indien een persoon een gebruik maakt van zijn schaars middel, dat een directe positieve invloed heeft op de geschiktheid tot behoeftebevrediging van de schaarse middelen van een ander individu, zal dit handelende individu dan in beginsel kunnen steunen op zijn absolute exclusieve rechten over zijn schaars middel, om het genot van het gebruik van zijn schaars middel door dit andere individu – met name dan het genot dat verband houdt met de gestegen geschiktheid tot behoeftebevrediging van de schaarse middelen van dit andere individu – afhankelijk te maken van het ontvangen van een vergoeding. In de mate dat het handelende individu een vergoeding ontvangt van andere individuen in ruil voor hun genot van deze positieve effecten van zijn gedraging, zal dit handelende individu op die manier ook rekening gaan houden met deze positieve effecten van zijn gedraging. Een kasteelheer heeft op grond van zijn eigendomsrecht bijvoorbeeld de bevoegdheid om andere individuen enkel met hun fiets te laten rondrijden op zijn landgoed indien zij daarvoor een toegangsprijs betalen die mee de kosten vergoedt die de kasteelheer heeft om het landgoed inderdaad zo te onderhouden dat fietsen op het landgoed aangenamer is dan fietsen buiten het landgoed. Binnen een perfecte markt is het uiteindelijk even essentieel dat exclusieve rechten ook bereiken dat alle effecten van het aanwenden van een schaars middel, die een directe positieve invloed inhouden op de geschiktheid tot behoeftebevrediging van schaarse middelen van een ander individu, als zij plaatsvinden, ook het voorwerp uitmaakten van een vrijwillige ruiltransactie, waarin het handelende individu er in toestemde dat dit andere individu dit positieve effect geniet van het gebruik van zijn schaars middel⁶¹⁷.

A.3.2. Vrijwillige ruiltransacties

De tweede pijler in de werking van de perfecte markt als coördinatiemechanisme betreft dan de mogelijkheid om exclusieve rechten over schaarse middelen en hun gebruik, te transfereren in het kader van vrijwillige ruiltransacties⁶¹⁸. Een dergelijke vrijwillige ruiltransactie rond exclusieve rechten vindt daarbij in principe enkel plaats als alle partijen bij deze ruil daarmee instemmen. In beginsel, zullen de betrokken partijen daarbij dus enkel instemmen met de ruiltransactie als zij van oordeel zijn dat hetgeen zij in ruil *verkrijgen* meer of minstens evenveel bijdraagt tot hun behoeftebevrediging als datgene wat zij in ruil *geven*⁶¹⁹.

Bij een dergelijke vrijwillige ruiltransactie treft een individu met een bepaalde ‘vraag’ naar exclusieve rechten over bepaalde schaarse middelen en hun gebruik dus een individu met een bepaalde ‘aanbod’ aan exclusieve rechten over dergelijke schaarse middelen en hun gebruik. In het licht van de betrokken ‘vraag’ en het betrokken ‘aanbod’ gaan deze individuen dan na of het voor hen voordelig is om een ruiltransactie af te sluiten met elkaar. De ‘vraag’ die een persoon heeft naar exclusieve rechten over bepaalde schaarse middelen of hun gebruik, betreft daarbij met name de hoeveelheid eenheden van die schaarse middelen of hun gebruik, die deze persoon kan en wil afnemen, in functie van de onderscheiden prijzen, die hij moet geven in ruil voor exclusieve rechten over een eenheid van die schaarse middelen of hun gebruik⁶²⁰. Bij het vaststellen van zijn eventuele ‘vraag’ rond exclusieve rechten over bepaalde schaarse middelen of hun gebruik, zal een persoon zich, in beginsel, dan laten leiden door de volgende afweging: zijn inschatting rond de onderscheiden omvang van het ‘consumentensurplus’ dat hij kan realiseren bij het aanschaffen van exclusieve rechten over onderscheiden schaarse middelen of hun gebruik. Dit ‘consumentensurplus’ is daarbij, in essentie, gelijk aan de mate waarin de behoeftebevrediging, die deze persoon

⁶¹⁶ R. COOTER en T. ULEN, *Law and Economics*, Scott, Foresman and Company, Glenview, Illinois, 1988, p. 45.

⁶¹⁷ R. COOTER en T. ULEN, *Law and Economics*, Scott, Foresman and Company, Glenview, Illinois, 1988, p. 45.

⁶¹⁸ Zie in dit verband bijvoorbeeld: T. MICELI, “Property” in J. BACKHAUS (ed.), *The Elgar companion to law and economics*, Cheltenham, Elgar, 2005, p. 252 e.v.; S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2004, p.18 e.v. en H. DEMSETZ, “Towards a Theory of Property Rights”, *The American Economic Review* 1967, p. 347 e.v..

⁶¹⁹ J. TAYLOR en A. WEERAPANA, *Principles of microeconomics*, Boston, Abingdon - Houghton Mifflin, 2009, p. 5.

⁶²⁰ Zie bijvoorbeeld: T. JAIN en V. OHRI, *Principles of microeconomics*, New Delhi, V.K. Publications, 2009, p.23; R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p. 103.

kan realiseren op grond van de onderscheiden schaarse middelen of hun gebruik, de prijs overstijgt, die hij moet geven om exclusieve rechten te verkrijgen over deze onderscheiden schaarse middelen of hun gebruik⁶²¹. Voor elk van zijn behoeften, zal deze persoon daarbij in het bijzonder de omvang nagaan van zijn consumentensurplus, dat hij kan bereiken door de aanschaf van exclusieve rechten over de onderscheiden ‘substituten’ voor het bevredigen van de betrokken behoefte. Substituten verwijzen daarbij naar onderscheiden schaarse middelen, die minstens in bepaalde opzichten, gelijkaardige behoeften kunnen bevredigen⁶²². Coca Cola en Pepsi Cola zijn bijvoorbeeld typische substituten⁶²³. In het licht van de onderscheiden substituten voor het bevredigen van één van zijn behoeften, zal de ‘vraag’ van het individu steeds gericht zijn op dat schaarse middel, dat tegen de laagste prijs de hoogst mogelijke mate van behoeftebevrediging toelaat en dat dus het hoogste consumentensurplus oplevert⁶²⁴. Wat het substituuat betreft, dat een persoon het hoogste consumentensurplus oplevert, zal de betrokken persoon dan exclusieve rechten blijven vragen over bijkomende eenheden van deze schaarse middelen of hun gebruik, net zolang totdat de mate van behoeftebevrediging op grond van de laatst verkregen eenheid, het zogeheten ‘marginale nut’, hoger is dan de prijs die te betalen is voor de exclusieve rechten over deze laatst verkregen eenheid. Het ‘aanbod’ dat een persoon doet rond exclusieve rechten over bepaalde schaarse middelen of hun gebruik, betreft daarbij met name de hoeveelheid eenheden van die schaarse middelen of hun gebruik, die deze persoon kan en wil aanbieden, in functie van onderscheiden prijzen, die hij krijgt in ruil voor exclusieve rechten over een eenheid van dit schaarse middelen of hun gebruik⁶²⁵. Bij het bepalen van zijn eventuele ‘aanbod’ rond exclusieve rechten over bepaalde schaarse middelen of hun gebruik, zal een persoon zich, in principe, dan laten leiden door de volgende afweging: zijn inschatting rond de omvang van het ‘verkopers-’ of ‘producentensurplus’ dat hij kan realiseren bij het in ruil geven van exclusieve rechten over die bepaalde schaarse middelen of hun gebruik. Dit ‘verkopers-’ of ‘producentensurplus’ komt daarbij overeen met de mate waarin de prijs, die de aanbieder daadwerkelijk ontvangt voor de aangeboden exclusieve rechten over een bepaald schaars middel of het gebruik ervan, zijn ‘opportuiniteitskosten’ overstijgen, die verbonden zijn aan het in ruil geven van deze exclusieve rechten over dit schaars middel of het gebruik ervan⁶²⁶. Opportuiniteitskosten verwijzen daarbij naar de hoogst mogelijke mate van behoeftebevrediging, die een alternatieve optie toeliet, maar die echter niet meer gerealiseerd kan worden

⁶²¹ Het consumentensurplus is daarbij met name gelijk aan de mate waarin de maximumprijs die een afnemer wilde en kon geven voor exclusieve rechten over een schaars middel, de prijs overstijgt, die deze afnemer bij de ruiltransactie daadwerkelijk gaf om deze exclusieve rechten over dit schaars middel te verkrijgen. De maximumprijs die afnemers daarbij willen geven voor exclusieve rechten over een schaars middel, volgt daarbij uit de mate van behoeftebevrediging, die deze afnemers weten te realiseren op grond van de verschillende gedragingen ten aanzien van dit schaars middel, die onder de verkregen exclusieve rechten vallen. Met betrekking tot de notie ‘consumentensurplus’, zie bijvoorbeeld: R. ARNOLD, *Macroeconomics*, Mason (Ohio), Thomson/South-Western, 2007, p. 83; B. DE BORGER en A. VAN POECK, *Algemene economie*, Antwerpen, De Boeck, 2006, p. 256 en R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p. 123 en p. 289.

⁶²² Zie bijvoorbeeld: N. GOODWIN, J. NELSON, J. HARRIS, B. ROACH en J. DEVINE, *Macroeconomics in context*, Armonk (o.a.), Sharpe, 2009, p.78, W. McEACHERN, *Macroeconomics: A Contemporary Introduction*, Mason, South-Western/Cengage Learning, 2009, p. 76 en R. ARNOLD, *Microeconomics*, Mason, South-Western Cengage Learning, 2008, p. 64 (“*Substitutes: Two goods that satisfy similar needs or desires.*”).

⁶²³ Zie in die zin bijvoorbeeld: R. ARNOLD, *Microeconomics*, Mason, South-Western Cengage Learning, 2008, p. 64.

⁶²⁴ Zie bijvoorbeeld: W. McEACHERN, *Macroeconomics: A Contemporary Introduction*, Mason, South-Western/Cengage Learning, 2009, p. 76 en R. ARNOLD, *Macroeconomics*, Mason (Ohio), Thomson/South-Western, 2007, p. 64 (“*If two goods are substitutes the demand for one rises as the price of the other rises (or the demand for one falls as the price of the other falls.*”).

⁶²⁵ Zie bijvoorbeeld: T. JAIN en V. OHRI, *Principles of microeconomics*, New Dehli, V.K. Publications, 2009, p.21 en N. MANKIW, *Principles of economics*, Mason (o.a.), South-Western Cengage Learning, 2008, p. 73.

⁶²⁶ Het producentensurplus is met name gelijk aan de mate waarin de prijs, die de aanbieder daadwerkelijk ontvangt voor de aangeboden exclusieve rechten over een schaars middel, de minimumprijs overstijgt waarvoor deze aanbieder bereid zou geweest zijn de betrokken exclusieve rechten over dit schaars middel te verlenen. De minimumprijs, waarvoor een aanbieder bereid is zijn exclusieve rechten te verlenen over een bepaald schaars middel, komt daarbij in principe overeen met zijn opportuiniteitskosten, bij het verlenen van zijn exclusieve rechten over dat bepaald schaars middel. Zie bijvoorbeeld: J. GWARTNEY, R. STROUP, R. SOBEL en D. MACPHERSON, *Macroeconomics: Public and Private Choice*, Mason (OH), South-Western Cengage Learning, 2009, p. 66 en R. ARNOLD, *Macroeconomics*, Mason (Ohio), Thomson/South-Western, 2008, p. 76.

gezien de uiteindelijk keuze voor een andere optie⁶²⁷. Voor een persoon, die exclusieve rechten aanbiedt over een bestaand schaars middel, komen deze opportuïteitskosten dan concreet overeen met de hoogst mogelijke mate van behoeftebevrediging, die deze persoon zou kunnen bereiken op grond van de aanwending van het betrokken schaarse middel, indien hij de betrokken exclusieve rechten niet in ruil geeft⁶²⁸. Voor een persoon, die een bepaalde hoeveelheid van het aangeboden schaarse middel vervaardigde, komen deze opportuïteitskosten dan overeen met de hoogst mogelijke mate van behoeftebevrediging, die hij had kunnen bereiken, door die schaarse middelen, die hij inzette voor het vervaardigen van de aangeboden hoeveelheid van het schaarse middel, een alternatieve aanwending te geven⁶²⁹. Wat dit laatste geval betreft, is overigens op te merken dat, in het geval een persoon schaarse middelen kan inzetten voor de productie van meerdere soorten, te vervaardigen schaarse middelen, zijn inschatting rond het daarbij te realiseren producentensurplus, in beginsel ook als leidraad dient voor het volgende: zijn beslissing rond welke soort, te vervaardigen schaarse middelen hij eventueel wil gaan produceren op grond van de betrokken schaarse middelen. Concreet zal deze persoon daarbij dan afwegen in welke mate de prijs voor exclusieve rechten over de onderscheiden soorten, te vervaardigen schaarse middelen of hun gebruik, de opportuïteitskosten overstijgt, die verbonden zijn de inzet van schaarse middelen om dit aanbod mogelijk te maken. Uiteindelijk zal de betrokken persoon de betrokken schaarse middelen enkel inzetten voor het produceren van andere te vervaardigen schaarse middelen *als* hij op die manier een producentensurplus kan realiseren en zal hij hen bovendien inzetten voor de productie van *die soort*, te vervaardigen schaarse middelen die hem het hoogste producentensurplus opleveren. Wat hun concrete aanbod betreft van exclusieve rechten over schaarse middelen of hun gebruik, geldt dan dat personen, in beginsel bereid zijn om exclusieve rechten te blijven aanbieden over bijkomende eenheden van deze schaarse middelen of hun gebruik, net zolang totdat de opportuïteitskosten rond het inruil geven van exclusieve rechten over de laatst aangeboden eenheid, veelal kortweg aangeduid als de ‘marginale kosten’, lager zijn dan de prijs die verkregen wordt in ruil voor de exclusieve rechten over deze laatste eenheid⁶³⁰.

Indien het binnen een perfecte markt nu inderdaad tot een vrijwillige ruiltransactie komt tussen individuen rond exclusieve rechten over bepaalde schaarse middelen en hun gebruik dan geldt daarbij in beginsel het volgende: rekening houdend met hun behoeftebevrediging die daadwerkelijk mogelijk is op grond van de exclusieve rechten over de betrokken, geruilde schaarse middelen, zijn deze exclusieve rechten uiteindelijk in handen gekomen van de partij bij deze ruil die in staat is om op grond van deze exclusieve rechten de grotere mate van behoeftebevrediging te realiseren.

In de eerste plaats geldt immers dat de partijen bij de ruil, voorafgaand aan hun akkoord, in beginsel overwogen hebben welke behoeftebevrediging zij kunnen bereiken op grond van de gedragingen die de geruilde exclusieve rechten controleren over de schaarse middelen die zij in ruil krijgen en de schaarse middelen die zij in ruil geven. Belangrijk hierbij is dat de exclusieve rechten over deze schaarse middelen daarbij binnen een perfecte markt, zoals aangegeven, ook van die aard zijn dat ze de betrokken partijen rekening doen houden met alle positieve en negatieve effecten van gedragingen rond de betrokken schaarse middelen. Aangezien de betrokken partijen dit

⁶²⁷ Zie bijvoorbeeld: J. GWARTNEY, R. STROUP, R. SOBEL en D. MACPHERSON, *Macroeconomics: Public and Private Choice*, Mason (OH), South-Western Cengage Learning, 2009, p. 9 (“Opportunity cost: the highest valued alternative that must be sacrificed as a result of choosing an option”); W. BOYES en M. MELVIN, *Macroeconomics*, Mason (Ohio), South-Western Cengage Learning, 2008, p. 28.

⁶²⁸ Zie in dit verband de uitdrukkelijke notie ‘sellers surplus’ bij bijvoorbeeld: R. ARNOLD, *Macroeconomics*, Mason (Ohio), Thomson/South-Western, 2007, p. 76.

⁶²⁹ J. GWARTNEY, R. STROUP, R. SOBEL en D. MACPHERSON, *Macroeconomics: Public and Private Choice*, Mason (OH), South-Western Cengage Learning, 2009, p. 76.

⁶³⁰ Zie bijvoorbeeld: S. CHAKRAVARTY, *Microeconomics*, New Dehli, Allied Publishers, 2009, p. 290 e.v. en 351 e.v.; H. GRAVELLE en R. REES, *Microeconomics*, Harlow (o.a.), Financial Times/Prentice Hall, 2004, p. 150, p. 170 en p. 192; De ‘marginale kosten’ verwijzen daarbij meerbepaald naar de door de laatst geproduceerde eenheid veroorzaakte toename in de opportuïteitskosten van de bij de productie van de gevraagde schaarse middelen, ingezette schaarse middelen. Zie in dit verband bijvoorbeeld: J. TAYLOR en A. WEERAPANNA, *Principles of microeconomics*, Boston, Abingdon - Houghton Mifflin, 2009, p. 156; W. BOYES en M. MELVIN, *Macroeconomics*, Mason (Ohio), South-Western Cengage Learning, 2008, p. 29 (*Marginal cost or marginal opportunity cost: the amount of one good or service that must be given up to obtain one additional unit of another good or service; no matter how many units are being produced.*”); B. DE BORGER en A. VAN POECK, *Algemene economie*, Antwerpen, De Boeck, 2006, p. 186.

alles in overweging nemen bij de ruiltransactie en in die zin tot voorwerp maken van deze ruiltransactie, reflecteert de prijs die ze bij een dergelijke vrijwillige ruiltransacties overeenkomen voor het ruilen van de betrokken exclusieve rechten, binnen een perfecte markt, ook hun daadwerkelijke evaluatie van de door deze rechten gecontroleerde behoeftebevrediging op grond van het betrokken schaarse middel en, in voorkomend geval, ook van de alternatieve behoeftebevrediging die mogelijk geweest was op grond van alle schaarse middelen, die ingezet werden om het betrokken schaarse middel te produceren⁶³¹.

In de tweede plaats geldt dan ook dat na afloop van een vrijwillige ruiltransactie de exclusieve rechten over schaarse middelen in de handen gekomen zijn van de persoon die in staat is om een grotere mate van behoeftebevrediging te realiseren op grond van deze schaarse middelen, zij het door zijn eindgebruik zij het door zijn productieve aanwending van het betrokken schaarse middel⁶³². Het is in beginsel immers net het gegeven dat de persoon die de exclusieve rechten verkrijgt, ook in staat is om op die manier een grotere behoeftebevrediging te realiseren dan de persoon, die deze exclusieve recht in ruil geeft, dat ook maakt dat de betrokken persoon bereid is om een prijs te geven in ruil voor de betrokken exclusieve rechten, waarvoor de andere persoon bereid is deze in ruil te geven, met name dan een prijs die de mogelijke behoeftebevrediging overstijgt die deze laatste persoon in het licht van de betrokken exclusieve rechten weet te realiseren op grond van de betrokken schaarse middelen⁶³³.

A.3.3. Marktprijs

De derde pijler in de werking van de perfecte markt als coördinatiemechanisme, is dan dat de daadwerkelijke en potentiële, vrijwillige ruiltransacties rond exclusieve rechten over schaarse middelen en hun gebruik, aanleiding geven tot een door marktpartijen gekende ‘marktprijs’ voor exclusieve rechten over dergelijke schaarse middelen en hun gebruik⁶³⁴. Deze marktprijs geeft dan aan tegen welke prijs marktpartijen bereid zijn om exclusieve rechten te ruilen over dergelijke schaarse middelen en hun gebruik⁶³⁵.

Binnen het coördinatiemechanisme van een markt, is de marktprijs het cruciale element dat de eigenlijke coördinatie teweegbrengt van de gedragingen van de marktpartijen. De verklaring hiervoor is in wezen dat de marktprijs voor exclusieve rechten over schaarse middelen en hun gebruik, enerzijds, tot stand komt in het licht van de individuele gedragingen van alle betrokken marktpartijen die verband houden met deze schaarse middelen en, anderzijds, alle marktpartijen bij hun gedragingen die verband houden met deze schaarse middelen tegelijk ook rekening houden met deze marktprijs. De kern van de coördinatie is met andere woorden dat alle marktpartijen, als zij met het oog op het maximaliseren van hun eigen behoeftebevrediging hun individuele gedragingen vastleggen rekening houdend met de marktprijs, zij daarbij in wezen ook rekening houden met de gedragingen van

⁶³¹ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld ook COOTER en ULEN, die schrijven: “...*in contrast, an economic effect external to a market exchange may be involuntary and harmful. So a harmful externality is defined as a cost or benefit that the voluntary actions of one or more people imposes or confers on a third party or parties without their consent.*” R. COOTER en T. ULEN, *Law and Economics*, Scott, Foresman and Company, Glenview, Illinois, 1988, p. 45; Vergelijk ook MEADE, die schrijft: “*In fact the problem of deciding exactly where one wishes to draw the line between an internality and an externality in economic analysis is not at all straightforward; ... The first point to notice is that an economic decision may be taken by one decision-maker or jointly by a number of decision-makers. ... All sales and purchases are joint decisions; and both the buyer and the seller are consenting parties to (i.e. internal to) the transaction.*” J. MEADE, *The theory of economic externalities: the control of environmental pollution and similar social costs*, Alphen aan den Rijn (o.a.), Sijthoff en Noordhoff, 1979, p. 15-16.

⁶³² Zie in dit verband bijvoorbeeld: N. GOODWIN, J. NELSON, F. ACKERMAN en Th. WEISSKOPF, *Microeconomics in Context*, Armonk (N.Y.), Sharpe, 2008, p. 45 e.v. (“3.5. Economic coordination by exchange”); B. VAN VELTHOVEN en P. VAN WIJCK, *Recht en efficiëntie: een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer, Kluwer, 2007, p. 86-87; J. BACKHAUS, *The Elgar companion to law and economics*, Cheltenham, Elgar, 2005, p. 13.

⁶³³ Zie bijvoorbeeld: J. TAYLOR en A. WEERAPANA, *Principles of microeconomics*, Boston, Abingdon - Houghton Mifflin, 2009, p. 5.

⁶³⁴ Zie bijvoorbeeld: G. THOMPSON, J. FRANCES R. LEVACIC en J. MITCHELL, *Markets, Hierarchies and Networks: The Coordination of Social Life*, Londen, SAGE, 1991, p. 6; M. DE CLERQ, *Economie toegelicht*, Leuven-Apeldoorn, Garant, 1996, p. 97-98.

⁶³⁵ A. SCHOTTER, *Microeconomics: A Modern Approach*, Mason (Ohio), South-Western Cengage Learning, 2008, p. 109 and R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p. 116.

alle andere individuen die aanleiding gaven tot die marktprijs⁶³⁶. Binnen een perfecte markt vloeit de marktprijs rond exclusieve rechten over schaarse middelen en hun gebruik immers voort uit de daadwerkelijke en potentiële ruiltransacties tussen marktpartijen in het licht van de ‘marktvraag’ en het ‘marktaanbod’ rond exclusieve rechten over deze schaarse middelen en hun gebruik⁶³⁷. De ‘marktvraag’ slaat daarbij op de som van de vraag bij alle individuele marktpartijen naar exclusieve rechten over bepaalde hoeveelheden van de betrokken schaarse middelen of het gebruik ervan⁶³⁸. Het ‘marktaanbod’ betreft daarbij de som van het aanbod bij alle individuele marktpartijen rond exclusieve rechten over bepaalde hoeveelheden van de betrokken schaarse middelen het gebruik ervan⁶³⁹.

De marktprijzen binnen perfecte markten rond onderscheiden schaarse middelen, fungeren hierbij vanuit de optiek van de perfecte markt als coördinatiemechanisme als een indicator voor de relatieve schaarste en de relatieve capaciteit tot behoeftebevrediging van schaarse middelen⁶⁴⁰. In gevallen van een ‘onderaanbod’, waar de marktvraag rond bepaalde schaarse middelen dus relatief hoog is, in verhouding tot het marktaanbod ervan, resulteert dit in een relatief hoge marktprijs voor exclusieve rechten over deze schaarse middelen en hun gebruik⁶⁴¹. Als er immers meerdere kandidaat afnemers zijn van exclusieve rechten over een bepaald schaars middel en het aanbod aan deze schaarse middelen ontoereikend is om in de vraag van allen te voorzien, zullen deze afnemers immers in de regel tegen elkaar gaan opbieden om de exclusieve rechten te kunnen verkrijgen over het betrokken schaarse middel⁶⁴². In gevallen van een ‘overaanbod’ daarentegen, waar het marktaanbod rond bepaalde schaarse middelen dus relatief hoog is in verhouding tot de marktvraag ernaar, resulteert dit in een relatief lage marktprijs voor exclusieve rechten over deze schaarse middelen en hun gebruik⁶⁴³. Bij een dergelijk overaanbod doet zich immers vooral het fenomeen voor dat, in zoverre er meerdere aanbieders zijn van exclusieve rechten over de betrokken schaarse middelen, dit tot gevolg heeft dat deze aanbieders met elkaar in concurrentie treden om met een zo laag mogelijke prijs, zo veel mogelijk afnemers voor hun aanbod te winnen⁶⁴⁴.

Binnen een perfecte markt zal de marktprijs voor exclusieve rechten over bepaalde schaarse middelen of hun gebruik, als een reflectie van de relatieve schaarste en de relatieve capaciteit tot behoeftebevrediging van de betrokken schaarse middelen, echter automatisch ook een invloed hebben op de gedragingen van marktpartijen rond de betrokken schaarse middelen⁶⁴⁵. De marktprijs voor exclusieve rechten over bepaalde schaarse middelen

⁶³⁶ Zie bijvoorbeeld: J. GWARTNEY, R. STROUP, R. SOBEL en D. MACPHERSON, *Macroeconomics: Public and Private Choice*, Mason (OH), South-Western Cengage Learning, 2009, p. 77 e.v. (over verschillende functies van prijs: signaal etc) en W. BAUMOL en A. BLINDER, *Macroeconomics: principles and policy*, Mason (Ohio), South-Western Cengage Learning, 2009, 420 p..

⁶³⁷ Zie bijvoorbeeld: D. BESANKO en R. BRAEUTIGAM, *Microeconomics*, Hoboken, John Wiley and Sons, 2010, p. 337; T. JAIN en V. OHRI, *Principles of microeconomics*, New Dehli, V.K. Publications, 2009, p.35; W. McEACHERN, *Microeconomics: A Contemporary Introduction*, Mason, South-Western/Cengage Learning, 2009, p. 4.

⁶³⁸ Zie bijvoorbeeld: T. JAIN en V. OHRI, *Principles of microeconomics*, New Dehli, V.K. Publications, 2009, p.22 e.v..

⁶³⁹ A. SCHOTTER, *Microeconomics: A Modern Approach*, Mason (Ohio), South-Western Cengage Learning, 2008, p. 109 en R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p. 116 e.v..

⁶⁴⁰ Zie bijvoorbeeld: W. McEACHERN, *Microeconomics: A Contemporary Introduction*, Mason, South-Western/Cengage Learning, 2009, p. 43, 98 en 109; B. DE BORGER en A. VAN POECK, *Algemene economie*, Antwerpen, De Boeck, 2006, p. 29; R. ARNOLD, *Microeconomics*, Mason, South-Western Cengage Learning, 2008, p. 56; R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p. 20-21.

⁶⁴¹ W. McEACHERN, *Macroeconomics: A Contemporary Introduction*, Mason, South-Western/Cengage Learning, 2009, p. 83; R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p. 24.

⁶⁴² Zie bijvoorbeeld: H. GRAVELLE en R. REES, *Microeconomics*, Harlow (o.a.), Financial Times/Prentice Hall, 2004, p. 180; N. MANKIW, *Principles of economics*, Mason (o.a.), South-Western Cengage Learning, 2008, p. 139 en T. JAIN en V. OHRI, *Principles of microeconomics*, New Dehli, V.K. Publications, 2009, p. 37.

⁶⁴³ W. McEACHERN, *Macroeconomics: A Contemporary Introduction*, Mason, South-Western/Cengage Learning, 2009, p. 82; W. BOYES en M. MELVIN, *Microeconomics*, Boston, Houghton Mifflin, 2008, p. 59.

⁶⁴⁴ R. ARNOLD, *Macroeconomics*, Mason (Ohio), Thomson/South-Western, 2007, p. 80.

⁶⁴⁵ Zie bijvoorbeeld: G. THOMPSON, J. FRANCES R. LEVACIC en J. MITCHELL, *Markets, Hierarchies and Networks: The Coordination of Social Life*, Londen, SAGE, 1991, p. 6; M. DE CLERQ, *Economie toegelicht*, Leuven-Apeldoorn, Garant, 1996, p. 97-98.

of hun gebruik, zal daarbij met name een invloed uitoefenen op de gedragingen van de betrokken marktpartijen in het licht van hun mogelijkheid om tegen de marktprijs eventueel vrijwillige ruiltransacties aan te gaan rond exclusieve rechten over de betrokken schaarse middelen⁶⁴⁶. Een persoon, die exclusieve rechten heeft over de betrokken schaarse middelen, zal wanneer hij nagaat hoe hij zijn behoeftebevrediging kan maximaliseren door de aanwending van deze schaarse middelen, ook rekening gaan houden met de marktprijs die hij kan krijgen in ruil voor exclusieve rechten over de betrokken schaarse middelen⁶⁴⁷. De marktprijs signaleert deze persoon immers dat hij op de betrokken markt afnemers zal vinden, die bereid zijn om hem de marktprijs te geven in ruil voor deze exclusieve rechten. Een persoon, die nog geen exclusieve rechten heeft over de betrokken schaarse middelen of hun gebruik maar meent dat deze kunnen bijdragen tot de maximalisatie van zijn behoeftebevrediging, zal rekening houden met de marktprijs die hij moet geven in ruil voor exclusieve rechten over deze schaarse middelen, wanneer hij nagaat hoe hij zijn behoeftebevrediging kan maximaliseren op grond van de aanwending van de schaarse middelen waarover hij wel exclusieve rechten heeft. De marktprijs signaleert deze persoon immers dat hij op de betrokken markt personen zal vinden, die bereid zijn om hem tegen de marktprijs exclusieve rechten in ruil te geven rond de betrokken schaarse middelen, waarvan hij meent dat zij kunnen bijdragen tot de maximalisatie van zijn behoeftebevrediging. Eventueel kan deze persoon dan tot het besluit komen dat het beter is om zijn exclusieve rechten over zijn schaarse middelen te ruilen voor exclusieve rechten over de betrokken schaarse middelen die aangeboden worden tegen de marktprijs⁶⁴⁸.

In gevallen van een overaanbod aan exclusieve rechten over bepaalde schaarse middelen of hun gebruik, zal de relatief lage marktprijs voor dergelijke exclusieve rechten, die daar, zoals aangegeven, uit resulteert, met name de volgende reacties uitlokken bij marktpartijen. Enerzijds, is de lagere marktprijs voor exclusieve rechten op de betrokken schaarse middelen, voor individuen een reden om het aantal eenheden dat ze van deze schaarse middelen willen verkrijgen te verhogen⁶⁴⁹. De lagere marktprijs zorgt er immers voor dat meer afnemers een consumentensurplus kunnen realiseren door de aanschaf van de betrokken schaarse middelen en dat het marginale nut van exclusieve rechten over bijkomende eenheden van de betrokken schaarse middelen, voor een grotere afgenomen totale hoeveelheid eenheden, nog hoger blijft dan marktprijs. Deze reactie zorgt er dus voor dat de marktvraag stijgt. Anderzijds brengt de lagere marktprijs voor exclusieve rechten op de betrokken schaarse middelen er producenten toe om minder eenheden van deze schaarse middelen te gaan produceren⁶⁵⁰. De lagere prijs zorgt er immers voor dat de marginale kosten van het produceren van een bijkomende eenheid van de betrokken schaarse middelen, reeds bij een kleinere hoeveelheid geproduceerde eenheden, boven de in ruil verkregen marktprijs komen te liggen. De lagere marktprijs kan er ook voor zorgen dat het aantal producenten afneemt dat de betrokken schaarse middelen nog produceert met de bedoeling deze aan te bieden op de betrokken markt⁶⁵¹. De lagere marktprijs zal er immers voor zorgen dat steeds minder producenten nog in staat zijn om het hoogst mogelijke producentensurplus te realiseren bij het produceren en aanbieden van de betrokken schaarse middelen. Op termijn zet dit er hen dan ook toe aan om de productie van de betrokken schaarse middelen te staken en om hun schaarse middelen die zij vroeger daartoe inzetten voortaan een andere aanwending te geven⁶⁵². Deze reacties zorgen er dus voor dat het marktaanbod daalt. De lagere marktprijs bij een overaanbod aan exclusieve rechten op de betrokken schaarse middelen of hun gebruik, zal er uiteindelijk voor zorgen dat de marktvraag stijgt en het marktaanbod daalt, totdat het marktaanbod opnieuw aansluit op de marktvraag⁶⁵³.

⁶⁴⁶ Zie in dit verband bijvoorbeeld: N. GOODWIN, J. NELSON, F. ACKERMAN en Th. WEISSKOPF, *Microeconomics in Context*, Armonk (N.Y.), Sharpe, 2008, p. 45 e.v. (“3.5. Economic coordination by exchange”).

⁶⁴⁷ Zie bijvoorbeeld: J. GWARTNEY, R. STROUP, R. SOBEL en D. MACPHERSON, *Macroeconomics: Public and Private Choice*, Mason (OH), South-Western Cengage Learning, 2009, p. 77 e.v..

⁶⁴⁸ Zie bijvoorbeeld: M. DE CLERQ, *Economie toegelicht*, Leuven-Apeldoorn, Garant, 1996, p. 97-98.

⁶⁴⁹ W. McEACHERN, *Macroeconomics: A Contemporary Introduction*, Mason, South-Western/Cengage Learning, 2009, p. 82.

⁶⁵⁰ T. JAIN en V. OHRI, *Principles of microeconomics*, New Dehli, V.K. Publications, 2009, p. 37.

⁶⁵¹ S. CHAKRAVARTY, *Microeconomics*, New Dehli, Allied Publishers, 2009, p. 314 e.v..

⁶⁵² R. HALL en M. LIEBERMAN, *Microeconomics: Principles and Applications*, Mason (Ohio), Thomson/South-Western Cengage Learning, 2007, p. 235 e.v..

⁶⁵³ R. ARNOLD, *Macroeconomics*, Mason (Ohio), Thomson/South-Western, 2007, p. 80 en R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p. 24.

In gevallen van een onderaanbod aan exclusieve rechten over bepaalde schaarse middelen of hun gebruik, zal de relatief lage marktprijs voor dergelijke exclusieve rechten, die daar, zoals aangegeven, uit resulteert, met name de volgende reacties uitlokken bij marktpartijen. Enerzijds, is de hogere marktprijs voor exclusieve rechten op de betrokken schaarse middelen, voor afnemers een reden om het aantal eenheden van deze schaarse middelen, waarover zij exclusieve rechten willen verkrijgen, te verminderen of zelfs tot nul te herleiden⁶⁵⁴. De hogere prijs maakt immers dat het marginale nut van exclusieve rechten over bijkomende eenheden van de betrokken schaarse middelen sneller lager zal zijn dan marktprijs, of, dat consumenten geen consumentensurplus kunnen realiseren door de aanschaf van de betrokken schaarse middelen. Anderzijds zet de hogere marktprijs voor exclusieve rechten op de betrokken schaarse middelen, producenten er echter toe aan om meer eenheden van deze schaarse middelen te gaan produceren⁶⁵⁵. De hogere prijs maakt immers dat de marginale kosten van het produceren van een bijkomende eenheid van de betrokken schaarse middelen, voor een grotere hoeveelheid geproduceerde eenheden, lager blijven liggen dan de in ruil verkregen marktprijs. De hogere marktprijs kan er ook voor zorgen dat het aantal producenten toeneemt dat de betrokken schaarse middelen gaat produceren met de bedoeling deze aan te bieden op de betrokken markt⁶⁵⁶. De hogere marktprijs zal er dan immers voor zorgen dat steeds meer producenten in staat zijn om het hoogst mogelijke producentensurplus te realiseren bij het produceren en aanbieden van de betrokken schaarse middelen. Dit betekent dus dat steeds meer producenten hun schaarse middelen die zij vroeger een andere aanwending gaven, op termijn gaan inzetten om de betrokken schaarse middelen te produceren⁶⁵⁷. Deze reacties zorgen er dus voor dat het marktaanbod stijgt. De hogere marktprijs bij een onderaanbod aan exclusieve rechten op de betrokken schaarse middelen of hun gebruik, zal er uiteindelijk dus voor zorgen dat de marktvraag daalt en het marktaanbod stijgt, totdat het marktaanbod opnieuw aansluit op de marktvraag⁶⁵⁸.

Binnen een perfecte markt zal de marktvraag naar schaarse middelen die een bepaalde behoefte kunnen bevredigen op termijn ook voldaan worden door het aanbod aan schaarse middelen dat de laagst mogelijke inzet aan schaarse middelen vraagt om die behoeftebevrediging te realiseren. Binnen een perfecte markt zullen er immers, in beginsel, steeds meerdere personen klaarstaan om een bepaald soort schaarse middelen met een bepaalde capaciteit tot behoeftebevrediging aan te bieden, indien het voor hen, in het licht van de marktvraag naar dit soort schaarse middelen, mogelijk is om een producentensurplus te realiseren bij het in ruil geven van exclusieve rechten over dergelijke schaarse middelen of hun gebruik⁶⁵⁹. Kandidaat consumenten van de betrokken soort schaarse middelen, zullen daarbij dan echter, met het oog op het maximaliseren van hun consumentensurplus, enkel ingaan op het aanbod van die aanbieders die zij de laagste prijs moeten geven in ruil voor exclusieve rechten over de betrokken soort schaarse middelen of hun gebruik. In het licht van de onderscheiden substituten voor het bevrediging van één van zijn behoefte, zal de vraag van het individu steeds gericht zijn op dat schaarse middel, dat tegen de laagste prijs de hoogst mogelijke mate van behoeftebevrediging toelaat, aangezien dit het individu het grootste consumentensurplus oplevert⁶⁶⁰. Binnen een perfecte markt zal er, in beginsel, dus steeds concurrentie bestaan tussen de verschillende aanbieders om de gevraagde exclusieve rechten over de betrokken soort schaarse middelen

⁶⁵⁴ W. McEACHERN, *Macroeconomics: A Contemporary Introduction*, Mason, South-Western/Cengage Learning, 2009, p. 83.

⁶⁵⁵ T. JAIN en V. OHRI, *Principles of microeconomics*, New Dehli, V.K. Publications, 2009, p. 37 en R. ARNOLD, *Macroeconomics*, Mason (Ohio), Thomson/South-Western, 2007, p. 80.

⁶⁵⁶ S. CHAKRAVARTY, *Microeconomics*, New Dehli, Allied Publishers, 2009, p. 314 e.v..

⁶⁵⁷ W. BOYES en M. MELVIN, *Microeconomics*, Boston, Houghton Mifflin, 2008, p. 219 e.v..

⁶⁵⁸ W. McEACHERN, *Macroeconomics: A Contemporary Introduction*, Mason, South-Western/Cengage Learning, 2009, p. 83 en R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p. 24.

⁶⁵⁹ Zie bijvoorbeeld: S. CAUHAN, *Microeconomics: An Advanced Treatise*, New Dehli, PHI Learning, 2009, p. 706 e.v..

⁶⁶⁰ Zie bijvoorbeeld: W. McEACHERN, *Macroeconomics: A Contemporary Introduction*, Mason, South-Western/Cengage Learning, 2009, p. 76 en R. ARNOLD, *Macroeconomics*, Mason (Ohio), Thomson/South-Western, 2007, p. 64 (“If two goods are substitutes the demand for one rises as the price of the other rises (or the demand for one falls as the price of the other falls).”).

en hun gebruik, aan te bieden tegen een zo laag mogelijke prijs, om zo kandidaat consumenten bereid te vinden om in te gaan op hun aanbod⁶⁶¹.

Op termijn zullen echter enkel de meest efficiënte producenten, namelijk die producenten, die in staat zijn om de betrokken soort schaarse middelen te produceren met de laagst mogelijke inzet aan schaarse middelen, ook in staat zijn om de betrokken soort schaarse middelen te blijven aanbieden tegen de laagste prijs en om de kandidaat consumenten van deze schaarse middelen dus voor hun aanbod te winnen⁶⁶². De producenten, die het minste schaarse middelen moeten inzetten om bepaalde schaarse middelen te produceren, kunnen in de onderlinge concurrentiestrijd met andere producenten immers, in beginsel, ook langdurig, het verste gaan in het laten zakken van de prijs voor exclusieve rechten over de schaarse middelen en hun gebruik, om zo kandidaat consumenten voor hun aanbod te winnen. In verhouding tot producenten die meer schaarse middelen moeten inzetten om de betrokken soort schaarse middelen te produceren, zullen producenten, die deze soort schaarse middelen kunnen produceren met de laagst mogelijke inzet aan schaarse middelen, in de regel, immers reeds genoeg hebben aan een lagere prijs om bij het produceren en aanbieden van schaarse middelen alsnog een producentensurplus te realiseren, met andere woorden om minsten hun opportuniteitskosten rond de ingezette schaarse middelen te recupereren aan de hand van deze prijs. De verklaring hiervoor is dan in de regel dat deze meest efficiënte producenten nu eenmaal minder schaarse middelen moeten inzetten en daarom met lagere opportuniteitskosten geconfronteerd worden. De onderlinge concurrentiestrijd met andere producenten, zal producenten, die de betrokken soort schaarse middelen kunnen produceren met de laagst mogelijke inzet aan schaarse middelen, nu in beginsel aanzetten tot het volgende: exclusieve rechten aanbieden over de betrokken soort schaarse middelen en hun gebruik, tegen een prijs die voor hen weliswaar nog volstaat om een producentensurplus te realiseren maar die voor andere producenten, die meer schaarse middelen moeten inzetten om de betrokken soort schaarse middelen te produceren, te laag ligt om nog een producentensurplus realiseren. Omdat alle kandidaat consumenten dan opteren voor het aanbod tegen de laagste prijs, en de andere, minder efficiënte producenten niet in staat zijn om een producentensurplus te realiseren tegen die lage prijs, zien deze minder efficiënte producenten zich binnen een perfecte markt dus gedwongen om hun schaarse middelen aan te wenden voor andere doeleinden. De perfecte markt zorgt er dus voor dat deze minder efficiënte producenten van de markt verdrongen worden. Op termijn, zullen exclusieve rechten over bepaalde soorten schaarse middelen en hun gebruik, binnen een perfecte markt enkel nog aangeboden worden door producenten, die in staat zijn om de betrokken soort schaarse middelen te produceren met de laagst mogelijke inzet aan schaarse middelen. De onderlinge concurrentie tussen deze producenten binnen een perfecte markt, zal deze producenten er uiteindelijk ook toe dwingen om deze exclusieve rechten over bepaalde soorten schaarse middelen en hun gebruik aan te bieden tegen een prijs die marginaal boven de opportuniteitskosten ligt van de laagst mogelijke inzet aan schaarse middelen die daadwerkelijk nodig was om dit aanbod mogelijk te maken.

Binnen een perfecte markt zal de onderlinge concurrentie tussen producenten, om kandidaat consumenten te winnen voor hun aanbod, deze producenten er bovendien ook toe aansporen om nieuwe soorten schaarse middelen te ontwikkelen die een hogere capaciteit hebben als bestaande soorten schaarse middelen om behoeften te bevredigen. De hogere capaciteit tot behoeftebevrediging van het nieuwe soort schaarse middelen kan er dan, afhankelijk van de prijs voor exclusieve rechten erop, met name voor zorgen dat consumenten ook het hoogste consumentensurplus kunnen realiseren op grond van een dergelijk nieuwe schaarse middel. In zoverre dit het geval is, betekent dit dan ook dat de betrokken consumenten voor hun bevrediging van de betrokken behoeften zullen ingaan op het aanbod van de betrokken producent rond dit nieuwe soort schaarse middelen. In deze context is er, binnen de perfecte markt, dan ook de volgende aansporing voor producenten om nieuwe soorten schaarse middelen te ontwikkelen met een hogere capaciteit tot behoeftebevrediging: het vooruitzicht om gedurende een bepaalde termijn de enige aanbieder te zijn op de markt van het betrokken nieuwe soort schaarse middel. Het gaat dan met name om de periode waarin andere, concurrerende producenten nog niet in staat waren om eveneens dit nieuwe soort schaarse middelen te produceren en aan te bieden. Gedurende deze periode kan de betrokken producenten

⁶⁶¹ Zie bijvoorbeeld: N. GOODWIN, J. NELSON, F. ACKERMAN en Th. WEISSKOPF, *Microeconomics in Context*, Armonk (N.Y.), Sharpe, 2008, p. 296; L. RITTENBERG, *Principles of Microeconomics*, Nyack (N.Y.), Flat World Knowledge, 2008, p. 229 e.v..

⁶⁶² Zie voor de analyse in deze alinea, bijvoorbeeld: R. ARNOLD, *Microeconomics*, Mason, South-Western Cengage Learning, 2008, p. 211 e.v..

dan vaak hoge prijzen vragen in ruil voor exclusieve rechten over deze schaarse middelen en hun gebruik, met name prijzen die de opportuïteitskosten overstijgen van de inzet aan schaarse middelen die nodig was om dit aanbod mogelijk te maken. Hij moet er enkel rekening mee houden dat kandidaat consumenten bij het vragen van te hoge prijzen, zullen uitwijken naar substituten. Hij zal zich gedurende deze periode echter niet gedwongen zien om zijn prijs te laten zakken, in het licht van een concurrerend aanbod rond de nieuwe soort schaarse middelen. Binnen de economie is het gebruikelijk om dit fenomeen aan te duiden met de noties ‘first mover’s advantage’ of ‘lead time’. Deze periode van ‘lead time’ zal binnen de perfecte markt in beginsel van korte duur zijn. De mogelijkheid om een groot producentensurplus te realiseren, zal immers andere, producenten aantrekken om eveneens het betrokken nieuwe soort schaarse middelen te gaan produceren en aanbieden. Naarmate zij daarin slagen, zal de onderlinge concurrentie tussen producenten er, binnen de perfecte markt, dan opnieuw toe leiden dat exclusieve rechten over de betrokken nieuwe soort schaarse middelen en hun gebruik, enkel nog afnemers vinden als zij aangeboden worden tegen een prijs die marginaal boven de opportuïteitskosten ligt van de laagst mogelijke inzet aan schaarse middelen die daadwerkelijk nodig was om dit aanbod mogelijk te maken. Het zonet aangehaalde vooruitzicht om met de productie van nieuwe soorten schaarse middelen kandidaat consumenten te winnen voor het eigen aanbod en daarbij gedurende de periode van ‘lead time’ ook de enige aanbieder te zijn, zorgt er voor dat de concurrentie binnen de perfecte markt dus ook fungeert als een motor van innovatie⁶⁶³.

A.3.4. De resulterende coördinatie van gedragingen

Op grond van de zonet beschreven reacties, die de marktprijs binnen een perfecte markt uitlokt bij marktpartijen is echter ondertussen ook duidelijk dat de coördinatie door de perfecte markt, in principe, het volgend resultaat heeft: marktpartijen worden er toe aangezet om hun schaarse middelen aan te wenden voor de doeleinden waarvoor en de wijzen waarop deze schaarse middelen de grootst mogelijke behoeftebevrediging genereren⁶⁶⁴. De marktprijs binnen een perfecte markt zet marktpartijen die daartoe het minste schaarse middelen nodig hebben, immers constant aan om die schaarse middelen te produceren en aan te bieden in de mate dat er ook een vraag is bij marktpartijen naar dergelijke schaarse middelen. Daarnaast zet de marktprijs binnen een perfecte markt marktpartijen ook constant aan om hun exclusieve rechten over schaarse middelen te blijven ruilen totdat deze in de handen komen van die marktpartijen, die, in het licht van hun eindgebruik of productieve aanwending van deze schaarse middelen, de hoogst mogelijke behoeftebevrediging kunnen realiseren op grond van deze schaarse middelen. Uiteindelijk zorgen perfecte markten er dus voor dat de gedragingen van individuen zo op elkaar afgesteld worden dat deze resulteren in de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart. De kern van deze coördinatie is daarbij, zoals aangegeven, dat individuen door hun gedragingen af te stellen op de marktprijs, hun gedragingen in wezen ook afstellen op de gedragingen van de andere individuen, die aanleiding gaven tot die marktprijs.

Gezien de nadruk die wij eerder legden op een passende internalisatie van ‘externe effecten’ als reden voor de nood aan een coördinatie van gedragingen, achten wij het in dit verband ook aangewezen om eens uitdrukkelijk stil te staan bij de manier waarop de perfecte markt deze taak volbrengt. Bij een passende internalisatie van ‘externe effecten’ komt het er zoals aangegeven op aan om handelende individuen te confronteren met de positieve en negatieve effecten van hun gedrag op de geschiktheid tot behoeftebevrediging van schaarse middelen, in de mate dat dit nodig is om individuen er toe aan te zetten alle schaarse middelen zo aan te wenden dat zij de grootst mogelijke behoeftebevrediging genereren.

Om deze taak van een passende internalisatie van ‘externe effecten’ te volbrengen steunt de perfecte markt, volgens ons, in essentie op werkzame, absolute en overdraagbare exclusieve rechten van individuen over schaarse middelen. Van dergelijke exclusieve rechten verwacht een perfecte markt dan met name dat zij het volgende doen:

⁶⁶³ In de zin dat mededinging aanzet tot innoveren en dat niet enkel een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht innovatie stimuleert, bijvoorbeeld: B. PRETNAR, “The Economic Impact of Patents in a Knowledge-Based Market Economy”, *IIC* 2003, p. 889 en 894 en H. ULLRICH, “Expansionist Intellectual Property Protection and Reductionist Competition Rules: a TRIPS Perspective”, *EUI Working Paper, LAW* No.2004/3, San Domenico, European University Institute Badia Fiesolana, 2004, p. 28.

⁶⁶⁴ Zie bijvoorbeeld: W. McEACHERN, *Macroeconomics: A Contemporary Introduction*, Mason, South-Western/Cengage Learning, 2009, p. 83.

verzekeren dat de enige manier voor een andere persoon om ooit het gebruik van dit schaarse middel te genieten, er in bestaat om een vrijwillige ruiltransactie aan te gaan met de houder van deze exclusieve rechten, rond het verkrijgen van exclusieve rechten over dit schaarse middelen of één van zijn gebruiksmogelijkheden⁶⁶⁵. Het gebruik genieten van een schaarse middel omvat hierbij dan zowel de aanwending van dit schaarse middelen voor behoeftebevrediging of een productieve aanwending, als het gebruik van de positieve effecten die dit schaarse middel – bijvoorbeeld bepaalde inspanningen – teweegbrengen voor de geschiktheid tot behoeftebevrediging van andere schaarse middelen, als het gebruik van een schaars middel in de zin dat dit schaarse middel de negatieve effecten ondergaat op zijn geschiktheid tot behoeftebevrediging ten gevolge van een handeling gericht op behoeftebevrediging of op een productieve aanwending.

Het gebruik genieten van een schaarse middel door een andere persoon dan de persoon die de exclusieve rechten heeft over dit schaarse middel die het betrokken gebruik controleren dient binnen de perfecte markt steeds afhankelijk te zijn, en die zin dus het voorwerp te zijn, van een vrijwillige ruiltransactie met de houder van deze exclusieve rechten. Werkzame, absolute en overdraagbare exclusieve rechten binnen de perfecte markt zullen er daarbij dan met name voor zorgen dat personen, in het licht van mogelijke of daartoe vereiste ruiltransacties, steeds ook geconfronteerd worden niet alleen met hun behoeftebevrediging die mogelijk wordt op grond van schaarse middelen maar ook met alle positieve en negatieve effecten van hun gedrag op de geschiktheid tot behoeftebevrediging van schaarse middelen en dit meer bepaald in een mate die mee beïnvloed wordt door de marktprijs rond de betrokken schaarse middelen en op die manier dus ook door de waardering, die alle marktpartijen hebben rond het betrokken schaarse middel als middel tot behoeftebevrediging.

In de eerste plaats geldt immers dat werkzame, absolute en overdraagbare exclusieve rechten binnen de perfecte markt, personen rekening doen houden met de positieve en negatieve effecten van hun gedragingen op de geschiktheid tot behoeftebevrediging van de schaarse middelen waarover zij zelf dergelijke exclusieve rechten hebben. De exclusieve rechten, die een persoon heeft over schaarse middelen, zorgen er binnen een perfecte markt immers voor dat deze persoon weet, dat hij gedurende hun gelding, als enige de behoeftebevrediging kan genieten van de betrokken schaarse middelen. Dit brengt een persoon er dan ook toe om rekening te houden met de lange termijn positieve en negatieve effecten van zijn gedragingen op de geschiktheid tot behoeftebevrediging van de schaarse middelen onder zijn exclusieve rechten, met name gedurende de termijn waarvoor deze exclusieve rechten gelden. Een persoon zal met name nagaan hoe hij gedurende de gelding van zijn exclusieve rechten zijn behoeftebevrediging kan maximaliseren op grond van de schaarse middelen onder deze exclusieve rechten. Exclusieve rechten brengen de rechthebbende er toe om te overwegen of hij meer voordeel heeft bij een onmiddellijke behoeftebevrediging op grond van het betrokken schaars middel, die eventueel de geschiktheid tot behoeftebevrediging van het schaarse middel negatief beïnvloedt, dan wel bij een spreiding van zijn behoeftebevrediging op grond van dit schaarse middel over de duurtijd van zijn exclusieve recht, die de geschiktheid tot behoeftebevrediging van het betrokken schaarse middel niet of minder doet afnemen. Exclusieve rechten brengen de rechthebbende er ook toe om na te gaan of hij meer voordeel heeft bij een onmiddellijke behoeftebevrediging op grond van het betrokken schaars middel dan wel bij het verzaken aan een dergelijke onmiddellijke behoeftebevrediging, om in de plaats daarvan dan inspanningen te leveren die de capaciteit tot behoeftebevrediging van het schaarse middelen doen toenemen en waardoor het dan mogelijk wordt om op een later moment tijdens de gelding van zijn exclusieve recht een hogere mate van behoeftebevrediging te genieten op grond van het betrokken schaarse middel. De economische analyse ziet exclusieve rechten over schaarse middelen, in die zin, veelal als de beste aansporing om personen aan te zetten om te investeren in het behoud of de verbetering van de geschiktheid tot behoeftebevrediging van schaarse middelen⁶⁶⁶. De aansporing die uitgaat van exclusieve

⁶⁶⁵ Vergelijk op dit punt: L. RITTENBERG, *Principles of Microeconomics*, Nyack (N.Y.), Flat World Knowledge, 2008, p. 150 en A. SCHOTTER, *Microeconomics: A Modern Approach*, Mason (Ohio), South-Western Cengage Learning, 2008, p. 15 en p. 626 e.v..

⁶⁶⁶ Vergelijk bijvoorbeeld: B. FRISCHMANN, "Evaluating the Demsetzian Trend in Copyright Law", beschikbaar op SSRN: <http://ssrn.com/abstract=855244>, p.6-7 ("The most fundamental economic function of private property rights is to enable the market to work efficiently. Private property rights economize on both the costs of exclusion and transaction and thereby facilitate appropriation of surplus generated through the use of private resources. It is the improved capacity to appropriate surplus—whether through one's own private exclusive use or by transferring one's rights to another—that improves incentives to invest in the production, development, and management of property.").

rechten over schaarse middelen, bestaat er dan met name in dat ze een persoon de garantie geven dat, als hij nu investeert, hij in de toekomst ook de behoeftebevrediging zal kunnen genieten die deze investering mogelijk gemaakt heeft. Zonder een dergelijke garantie zullen mensen, volgens de economische analyse in de regel niet bereid zijn om te investeren in de geschiktheid tot behoeftebevrediging van schaarse en integendeel steeds opteren voor een onmiddellijke behoeftebevrediging op grond van de betrokken schaarse middelen. Zij zullen dit dan ook doen in gevallen, waar de eigenlijke behoeftebevrediging, die mits de nodige investeringen, mogelijk geweest was op grond van de betrokken schaarse middelen veel hoger lag. Pas wanneer de boer weet dat hij zal kunnen oogsten wat hij zaaide, zal hij ook bereid zijn om de grond te ploegen⁶⁶⁷.

Bij de afweging die een persoon dan maakt rond de positieve en negatieve effecten van zijn mogelijke gedragingen op de geschiktheid tot behoeftebevrediging van de schaarse middelen onder zijn exclusieve rechten, zal deze persoon dan ook steeds rekening houden met de marktprijs rond de betrokken schaarse middelen en op die manier dus ook door de waardering, die alle marktpartijen hebben rond het betrokken schaarse middel als middel tot behoeftebevrediging. Als hij gedragingen in overweging neemt met negatieve effecten op de geschiktheid tot behoeftebevrediging van de betrokken schaarse middelen, zal hij er ook rekening mee houden wat de prijs is om deze schaarse middelen te vervangen. Als hij daarentegen gedragingen in overweging neemt met positieve effecten op de geschiktheid tot behoeftebevrediging van de betrokken schaarse middelen, zal hij er ook rekening mee houden welke prijs hij eventueel kan verkrijgen voor exclusieve rechten op de betrokken schaarse middelen met die geschiktheid tot behoeftebevrediging.

In de tweede plaats geldt dat werkzame, absolute en overdraagbare exclusieve rechten binnen de perfecte markt, personen ook, in een door marktprijs beïnvloede mate, rekening doen houden met de positieve en negatieve effecten van hun gedragingen op de geschiktheid tot behoeftebevrediging van de schaarse middelen waarover anderen dergelijke exclusieve rechten hebben. Binnen een perfecte markt verzekeren absolute exclusieve rechten op schaarse middelen, zoals aangegeven, immers in principe dat de enige manier voor een andere persoon om ooit het gebruik van het schaarse middel te genieten waarover een andere persoon exclusieve rechten heeft, er in bestaat om een vrijwillige ruiltransactie aan te gaan met deze houder van de betrokken exclusieve rechten, rond het verkrijgen van exclusieve rechten over dit schaarse middelen of één van zijn gebruiksmogelijkheden.

Dit betekent dus dat als personen met betrekking tot hun schaarse middelen, het gebruik willen genieten van de schaarse middelen van een andere persoon, bijvoorbeeld zijn tijd en arbeid, omdat dit gebruik de geschiktheid tot behoeftebevrediging van schaarse middelen op directe wijze positief beïnvloedt, dan zorgen de exclusieve rechten binnen een perfecte markt er voor dat deze personen dit enkel kunnen doen na een vrijwillige ruiltransactie met deze persoon rond het gebruik van zijn schaarse middelen. In het kader van deze ruiltransactie zal deze persoon dan in staat zijn om een vergoeding te vragen in ruil voor het gebruik van zijn schaarse middelen en zal de vergoeding die hij hiervoor krijgt hem ook rekening doen houden met de positieve effecten van zijn inzet van zijn schaarse middelen, zijn gedraging, op de geschiktheid tot behoeftebevrediging van de schaarse middelen van andere individuen. Hierbij is op te merken dat de mate waarin deze persoon dan daadwerkelijk geconfronteerd wordt met de positieve effecten van zijn gedrag op de geschiktheid tot behoeftebevrediging van schaarse middelen opnieuw beïnvloed wordt door de marktprijs. De omvang van de vergoeding die de betrokken persoon kan verkrijgen in de zonet vermelde ruiltransactie wordt immers beïnvloed door de geldende marktprijs voor het gebruik van dergelijk schaarse middelen, die op zijn beurt onder meer afhangt van het concurrerende aanbod rond het gebruik van dergelijk schaarse middelen en het voorliggen van substituten voor het gebruik van dergelijk schaarse middelen.

⁶⁶⁷ S SCOTCHMER, *Innovation and Incentives*, Cambridge (Massachusetts), The MIT Press, 2004, 357p.; W. LANDES en R. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge, Massachusetts, and London, England, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p.13; Vergelijk ook J. BENTHAM, "A Manual of Political Economy" in J. BOWRING (ed.), *The works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, Tait, 1838, Vol. 3, p. 71 ("In new inventions, protection against imitators is not less necessary than in established manufactures protection against thieves. He who has no hope that he shall reap, will not take the trouble to sow. But that which one man has invented, all the world can imitate. Without the assistance of the laws, the inventor would almost always be driven out of the market by his rival, who finding himself, without any expense, in possession of a discovery which has cost the inventor much time and expense, would be able to deprive him of all his deserved advantages, by selling at a lower price.").

Omgekeerd, indien een persoon de schaarse middelen van een andere persoon wil gebruiken voor gedragingen, die de geschiktheid tot behoeftebevrediging van deze schaarse middelen op direct wijze negatief beïnvloeden, dan zorgen de exclusieve rechten binnen een perfecte markt er voor dat deze personen dit enkel kan doen na een vrijwillige ruiltransactie met deze andere persoon rond het gebruik van zijn schaarse middelen. In het kader van deze ruiltransactie zal de persoon, die de betrokken gedragingen wil stellen, dan geconfronteerd worden met de eis van de andere persoon om een vergoeding te betalen in ruil voor het gebruik van zijn schaarse middelen. In de mate dat hij daarvoor een vergoeding moet betalen, wordt de persoon die de betrokken gedragingen wil stellen, dan dus ook geconfronteerd met de negatieve effecten die dit gedrag heeft op de geschiktheid tot behoeftebevrediging van de schaarse middelen van deze andere persoon. Ook hier is dan op te merken dat de mate waarin deze persoon dan daadwerkelijk geconfronteerd wordt met de negatieve effecten van zijn gedrag op de geschiktheid tot behoeftebevrediging van schaarse middelen opnieuw beïnvloed wordt door de marktprijs. De omvang van de vergoeding die de betrokken persoon moet betalen in de zonet vermelde ruiltransactie wordt immers beïnvloed door de geldende marktprijs voor het gebruik van dergelijk schaarse middelen, die op zijn beurt onder meer afhangt van het concurrerende aanbod rond het gebruik van dergelijk schaarse middelen en het voorliggen van substituten voor het gebruik van dergelijk schaarse middelen.

Essentieel voor de coördinatie van gedragingen binnen een perfecte markt is dus dat het gebruik van schaars middelen – zij het voor directe behoeftebevrediging, voor directe productieve toepassingen, voor het genot van positieve effecten op de geschiktheid tot behoeftebevrediging van schaarse middelen of in de zin van het ondergaan van negatieve effecten op de geschiktheid tot behoeftebevrediging van schaarse middelen – steeds gecontroleerd is door de exclusieve rechten over de betrokken schaarse middelen en voor andere personen dan de titularis van deze exclusieve rechten afhankelijk is en in die zin dus het voorwerp is van het afsluiten van een ruiltransactie met deze titularis, waarbij deze ruiltransacties de marktvrage en het marktaanbod beïnvloeden en de daaruit voortvloeiende marktprijs voor het gebruik van deze schaarse middelen.

In dit verband is dan tenslotte ook op te merken dat een perfecte markt voor een passende internalisatie van positieve en negatieve effecten van gedragingen met het oog op het maximaliseren van de maatschappelijke welvaart niet vraagt om in het algemeen te vermijden dat de gedragingen van mensen nog positieve of negatieve gevolgen kunnen hebben voor andere mensen. De economische analyse maakt in dit verband soms een onderscheid tussen ‘reële’ of eigenlijke externe effecten en ‘pretiale’ externe effecten.

‘Reële’ of ‘eigenlijke’ externe effecten slaan dan op de hierboven besproken effecten van de gedragingen van een individu, die ongevraagd een directe invloed hebben op de geschiktheid tot behoeftebevrediging van de schaarse middelen van andere individuen, maar waarmee dit handelende individu zelf geen rekening houdt in zijn beslissingen rond deze gedragingen, omdat zijn eigen mogelijkheden tot behoeftebevrediging deze effecten niet ondervinden⁶⁶⁸. Een ‘directe invloed’ verwijst daarbij dan dus naar een invloed die niet over het coördinatiemechanisme van marktvrage, marktaanbod en marktprijs verloopt. Binnen een perfecte markt is het zoals aangegeven, cruciaal dat vermeden wordt dat handelingen gepaard kunnen gaan met dergelijke ‘reële’ of ‘eigenlijke’ externe effecten. Zowel negatieve als positieve reële externe effecten van gedragingen verhinderen immers, zoals aangegeven, dat de coördinatie van gedragingen door een perfecte markt kan resulteren in de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart.

‘Pretiale externe effecten’ daarentegen verwijzen naar effecten die andere individuen ervaren in hun mogelijkheden om hun behoeftebevrediging te maximaliseren ten gevolge van de wijziging in de marktprijs, die de gedragingen van een individu uitlokte maar waarmee dit handelende individu geen rekening houdt in zijn

⁶⁶⁸ B. SALANIÉ, *The microeconomics of market failures*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 2000, p. 89 (“we say that there is an external effect, or an externality, when an agent's actions directly influence the choice possibilities (i.e. the production set or consumption set) of another agent. The word ‘directly’ is very important in this definition. We must not confuse genuine externalities and what are at times improperly called ‘pecuniary externalities’ which pass through the intermediary of the market and fit perfectly within the framework of the most basic general equilibrium model.”) W. BAUMOL en W. OATES, *The theory of environmental policy*, Cambridge, Cambridge university press, 1988, p. 17 (“Externality is present whenever some individual's (say A) utility or production relationships include real (that is nonmonetary) variables, whose values are chosen by others (persons, corporations governments) without particular attention to the effects on A's welfare.”); R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p. 622.

beslissingen rond deze gedragingen, omdat zijn eigen mogelijkheden tot behoeftebevrediging deze effecten niet ondervinden⁶⁶⁹. Binnen een perfecte markt is het cruciaal dat marktpartijen onverminderd blootstaan aan deze pretiale externe effecten, aangezien deze deel uitmaken van de coördinatie van gedragingen door de perfecte markt⁶⁷⁰. Het volgende voorbeeld kan dit illustreren. Een klompenmaker gaat er toe over om een reeds honderden jaren aangeboden type klompen te produceren. Omdat hij veel handiger is dan de andere klompenmakers kost het hem minder inspanningen dan de andere klompenmakers om deze klompen te maken. Deze klompenmaker gaat er dan toe over om deze klompen aan te bieden tegen een prijs, die hem wel toestaat om zijn inspanningen te recupereren, maar die te laag is voor de andere klompenmakers om hun inspanningen rond het vervaardigen van dergelijke klompen te recupereren. Omdat alle kandidaat consumenten opteren voor het laagst geprijsde aanbod van de uiterst handige klompenmaker, gaat de marktprijs voor dergelijke klompen dan samenvallen met de lage prijs die deze uiterst handige klompenmaker vraagt. In dit geval zullen de handelingen van de uiterst handige klompenmaker negatieve gevolgen hebben voor de andere, minder handige klompenmakers. Deze minder handige klompenmakers zullen enkel nog afnemers vinden van hun reeds geproduceerde klompen als ze deze aanbieden tegen de nieuwe, lage marktprijs maar deze prijs zal hen niet toelaten om al hun inspanningen te recupereren rond de reeds geproduceerde klompen. Op termijn, zullen deze andere klompenmaker zich ook gedwongen zien om hun productie van klompen stop te zetten, aangezien zij verlies doen aan het produceren van klompen. In dit geval zijn deze negatieve gevolgen, die de minder handige klompenmakers ervaren ten gevolge van de handelingen van de uiterst handige klompenmaker en die hen doen besluiten om hun productie van klompen te staken, echter net wat de perfect markt wil. Met het oog op het maximaliseren van de welvaart wil de perfect markt net bereiken dat het betrokken type klompen, enkel nog geproduceerd wordt door die producenten die dit kunnen met de laagst mogelijke inzet aan schaars middelen.

B. Het door intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ na te streven resultaat volgens de economische analyse

Vervolgens bespreken we nu drie onderscheiden opvattingen rond het *resultaat* dat aan de hand van het *middel* van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht na te streven is met het oog op een coördinatie van gedragingen conform economisch-utilitaristische overwegingen, met name dus met het oog op een coördinatie van gedragingen die de maatschappelijke welvaart maximaliseert. Daarbij gaan we met name in op de ‘incentive versus access’-benadering en de ‘absolute exclusiviteit’-benadering, die samen de twee dominante benaderingen vormen binnen de rechtseconomie, en op een alternatieve benadering, de door ons voorgestelde ‘imitatievoordeel’-benadering. Onze bespreking rond deze drie opvattingen omvat daarbij twee onderdelen. Eerst (A.) bespreken we de rode draad doorheen deze drie benaderingen: hun analyse rond de directe rechtvaardiging om, met het oog op een coördinatie van gedragingen conform economisch-utilitaristische overwegingen, een investeringsbescherming in het leven te roepen op grond van het intellectuele eigendomsrecht. Daarna (B.) bespreken we dan ook wat deze drie benaderingen van elkaar onderscheidt met name hun concrete richtlijnen rond het resultaat dat na te streven is aan de hand van het *middel* van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, met het oog op een coördinatie van gedragingen conform economisch-utilitaristische overwegingen.

B.1. Gemeenschappelijk opvattingen rond de directe rechtvaardiging voor een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht

Er is een vrij grote consensus dat, met het oog op de overkoepelende doelstelling van het maximaliseren van de maatschappelijke welvaart, de directe rechtvaardiging voor een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, gelegen is in het volgende: vermijden dat, in gevallen waarin de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, een specifiek ‘marktfalen’ dreigt door een onvoldoende

⁶⁶⁹ Zie in dit verband bijvoorbeeld: A. SCHOTTER, *Microeconomics: A Modern Approach*, Mason (Ohio), South-Western Cengage Learning, 2008, p. 347 e.v..

⁶⁷⁰ Zie bijvoorbeeld: B. SALANIÉ, *The microeconomics of market failures*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 2000, p. 89 e.v..

internalisatie van positieve effecten⁶⁷¹. Bij dergelijk gevallen waarin de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, is dan bijvoorbeeld te denken aan het geval waarin het door de producent ontwikkelde werkingsprincipe om motoren beter te laten presteren, niet alleen in staat is om de prestaties te verbeteren van die motoren die deze producent zelf bouwt. Het gaat er bij dergelijke gevallen dus om dat de handelingen van een persoon bij het vervaardigen van incorporaties van inspanningen, positieve effecten hebben voor de geschiktheid tot behoeftebevrediging van schaarse middelen die niet beperkt blijven tot die schaarse middelen die incorporaties van zijn inspanningen, die deze persoon via deze handelingen zelf vervaardigt⁶⁷². De vrees in dit verband is dan met name dat, indien het systeem van zakenrechtelijke exclusieve rechten niet aangevuld wordt met een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, zich het volgende dreigt voor te doen in dergelijke gevallen waarin de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon, niet enkel te genieten zijn via die incorporaties van inspanningen die deze persoon zelf vervaardigde: dat de positieve externe effecten rond het vervaardigen van deze incorporaties van inspanningen door deze persoon, er toe leiden dat de marktprijs op termijn niet de nodige aansporing geeft om de betrokken incorporaties van inspanningen te vervaardigen telkens als het vervaardigen van deze incorporaties van inspanningen de aanwending van de betrokken schaarse middelen is die tot de grootst mogelijke behoeftebevrediging leidt⁶⁷³. Het feit dat de marktprijs

⁶⁷¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: R. SEXTON, *Exploring Microeconomics*, Mason, South-Western Cengage Learning 2011, p. 54; R. HILTY, "The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces" in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p. 1 e.v.; N. MANKIW en M. TAYLOR, *Microeconomics*, London, Thomson Learning 2006, p. 194; J. COHEN, "Copyright and the Perfect Curve", *Vanderbilt Law Review* 2000, p.1807; W. FISHER, "Property and Contract on the Internet", *Chicago-Kent Law Review* 1997-1998, p. 1243-1244; Vergelijk ook: P. GOLDSTEIN, "Copyright in the new informaton age. The Brendan Brown Lecture.", *Catholic University Law Review*, 1990-1991, p. 830; W. NORDHAUS, "Theory of innovation. An Economic Theory of Technological Change", *The American Economic Review*, 1969, p. 19 ("Any invention is potentially a public good in the sense that it is indivisible, or that it can in theory be used universally at zero marginal cost.") en K. ARROW, *Economic welfare and the allocation of resources for invention*, Santa Monica, The RAND Corporation, 1959, p. 9 e.v. ("With suitable legal measure, information may become an appropriable commodity") en J. BENTHAM, "A Manual of Political Economy" in J. BOWRING (ed.), *The works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, Tait, 1838, Part IX, A Manual of Political Economy, p. 71 ("In new inventions, protection against imitators is not less necessary than in established manufactures protection against thieves. He who has no hope that he shall reap, will not take the trouble to sow. But that which one man has invented, all the world can imitate. Without the assistance of the laws, the inventor would almost always be driven out of the market by his rival, who finding himself, without any expense, in possession of a discovery which has cost the inventor much time and expense, would be able to deprive him of all his deserved advantages, by selling at a lower price."); Vergelijk op dit punt ook LEHMANN, die zeer terecht observeert: "The owner of a particular parcel of land or of a particular tool for example, has the exclusive right to use this property in his own interest, the monopolistic character ensues from the nature of the object itself. This concrete, individual property only exists once; the physical nature of the unique embodiment of a certain limited resource automatically leads to a particular competitive exclusionary effect. Intangible property rights, on the other hand, are exclusionary rights selected and artificially created by private law, whose competition-limiting monopoly character does not necessarily ensue from the nature of the property protected by the property right." M. LEHMANN, "The Theory of Property Rights and the Protection of Intellectual and Industrial Property – 'Property rights develop to internalize externalities when the gains of internalization become larger than the cost of internalization'", *IIC* 1985, p. 530-531.

⁶⁷² Zie in dit verband: K. ARROW, "Economic welfare and the allocation of resources for invention (1962)" herdruk in K. ARROW, *Collected papers of Kenneth J. Arrow. Volume 5 Production and capital.*, Oxford, Blackwell, 1985, 104 ("In addition, as already remarked, the inventor will have in any case considerable difficulty in appropriating the information produced. ... Suppose, as the result of elaborate tests, some metal is discovered to have desirable properties, say resistance to high heat. Then of course every use of the metal for which this property is relevant would use this information and would be made to pay for it".) Zie ook: P. GOLDSTEIN, "Copyright in the new informaton age. The Brendan Brown Lecture.", *Catholic University Law Review*, 1990-1991, p.830 ("But copyright differs from real property in at least one consequential respect. Where physical limits bound the use of real property, copyright subject matter can be consumed-in the sense that a book can be read or a motion picture viewed-by an indeterminate number of users without any one user diminishing the enjoyment of the other. Copyright subject matter is in this sense a classic public good.").

⁶⁷³ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. BARRON, "Copyright Infringement, 'Free-Riding', and the Lifeworld", *LSE Legal Studies Working Paper No 17/2008* (Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1280893>), p.1;

daarbij niet de nodige aansporing geeft om aan te zetten tot die gedragingen die tot de grootst mogelijke behoeftebevrediging leiden, houdt dus in dat de markt faalt in het teweegbrengen van een coördinatie van gedragingen die de maatschappelijke welvaart maximaliseert.

Het specifieke marktfalen dat als rechtvaardiging geldt voor een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, doet zich volgens de heersende economische analyse dan concreet voor in het licht van de volgende keten van gebeurtenissen. Het gaat daarbij dan met name dus om een keten van gebeurtenissen die typische dreigt indien er enkel een systeem van zakenrechtelijke exclusieve rechten voorhanden is en de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde.

Het startpunt op weg naar het specifieke marktfalen waarvan het vermijden als directe rechtvaardiging geldt voor een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht is dan met name dat een producent initieel incorporaties van inspanningen op de markt brengt waarrond geldt dat de positieve effecten van zijn ‘resultaat’ van inspanningen om tot deze incorporaties van inspanningen te komen, niet enkel te genieten zijn via de incorporaties van inspanningen die deze initiële producent zelf vervaardigde. Het systeem van zakenrechtelijke exclusieve rechten is in het licht van een dergelijk geval dan niet in staat om datgene te doen wat het model van een perfecte markt, met het oog op een passende internalisatie van positieve effecten, zoals aangegeven, vereist van exclusieve rechten: verzekeren dat de enige manier voor een andere persoon om ooit het gebruik van het schaarse middel te genieten waarover een andere persoon exclusieve rechten heeft er in bestaat om een vrijwillige ruiltransactie aan te gaan met deze houder van de betrokken exclusieve rechten, rond het verkrijgen van exclusieve rechten over dit schaarse middelen of één van zijn gebruiksmogelijkheden. Indien de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van de initiële producent niet enkel te genieten zijn via de incorporaties van inspanningen die deze initiële producent zelf vervaardigde, kunnen zakenrechtelijke exclusieve rechten met name niet verzekeren dat het gebruik van de positieve effecten van de inzet van schaarse middelen van de initiële producent, zijn leveren van inspanningen, steeds afhankelijk is – en in die zin het voorwerp is – van het afsluiten van een ruiltransactie met deze initiële producent. De verklaring hiervoor is dan met name de eigenheid van zakenrechtelijke exclusieve rechten dat deze een persoon enkel een exclusieve bevoegdheid kunnen verlenen over handelingen ten aanzien van één specifieke, zintuiglijk waarneembare manifestatie. Indien de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van de initiële producent niet enkel te genieten zijn via de incorporaties van inspanningen die deze initiële producent zelf vervaardigde, laten zakenrechtelijke exclusieve rechten de betrokken producent hoogstens toe om andere personen tot een vergoeding te dwingen voor het gebruik van de positieve effecten van zijn inspanningen in de mate dat dit gebruik plaatsvindt op grond van zintuiglijk waarneembare manifestaties waarover hij zelf initieel zakenrechtelijke exclusieve rechten had en waarin hij de positieve effecten van zijn inspanningen tot uiting liet komen. Zakenrechtelijke exclusieve rechten laten de betrokken producent echter niet toe om andere personen tot een vergoeding te dwingen voor het gebruik van de positieve effecten van zijn inspanningen dat plaatsvindt op grond van zintuiglijk waarneembare manifestaties waarin andere personen de positieve effecten van zijn inspanningen tot uiting laten komen en waarover hij zelf geen zakenrechtelijke exclusieve rechten heeft⁶⁷⁴. Met name dit laatste houdt dus in dat zakenrechtelijke exclusieve rechten, in gevallen waarin de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via de incorporatie van inspanningen die deze persoon zelf vervaardigde, niet in staat zijn om datgene te doen wat het model van een perfecte markt met het oog op een passende internalisatie van positieve effecten, zoals aangegeven, vereist van exclusieve rechten: verzekeren dat de enige manier voor een andere persoon om ooit het gebruik van het schaarse middel te genieten waarover een andere persoon exclusieve rechten heeft er in bestaat om een vrijwillige ruiltransactie aan te gaan met deze houder van de betrokken exclusieve rechten, rond het verkrijgen van exclusieve

S. CAUHAN, *Microeconomics: An Advanced Treatise*, New Dehli, PHI Learning, 2009, p. 731; N. MANKIW and M. TAYLOR, *Microeconomics*, London, Thomson Learning 2006, p. 194; M. LEMLEY, “Property, Intellectual Property, and Free Riding”, *Texas Law Review* 2005, p. 1032; W. GORDON, “Intellectual Property” in P. CAN and M. TUSHNET (ed.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p.617; B. DEPOORTER, “The Several Lives of Mickey Mouse: The Expanding Boundaries of Intellectual Property Law”, *Virginia Journal of Law & Technology* 2004; p. 24-25.

⁶⁷⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: W. McEACHERN, *Microeconomics: A Contemporary Introduction*, Mason, South-Western/Cengage Learnin, 2011, p. 297; W. GORDON, “Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors”, *Columbia Law Review* 1982, p. 1600-1657.

rechten over dit schaarse middelen of één van zijn gebruiksmogelijkheden. De eigenheid van zakenrechtelijk exclusieve rechten dat zij een persoon enkel een exclusieve bevoegdheid kunnen verlenen over handelingen ten aanzien van één specifieke, zintuiglijk waarneembare manifestatie, zorgt er in wezen ook voor dat zij enkel voor de passende internalisatie van positieve effecten kunnen zorgen die de perfecte markt vraagt, indien de positieve effecten van een gedraging ook beperkt blijven tot die zintuiglijk waarneembare manifestatie die het directe voorwerp is van deze gedraging. In zoverre het ploegen van een stuk grond enkel de geschiktheid van het geploegde stuk grond verhoogt om gewassen te telen, laat het zakenrechtelijk eigendomsrecht van een persoon over een stuk grond bijvoorbeeld inderdaad ook toe om het volgende te verzekeren: dat de enige manier voor een andere persoon om ooit de positieve effecten te genieten van zijn inspanningen rond het ploegen van zijn stuk land er, in beginsel, in bestaat om een vrijwillige ruiltransactie aan te gaan met hem⁶⁷⁵.

De volgende stap die naar het specifieke marktfalen voert waarvan het vermijden als directe rechtvaardiging geldt voor een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht is dan met name het volgende: dat andere personen inderdaad handelingen zullen stellen die een aanwending inhouden van de positieve effecten van het vervaardigen van incorporaties van inspanningen door deze initiële producent zonder dat deze aanwending daarbij het voorwerp uitmaakte van een ruiltransactie met deze initiële producent en dat, vervolgens, het resultaat van deze niet toegestemde aanwendingen van betrokken positieve effecten door deze andere personen ook de marktprijs gaat beïnvloeden voor de betrokken incorporaties van inspanningen.

In de eerste plaats is in dit verband dan te denken aan de aanwending die concurrerende producenten maken van de positieve effecten van het eerdere vervaardigen van incorporaties van inspanningen door de initiële producent zonder hierrond een ruiltransactie af te sluiten met deze initiële producent. Daarbij is er dan met name rekening mee te houden dat deze aanwending van de positieve effecten van de inspanningen van de initiële producent, deze concurrerende producenten veelal ook toelaat om dezelfde incorporaties van inspanningen met dezelfde geschiktheid tot behoeftebevrediging aan te bieden als deze initiële producent, zij het tegen een lagere prijs. De betrokken aanwending van de positieve effecten van het eerdere vervaardigen door de initiële producent, zal er onder omstandigheden immers voor zorgen dat deze concurrerende producenten in staat zijn om dezelfde incorporaties van inspanningen te vervaardigen met dezelfde geschiktheid tot behoeftebevrediging tegen een lagere inzet aan schaarse middelen dan de initiële producent daartoe nodig heeft. Om tot dezelfde incorporaties van inspanningen met dezelfde geschiktheid tot behoeftebevrediging te komen kunnen deze concurrerende producenten dan immers, zonder daartoe een vergoeding te moeten betalen, gebruik maken van de positieve effecten van de inspanningen van de initiële producent en hoeven zij met andere woorden dus zelf geen inspanningen meer te leveren die de betrokken positieve effecten teweegbrengen. In zoverre het deze concurrerende producenten daarbij dan inderdaad een lagere inzet aan schaars middelen vraagt dan de initiële producent om dezelfde incorporaties van inspanningen met dezelfde geschiktheid tot behoeftebevrediging te vervaardigen, hebben deze concurrerende producenten dan, in vergelijking met deze initiële producent, ook reeds genoeg aan een lagere prijs voor de betrokken incorporaties van inspanningen om hun inzet aan schaarse middelen in dit verband te recupereren. De marktprijs voor de betrokken incorporaties van inspanningen daalt daarbij dan ook naar het niveau van de lagere prijs die betrokken concurrerende producenten vragen voor deze incorporaties van inspanningen. Alle kandidaat afnemers van de betrokken incorporaties van inspanningen opteren immers voor het aanbod tegen de laagste prijs. Er is dus rekening mee te houden dat de aanwending die concurrerende producenten maken van de positieve effecten van het eerdere vervaardigen van incorporaties van inspanningen door de initiële producent, zonder hierrond een ruiltransactie af te sluiten met deze initiële producent, tot een daling leidt van de marktprijs voor de betrokken incorporaties van inspanningen. De zonet beschreven hypothese kan zich bijvoorbeeld voordoen indien een initiële producent een werkingsprincipe ontwikkelt om de door hem vervaardigde motoren beter te laten presteren en concurrerende producenten vervolgens, zonder overeenkomst

⁶⁷⁵ Hierbij is dan op te merken dat een volstrekte internalisatie van de betrokken positieve effecten van het ploegen *de facto* inderdaad kan vragen om het stuk land met een afsluiting af te schermen voor andere personen. Dit neemt echter niet weg dat het zakenrechtelijk eigendomsrecht in dit geval dan bijdraagt tot het internaliseren van de betrokken positieve externe effecten. Het zakenrechtelijk eigendomsrecht maakt immers dat de betrokken persoon bevoegd is om de afsluiting te plaatsen en biedt een mogelijkheid om langs juridische weg op te treden tegen personen die zijn afsluiting omzeilen.

daarrond met deze initiële producent, motoren gaan aanbieden die hetzelfde werkingsprincipe toepassen om tot dezelfde prestaties te komen.

In de tweede plaats is echter ook te denken aan de hypothese waarin consumenten met het oog op hun eindgebruik een aanwending kunnen maken van de positieve effecten van het vervaardigen van incorporaties van inspanningen door de initiële producent zonder hierrond een ruiltransactie af te sluiten met deze initiële producent. In dit verband is er dan met name rekening mee te houden dat deze aanwending van de positieve effecten van de inspanningen van de initiële producent, kandidaat afnemers van de incorporaties van inspanningen die de initiële producent aanbiedt, in staat kan stellen om dezelfde incorporaties van inspanningen te vervaardigen met dezelfde geschiktheid tot behoeftebevrediging tegen een inzet van schaarse middelen die lager is dan de prijs die de betrokken initiële producent vraagt voor exclusieve rechten rond deze incorporaties van inspanningen. Om tot dezelfde incorporaties van inspanningen met dezelfde geschiktheid tot behoeftebevrediging te komen kunnen deze kandidaat afnemers dan immers, zonder daartoe een vergoeding te moeten betalen, gebruik maken van de positieve effecten van de inspanningen van de initiële producent en hoeven zij met andere woorden dus zelf geen inspanningen meer te leveren die de betrokken positieve effecten teweegbrengen. De initiële producent zal in dit geval enkel nog afnemers vinden voor exclusieve rechten rond de betrokken incorporaties van inspanningen die hij vervaardigt indien hij zijn prijs hiervoor laat zakken tot het niveau van de inzet aan schaarse middelen die het kandidaat afnemers van deze incorporaties van inspanningen vraagt om zelf, onder aanwending van de positieve effecten van zijn eerdere inspanningen, dezelfde incorporaties van inspanningen met dezelfde geschiktheid tot behoeftebevrediging te vervaardigen. Er is uiteindelijk dus rekening mee te houden dat ook de aanwending die consumenten maken van de positieve effecten van het eerdere vervaardigen van incorporaties van inspanningen door de initiële producent, zonder hierrond een ruiltransactie af te sluiten met deze initiële producent, tot een daling leidt van de marktprijs voor de betrokken incorporaties van inspanningen. De zonet beschreven situatie doet zich bijvoorbeeld voor indien kandidaat afnemers van een bijkomend exemplaar van een muziek-cd, bijvoorbeeld een exemplaar om in de auto te beluisteren, dit exemplaar zelf vervaardigen door het exemplaar dat ze reeds bezitten te kopiëren aan de hand van een cd-writer.

De laatste stap die naar het specifieke marktfalen voert waarvan het vermijden als directe rechtvaardiging geldt voor een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht is dan met name dat marktpartijen ook gaan reageren op de marktprijs die ontstaat voor de incorporaties van inspanningen die zich laten vervaardigen met een aanwending van de positieve effecten van het initiële vervaardigen van dergelijke incorporaties van inspanningen door een initiële producent, zonder dat de aanwending van deze positieve effecten daarbij het voorwerp uitmaakt van een ruiltransactie met deze initiële producent. Het betrokken specifieke marktfalen dreigt daarbij dan met name indien de marktprijs voor exclusieve rechten rond de incorporaties van inspanningen die een initiële producent aanbiedt, zoals zonet beschreven, daalt doordat andere personen handelingen stellen die, zonder hierrond een ruiltransactie af te sluiten met deze initiële producent, een aanwending inhouden van de positieve effecten van het initiële vervaardigen van de betrokken incorporatie van inspanningen door deze producent. In dergelijke gevallen is volgens de economische analyse dan rekening te houden met zowel de korte als de lange termijn reacties van marktpartijen op de betrokken dalingen van de marktprijs.

Op korte termijn zijn, volgens de economische analyse, met name twee reacties van marktpartijen bijzonder relevant indien de marktprijs voor exclusieve rechten rond de incorporaties van inspanningen die een initiële producent aanbiedt, daalt doordat andere personen, zonder hierrond een ruiltransactie af te sluiten met deze initiële producent, een aanwending maken van de positieve effecten van het initiële vervaardigen van de betrokken incorporatie van inspanningen door deze producent.

Aan de ene kant, kan de daling van de marktprijs rond de betrokken incorporaties van inspanningen tot gevolg hebben dat meer kandidaat consumenten een groter consumentensurplus kunnen realiseren op grond van de betrokken soort incorporaties van inspanningen. De lagere marktprijs betekent dan immers dat de consumenten, die ook bij de eerdere hogere marktprijs een consumentensurplus konden realiseren door zich exclusieve rechten te verschaffen op de betrokken incorporaties van inspanningen, voortaan een nog groter consumentensurplus kunnen realiseren langs deze weg. Daarnaast zorgt de lagere marktprijs er dan voor dat ook het aantal personen toeneemt, dat in het licht van de verhouding tussen de te betalen marktprijs en de behoeftebevrediging die zij op

grond van de betrokken incorporaties van inspanningen kunnen beleven, een consumentensurplus kan realiseren door zich exclusieve rechten te verschaffen op de betrokken incorporaties van inspanningen.

Aan de andere kant, kan de daling van de marktprijs rond de betrokken incorporaties van inspanningen dan echter ook tot gevolg hebben dat de initiële producent van deze incorporaties van inspanningen niet meer in staat is om een producentensurplus te realiseren bij het produceren en aanbieden van deze incorporaties van inspanningen. Onder omstandigheden is de daling van de marktprijs onder invloed van handelingen van andere personen, die een aanwending inhouden van positieve effecten van zijn initiële vervaardigen van dergelijke incorporatie van inspanningen, zo groot dat deze marktprijs te laag is voor de betrokken initiële producent om nog alle schaarse middelen te kunnen recupereren, die hij reeds inzette voor het vervaardigen van dergelijke incorporaties van inspanningen. Indien deze initiële producent bij de productie en het aanbieden van dergelijke incorporaties van inspanningen vervolgens steeds met een gebrek aan producentensurplus of verlies geconfronteerd wordt, ziet hij zich dan ook gedwongen om zijn productie en aanbod van deze incorporaties van inspanningen te staken. Hierbij is dan op te merken dat in deze context in wezen geen garantie voorligt dat de marktprijs de minder efficiënte producent uit de markt drijft en bereikt dat de betrokken incorporaties van inspanningen enkel nog geproduceerd en aangeboden worden door die producenten die dit kunnen met de laagste inzet aan schaarse middelen. Het kan immers voorvallen dat, als het er op aankomt om de betrokken incorporaties van inspanningen te produceren zonder daarbij te kunnen steunen op de positieve effecten van eerdere inspanningen, de initiële producent wel degelijk degene is die dit kan met de laagste inzet aan schaarse middelen.

Op korte termijn is het echter niet onwaarschijnlijk dat de maatschappelijke welvaart toeneemt in het licht van de beide, zonet beschreven reacties van marktpartijen op de daling van de marktprijs voor exclusieve rechten rond incorporaties van inspanningen die volgt uit het feit dat andere personen een aanwending maken van de positieve effecten van het initiële vervaardigen van dergelijke incorporaties van inspanningen door een producent zonder hierrond een ruiltransactie af te sluiten met deze producent. Een dergelijk toename van de maatschappelijke welvaart op korte termijn zal zich immers met name voordoen indien de toename van het consumentensurplus dat alle consumenten van de betrokken incorporaties van inspanningen samen, de daling van de mate van behoeftebevrediging overstijgt, die de initiële producent van de betrokken incorporaties van inspanningen ondervindt doordat hij verlies doet op de betrokken incorporaties van inspanningen die hij reeds produceerde en doordat hij er uiteindelijk toe gedwongen wordt om zijn productie en aanbod van de betrokken incorporaties van inspanningen te staken.

Op lange termijn is, volgens de economische analyse, echter aan te nemen dat het gegeven dat andere personen een aanwending kunnen maken van de positieve effecten van het initiële vervaardigen van dergelijke incorporaties van inspanningen door een producent zonder hierrond een ruiltransactie af te sluiten met deze producent, in de weg zal staan van het maximaliseren van de maatschappelijke welvaart.

In dit verband is volgens de economische analyse met name rekening te houden met het feit dat de hierboven beschreven daling van de marktprijs voor exclusieve rechten rond incorporaties van inspanningen doordat andere personen de positieve effecten van het eerdere vervaardigen van dergelijke incorporaties van inspanningen door een initiële producent kunnen aanwenden zonder hierrond een ruiltransactie af te sluiten met deze producent, ook zal ingecalculeerd worden door potentiële, initiële producenten van de betrokken incorporaties van inspanningen. Zijn beslissing rond welke soort incorporaties van inspanningen hij wil gaan produceren en aanbieden, baseert een producent immers, zoals aangegeven, op zijn afweging om langs deze weg het grootst mogelijke producentensurplus te realiseren. Daarbij gaat hij concreet na in welke mate de marktprijzen rond de onderscheiden incorporaties van inspanningen die hij kan vervaardigen, inderdaad zijn opportuniteitskosten overstijgen die verbonden zijn de inzet van schaarse middelen om deze incorporaties van inspanningen te produceren en aan te bieden. Als de producent dan rond incorporaties van inspanningen waarvan het vervaardigen aanleiding geeft tot positieve effecten die andere personen kunnen aanwenden zonder daarrond een ruiltransactie af te sluiten met hem, de daling van de marktprijs incalculeert die volgt uit deze aanwendingen van de betrokken positieve effecten van zijn inspanningen door deze andere personen, zal deze producent veel minder vaak tot het besluit komen dat het vervaardigen van deze incorporaties van inspanningen hem het grootste producentensurplus kan opleveren. Hij zal er dan ook voor opteren om de betrokken incorporaties van inspanningen niet te produceren en om zijn schaarse middelen integendeel een andere aanwending te geven. Met het oog op het maximaliseren van de maatschappelijk welvaart is het probleem bij het zonet omschreven lange termijn effect dan het volgende: de individuele producent zal ook tot het besluit komen om de incorporaties van inspanningen, waarvan het vervaardigen aanleiding geeft

tot positieve externe effecten, niet te produceren, in gevallen waar het produceren en aanbieden van deze incorporaties van inspanningen eigenlijk de aanwending van zijn schaarse middelen is waarin zij uiteindelijk de grootst mogelijke behoeftebevrediging kunnen genereren. Doordat zakenrechtelijke exclusieve rechten er in dit geval niet in slagen om positieve externe effecten te vermijden, faalt de lage marktprijs die de producent incalculeert er in om hem, zoals in een perfecte markt het geval zou zijn, inderdaad de signalen te geven en voldoende aan te sporen om zijn schaarse middelen aan te wenden voor de doeleinden waarin zij de hoogst mogelijk bijdrage tot de maatschappelijke welvaart leveren⁶⁷⁶. De economische analyse geeft aan dat het feit dat handelingen gepaard gaan met positieve externe effecten, er in de regel toe leidt dat de coördinatie door de marktprijs, individuen dit gedrag te weinig doet stellen, in verhouding tot wat optimaal zou zijn om de maatschappelijke welvaart te maximaliseren⁶⁷⁷.

In het licht van het zonet beschreven specifieke marktfalen dat dreigt in gevallen waarin de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, komt de economische analyse dan gewoonlijk tot de volgende observatie: dat een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht zijn rechtvaardiging kan vinden in het feit dat dit in beginsel een oplossing kan bieden om in dergelijke gevallen alsnog tot een passende internalisatie te komen van de betrokken positieve effecten en om het intreden van het betrokken specifieke marktfalen door een onvoldoende internalisatie van positieve effecten dus te vermijden. Belangrijk hierbij is dan met name de observatie dat het intellectuele eigendomsrecht een initiële producent, in tegenstelling tot zakenrechtelijke exclusieve rechten, wel een basis biedt om andere personen tot een vergoeding te dwingen voor het gebruik van de positieve effecten van zijn inspanningen dat plaatsvindt op grond van zintuiglijk waarneembare manifestaties waarin andere personen de positieve effecten van zijn inspanningen tot uiting laten komen en waarover hij zelf geen zakenrechtelijke exclusieve rechten heeft⁶⁷⁸. Het intellectuele eigendomsrecht biedt in die zin dus het uitzicht op exclusieve rechten die in staat zijn om ook in gevallen waarin de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, datgene te doen wat het model van een perfecte markt, met het oog op een passende internalisatie van positieve effecten, zoals aangegeven, vereist van exclusieve rechten: verzekeren dat de enige manier voor een andere persoon om ooit het gebruik van het schaarse middel te genieten waarover een andere persoon exclusieve rechten heeft er in bestaat om een vrijwillige ruiltransactie aan te gaan met deze houder van de betrokken exclusieve rechten, rond het verkrijgen van exclusieve rechten over dit schaarse middelen of één van zijn gebruiksmogelijkheden. In het volgende onderdeel zullen we echter zien dat niettemin discussie bestaat rond het concrete resultaat dat na te streven is aan de hand van de inzet van het intellectuele eigendomsrecht met het oog op een passende internalisatie van positieve effecten, met name een internalisatie van positieve effecten die de maatschappelijke welvaart maximaliseert.

B.2. Onderscheiden opvattingen rond het door het intellectuele eigendomsrecht na te streven resultaat

In het kader van de economische analyse is er echter geen consensus rond het *concrete resultaat* dat na te streven is aan de hand van het *middel* van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht om, zoals economisch-utilitaristische overwegingen vragen, een passende internalisatie van positieve effecten teweeg te brengen en uiteindelijk ook een coördinatie van gedragingen te bereiken die resulteert in de grootst mogelijke

⁶⁷⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. BARRON, “Copyright Infringement, ‘Free-Riding’, and the Lifeworld”, *LSE Legal Studies Working Paper No 17/2008* (Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1280893>), p. 3; Vergelijk ook: W. BOYES en M. MELVIN, *Microeconomics*, Boston, Houghton Mifflin, 2008, p. 103 (“*The market system works efficiently only if the market price reflects the full costs and benefits of producing and consuming a particular good.*”).

⁶⁷⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: D. BESANKO en R. BRAEUTIGAM, *Microeconomics*, Hoboken, John Wiley and Sons, 2010, p. 713, R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p. 623 en W. GORDON, “Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors”, *Columbia Law Review* 1982, p. 1610-1611.

⁶⁷⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: W. McEACHERN, *Microeconomics: A Contemporary Introduction*, Mason, South-Western/Cengage Learning, 2011, p. 297; W. GORDON, “Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors”, *Columbia Law Review* 1982, p. 1600-1657.

maatschappelijke welvaart. Bij een dergelijk concreet resultaat aan de hand van het *middel* van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht gaat het dan met name om een resultaat in termen van bepaalde personen een bevoegdheid verlenen om in het licht van bepaalde feitelijke omstandigheden bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden.

In wat volgt, bespreken we nu, zoals aangegeven, de onderscheiden richtlijnen die drie benaderingen verdedigen rond het betrokken concrete resultaat dat, conform economisch-utilitaristische overwegingen, na te streven is aan de hand van een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht: (B.2.1.) de ‘incentive versus access’-benadering, (B.2.2.) de ‘absolute exclusiviteit’-benadering en (B.2.3.) de ‘imitatievoordeel’-benadering.

B.2.1. ‘Incentive versus acces’-benadering

De ‘incentive versus acces’-benadering stelt als richtlijn voorop dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht met het oog op een investeringsbescherming conform economisch-utilitaristische overwegingen, het volgende concrete resultaat moeten nastreven: personen een bevoegdheid geven om, die zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden die een aanwending inhouden van het resultaat van hun inspanningen, in de mate dat de toename van de maatschappelijke welvaart op grond van de incorporaties van inspanningen die individuen door de incentive-werking van dit ingrijpen gaan creëren, maximaal het verlies aan maatschappelijke welvaart overstijgt dat ontstaat doordat dit ingrijpen andere individuen de toegang beperkt tot de aanwending van de incorporaties van inspanningen, gecreëerd onder de stimulus en bescherming van dit ingrijpen⁶⁷⁹. Door deze richtlijn aan te houden zal de investeringsbescherming op grond van het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, volgens de ‘incentive versus access’-benadering, een passende internalisatie van positieve effecten teweegbrengen en uiteindelijk ook een coördinatie van gedragingen bereiken die resulteert in de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart. In dit onderdeel bespreken we (a.) op grond van welke redenering de ‘incentive versus acces’-benadering tot deze richtlijn komt en geven we vervolgens ook aan (b.) welke bedenkingen de rechtseconomie en de rechtsleer reeds formuleerde bij deze ‘incentive versus acces’-benadering.

⁶⁷⁹ Zie bijvoorbeeld: K. BLIND, J. EDLER, M. FRIEDEWALD, *Software Patents. Economic Impacts and Policy Implications*, Cheltenham – Northampton, Edward Elgar Publishing, 2005, p. 8; J. COHEN, “Copyright and the Perfect Curve”, *Vanderbilt Law Review* 2000, p. 1801ff.; W. LANDES en R. POSNER, “An Economic Analysis of Copyright Law”, *Journal of Legal Studies* 1989, p. 326 (“Copyright protection-the right of the copyright's owner to prevent others from making copies- trades off the costs of limiting access to a work against the benefits of providing incentives to create the work in the first place. Striking the correct balance between access and incentives is the central problem in copyright law.”); S. LIEBOWITZ, “Copyright Law, Photocopying, and Price Discrimination” in J. PALMER and R. ZERBE, Jr. (eds.), *Research in Law and Economics: The Economics of Patents and Copyrights*, London, JAI Press, 1986, p. 184 (“The primary efficiency issue in the economics of intellectual property concerns balancing the incentives to encourage the production of artistic and intellectual works with the cost to society of creating deadweight loss.”); K. ARROW, *Economic welfare and the allocation of resources for invention*, Santa Monica, The RAND Corporation, 1959, p. 12.

a. Redenering

De redenering die de ‘incentive versus acces’-benadering opbouwt om tot haar zonet vermelde richtlijn te komen rond het concrete resultaat dat, overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen, na te streven is door een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, omvat verschillende stappen. In wezen kunnen we stellen dat de ‘incentive versus acces’-benadering in dit verband (a.1.) vanuit bepaalde uitgangspunten, (a.2.) tot een concept komt van het resultaat dat te bereiken is aan de hand van het *middel* van een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht en dit concept dan vervolgens (a.3.) uitwerkt in een richtlijn rond het concrete resultaat dat na te streven is via een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, met name dus een concreet resultaat in termen van bepaalde personen een bevoegdheid verlenen om in het licht van bepaalde feitelijke omstandigheden bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden.

a.1. Uitgangspunten

Voor haar richtlijn rond het concrete resultaat dat, overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen, na te streven is door een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht baseert de ‘incentive versus acces’-benadering zich op welbepaalde assumpties. Deze assumpties hebben met name betrekking op (a.1.1.) de opdracht die overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen toekomt aan een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht en op (a.1.2.) het concrete middel dat deze investeringsbescherming biedt om deze opdracht te vervullen.

a.1.1. Opdracht

In de eerste plaats neemt de ‘incentive versus acces’-benadering met name aan dat een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen, de volgende opdracht heeft: in gevallen waar de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, een passende internalisatie van positieve effecten teweegbrengen en uiteindelijk aanzetten tot een coördinatie van gedragingen die tot de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart leidt⁶⁸⁰. De ‘incentive versus acces’-benadering sluit zich in dit verband aan bij de hierboven besproken analyse dat in dergelijke gevallen waarin de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, het systeem van zakenrechtelijke exclusieve rechten alleen, niet volstaat om tot een passende internalisatie te komen van positieve effecten.

a.1.2. Middel

In de tweede plaats blijkt de ‘incentive versus access’-benadering dan aan te nemen dat de investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, het volgende *middel* biedt om de zonet vermelde opdracht te vervullen van het teweegbrengen van een passende internalisatie van positieve effecten en een coördinatie van gedragingen die tot de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart leidt, in gevallen waar de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde: de betrokken persoon een zekere bevoegdheid verlenen over het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen die ook een zekere bevoegdheid impliceert over bepaalde handelingen rond

⁶⁸⁰ Zie in die zin met een expliciete verwijzing naar de notie van positieve externe effecten, bijvoorbeeld: J. COHEN, "Copyright and the Perfect Curve", *Vanderbilt Law Review* 2000, p.1807; In diezelfde zin, zij het zonder expliciete verwijzing naar de notie van positieve externe effecten, bijvoorbeeld: W. NORDHAUS, "Theory of innovation. An Economic Theory of Technological Change", *The American Economic Review*, 1969, p. 19 ("Any invention is potentially a public good in the sense that it is indivisible, or that it can in theory be used universally at zero marginal cost.") and K. ARROW, *Economic welfare and the allocation of resources for invention*, Santa Monica, The RAND Corporation, 1959, p. 9 e.v. ("With suitable legal measure, information may become an appropriable commodity").

belichamingen van dit ‘resultaat’ van inspanningen⁶⁸¹. Het achterliggende idee rond de werking van dit *middel* blijkt dan met name te zijn dat het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen een goed aanknopingspunt vormt om de positieve effecten van de betrokken inspanningen te traceren en dat handelingen rond belichamingen van dit ‘resultaat’ van inspanningen een goed aanknopingspunt vormen om toepassingen te traceren van deze positieve externe effecten waarin een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht te overwegen is met het oog op het bereiken van een passende internalisatie van positieve effecten en een coördinatie van gedragingen die tot de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart leidt.

a.2. Richtlijn rond het na te streven conceptuele resultaat

Op grond van de zonet aangehaalde assumpties komt de ‘incentive versus acces’-benadering dan tot de analyse dat een aangewezen inzet van het *middel* van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen, conceptueel gezien, het volgende resultaat moet nastreven: personen een bevoegdheid geven rond de positieve effecten van hun inspanningen, het ‘resultaat’ van hun inspanningen, die ook een bevoegdheid impliceert over handelingen rond belichamingen van dit ‘resultaat’ van inspanningen die een aanwending inhouden van deze positieve effecten, telkens in de mate dat het verlenen van deze bevoegdheid daadwerkelijk leidt tot het maximaliseren van de maatschappelijke welvaart.

Voor haar concept rond het resultaat dat in wezen na te streven is aan de hand van het *middel* van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen, laat de ‘incentive versus acces’-benadering zich dan met name leiden door de volgende analyse: dat, in gevallen waar de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, deze persoon een bevoegdheid geven rond het ‘resultaat’ van zijn inspanningen die ook een bevoegdheid impliceert over bepaalde handelingen rond belichamingen van dit ‘resultaat’ van inspanningen, om zo marktfalen te vermijden ten gevolge van positieve *externe* effecten, aanleiding kan geven zowel tot een toename als tot een daling van de uiteindelijke maatschappelijke welvaart. Deze analyse van de ‘incentive versus acces’-benadering sluit hierbij in wezen aan bij de analyse dat geen garantie voorligt dat regelgevend ingrijpen dat slechts één oorzaak van marktfalen aanpakt ook daadwerkelijk leidt tot een coördinatie van gedragingen door de markt die resulteert in de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart. De economische analyse geeft in dit verband immers aan dat enkel een garantie voorligt op een coördinatie van gedragingen door de markt die resulteert in de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart, indien regelgevend ingrijpen er in slaagt om tegelijk, alle oorzaken van marktfalen te vermijden⁶⁸².

⁶⁸¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: W. NORDHAUS, “Theory of innovation. An Economic Theory of Technological Change”, *The American Economic Review*, 1969, p. 19 (*It should be stressed that the monopoly over information is essential for a sensible treatment of invention when invention is a public good.*) en K. ARROW, *Economic welfare and the allocation of resources for invention*, Santa Monica, The RAND Corporation, 1959, p. 9 (*“In the absence of special legal protection, he cannot however simply sell information on the open market. Any one purchaser can destroy the monopoly, since he can reproduce the information at little or no cost. Thus the only effective monopoly would be the use of the information by the original possessor.”*).

⁶⁸² In het licht van de ‘theory of second best’ benadrukt de economische analyse met name dat niet te voorspellen is of een overheidsingrijpen dat slechts één vorm van marktfalen corrigeert, terwijl andere vormen van marktfalen blijven voortbestaan, de maatschappelijke welvaart doet toenemen of afnemen. De analyse daarbij is dat verschillende gevallen van marktfalen elkaar kunnen opheffen waardoor het wegwerken van één oorzaak van marktfalen de impact van de andere gevallen van marktfalen kan doen toenemen. Alleen het ‘first-best’ ingrijpen, een overheidsingrijpen in de markt dat alle oorzaken van marktfalen tegelijkertijd corrigeert, biedt volgens deze analyse de garantie op een gedecentraliseerde coördinatie door de prijs, die de maatschappelijke welvaart maximaal doet toenemen. Zie in dit verband, bijvoorbeeld: R. KUENNE, *Readings in Social Welfare: Theory and Policy*, Malden, Mass. (o.a.), Blackwell Publishing, 2000, p. 43 e.v. en R. LIPSEY en K. LANCASTER, “The General Theory of Second Best”, *The Review of Economic Studies* 1956-1957, p. 11-32. Voor een toepassing van deze ‘theory of second best’ in de concrete context van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, zie bijvoorbeeld: K. KOELMAN, *Auteursrecht en Technische Voorzieningen. Juridische en Rechtseconomische Aspecten van de Bescherming van Technische Voorzieningen* in ITeR-reeks, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2003, p. 175.

De eventuele toename van de maatschappelijke welvaart door, in gevallen waar de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van personen niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigden, deze personen de zonet vermelde bevoegdheid toe te kennen rond het ‘resultaat’ van hun inspanningen, bestaat er, volgens de ‘incentive versus acces’-benadering, dan in dat het toekennen van deze bevoegdheid er kan voor zorgen dat de coördinatie door de markt er alsnog toe leidt dat marktpartijen schaarse middelen aanwenden voor de doeleinden waarvoor en de wijzen waarop deze schaarse middelen de grootst mogelijke behoeftebevrediging genereren, met name door ervoor te zorgen dat een passend aansporing ontstaat om incorporaties van inspanningen te produceren waarvan het vervaardigen dreigt gepaard te gaan met positieve externe effecten⁶⁸³. In de mate dat de toegekende bevoegdheid rond het ‘resultaat’ van hun inspanningen absoluut is, zal deze bevoegdheid de betrokken personen immers ook toelaten om het genot van de positieve effecten van hun inspanningen om tot dit resultaat te komen, ook afhankelijk te maken van het betalen van een prijs⁶⁸⁴. Dit maakt het dus ook mogelijk dat er een marktprijs ontstaat rond dit genot van de betrokken positieve effecten van de betrokken inspanningen voor de geschiktheid tot behoeftebevrediging van schaarse middelen, die personen een passende aansporing geeft om dergelijke inspanningen te verrichten⁶⁸⁵. Concreet zal de zonet vermelde bevoegdheid rond het ‘resultaat’ van inspanningen, de maatschappelijke welvaart dan met name doen toenemen, in de mate dat deze het toekennen van deze bevoegdheid rond incorporaties van inspanningen waarvan het vervaardigen anders dreigt gepaard te gaan met positieve externe effecten, aanleiding geeft tot een marktprijs die het volgende doet: personen ertoe aanzetten om incorporaties van de betrokken inspanningen te gaan produceren in gevallen waar dit ook de aanwending van hun schaarse middelen is die uiteindelijk de grootst mogelijke behoeftebevrediging genereert⁶⁸⁶.

De eventuele daling van de maatschappelijke welvaart door, in gevallen waar de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van personen niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigden, deze personen de hierboven vermelde bevoegdheid toe te kennen rond het ‘resultaat’ van hun inspanningen, volgt, volgens de ‘incentive versus acces’-benadering, dan met name uit het feit dat een dergelijke bevoegdheid er de oorzaak kan van zijn dat de coördinatie door de markt er niet toe leidt dat marktpartijen schaarse middelen aanwenden voor de doeleinden waarvoor en de wijzen waarop deze schaarse middelen de grootst mogelijke behoeftebevrediging genereren. De achterliggende verklaring voor dit fenomeen is daarbij, volgens de ‘incentive versus acces’-benadering, dat de betrokken bevoegdheid rond het ‘resultaat’ van hun inspanningen, de betrokken personen de nodige monopoliekracht kan verschaffen om monopolieprijzen te vragen in ruil voor mogelijkheden tot behoeftebevrediging, die teruggaan op hun ‘resultaat’ van inspanningen. Bij dergelijke monopolieprijzen gaat het dan met name om prijzen die hoger zijn dan de vergoeding van de opportuniteitskosten rond de schaarse middelen, die daadwerkelijk in te zetten waren om de schaarse middelen te vervaardigen, die de betrokken behoeftebevrediging mogelijk maken. De mate waarin personen de zonet vermelde bevoegdheid toekennen rond het ‘resultaat’ van hun inspanningen hen, inderdaad de nodige monopoliekracht biedt om dergelijke monopolieprijzen te vragen zal hierbij vooral afhangen van de volgende factoren: de mate waarin deze bevoegdheid over het ‘resultaat’ van inspanningen daadwerkelijk absoluut

⁶⁸³ Vergelijk: W. LANDES en R. POSNER, “An Economic Analysis of Copyright Law”, *Journal of Legal Studies* 1989, p. 326.

⁶⁸⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: J. COHEN, “Copyright and the Perfect Curve”, *Vanderbilt Law Review* 2000, p. 1801 e.v.; S. LIEBOWITZ, “Copyright Law, Photocopying, and Price Discrimination” in J. PALMER and R. ZERBE, Jr. (eds.), *Research in Law and Economics: The Economics of Patents and Copyrights*, London, JAI Press, 1986, p. 184.

⁶⁸⁵ Zie bijvoorbeeld: W. LANDES en R. POSNER, “An Economic Analysis of Copyright Law”, *Journal of Legal Studies* 1989, p. 343-344.

⁶⁸⁶ In die zin bijvoorbeeld, for example: G. LUNNEY, “Reexamining Copyright's Incentives-Access Paradigm”, *Vanderbilt Law Review* 1996, p. 488; A. PLANT, “The Economic Theory Concerning Patents for Inventions”, *Economica* 1934, p. 30-51; A. PLANT, “The Economic Aspects of Copyright in Books”, *Economica* 1934, p.167-195.

is en de substituten die overblijven voor de behoeftebevrediging, die schaarse middelen door hun belichaming van dit ‘resultaat’ van arbeid inderdaad kunnen verlenen⁶⁸⁷.

Indien personen de betrokken bevoegdheid toekennen rond het ‘resultaat’ van hun inspanningen hen inderdaad monopolie macht verschaft en aanleiding geeft tot monopolieprijzen, dan zorgt deze bevoegdheid er vooral op twee manieren voor dat marktpartijen schaarse middelen niet aanwenden voor de doeleinden waarvoor en de wijzen waarop deze schaarse middelen de grootst mogelijke behoeftebevrediging genereren. Ten eerste, zullen zij er voor zorgen dat de geproduceerde belichamingen van het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen te weinig gebruikt worden en, ten tweede, zullen zij er voor zorgen dat te veel schaarse middelen aangewend worden voor de productie van de ‘resultaten’ van inspanningen waarrond dergelijke bevoegdheden toegekend worden⁶⁸⁸.

In de eerste plaats, houdt de ‘incentive versus acces’-benadering er immers rekening mee dat, indien de bevoegdheid rond het ‘resultaat’ van inspanningen aanleiding geeft tot monopolie macht en monopolieprijzen, dit er ook toe leidt dat een bepaalde groep mensen onnodig de behoeftebevrediging moet missen die zij zouden kunnen genieten op grond van schaarse middelen die dit ‘resultaat’ van inspanningen belichamen. Het gaat daarbij dan met name om de groep van mensen die wel bereid en in staat zouden zijn om een prijs te betalen voor de mogelijkheid tot behoeftebevrediging die te danken is aan dit ‘resultaat’ van inspanningen die ook de daaraan verbonden daadwerkelijk inzet aan schaarse middelen dekt, met name dus ook de geleverde arbeid, die nodig was om deze mogelijkheid te creëren, maar die daarentegen niet bereid of niet in staat zijn om de monopolieprijs te betalen die daarvoor in werkelijkheid gevraagd wordt door de rechthebbende met monopolie macht⁶⁸⁹. Het feit dat deze groep mensen de zonet vermelde behoeftebevrediging moet missen, houdt, volgens de ‘incentive versus acces’-benadering, onnodig een welvaartsverlies in dat gewoonlijk aangeduid wordt met de notie ‘deadweight social loss’⁶⁹⁰. De betrokken groep mensen was immers in staat om een consumentensurplus te realiseren tegen een prijs die ook daadwerkelijk de inzet aan schaarse middelen zou dekken die nodig was om dit consumentensurplus mogelijk te maken. Het feit dat zij dit consumentensurplus dan toch niet kunnen realiseren, houdt in dat de betrokken schaarse middelen niet aangewend worden op de wijze waarop ze de grootst mogelijke behoeftebevrediging genereren en betekent dus ook dat de maatschappelijk welvaart dus niet gemaximaliseerd wordt⁶⁹¹. Het feit dat de zonet vermelde groep mensen de zonet vermelde behoeftebevrediging moet missen, is

⁶⁸⁷ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: RITTENBERG, *Principles of Microeconomics*, Nyack (N.Y.), Flat World Knowledge, 2008, p. 254 e.v. en W. BAUMOL en A. BLINDER, *Microeconomics: Principles and Policy*, Mason, Thomson South-Western, 2007, p. 219; Zie ook bijvoorbeeld: C. KIRCHNER, "Innovationsschutz und Investitionsschutz für immaterielle Güter", *GRURInt* 2004, p. 604 (“Die tatsächliche Wirkungsweise solcher Immaterialgüterrechte hängt von einer Vielzahl externer Faktoren ab, unter anderem der Preiselastizität der Nachfrage von innovativen Produkten, den Kosten von Parallelinnovationsprozessen, den Kosten der Imitation, der Sequenzierung von Innovationstätigkeit. Die tatsächliche Wirkungsweise solcher Immaterialgüterrechte hängt - auch - von der Ausgestaltung dieser Rechte ab.”).

⁶⁸⁸ Zie bijvoorbeeld: J. COHEN, “Copyright and the Perfect Curve”, *Vanderbilt Law Review* 2000, p. 1801; Zie in dit verband ook: R. HALL and M. LIEBERMAN, *Microeconomics: Principles and Applications*, Mason, Thomson/South-Western Cengage Learning, 2009, p.296 e.v. and N. MANKIW, *Principles of economics*, Mason, South-Western Cengage Learning, 2008, p. 328 e.v..

⁶⁸⁹ Zie: J. COHEN, “Copyright and the Perfect Curve”, *Vanderbilt Law Review* 2000, p. 1801; S. LIEBOWITZ, “Copyright Law, Photocopying, and Price Discrimination” in J. PALMER and R. ZERBE, Jr. (eds.), *Research in Law and Economics: The Economics of Patents and Copyrights*, London, JAI Press, 1986, 287 p..

⁶⁹⁰ Zie bijvoorbeeld: S. LIEBOWITZ, “Copyright Law, Photocopying, and Price Discrimination” in J. PALMER and R. ZERBE, Jr. (eds.), *Research in Law and Economics: The Economics of Patents and Copyrights*, London, JAI Press, 1986, p. 184; For an explanation of the general notion deadweight (social) loss in economics, Zie bijvoorbeeld: J. TAYLOR en A. WEERAPANA, *Principles of microeconomics: global financial crisis edition*, Mason, South-Western/Cengage Learning, 2009 p. 191 (“Deadweight loss: The loss in producers and consumers surplus due to an inefficient level of production”); For an explanation of the general notion deadweight (social) loss connected to monopoly power, Zie bijvoorbeeld: W. McEACHERN, *Microeconomics: A Contemporary Introduction*, Mason, South-Western/Cengage Learning, 2011, p. 216 (*Deadweight loss of monopoly: Net loss to society when a firm with market power restricts output and increases the price.*).

⁶⁹¹ Zie bijvoorbeeld: J. COHEN, “Copyright and the Perfect Curve”, *Vanderbilt Law Review* 2000, p. 1801ff.; Compare also: A. BARRON, “Copyright Infringement, ‘Free-Riding’, and the Lifeworld”, *LSE Legal Studies Working Paper No 17/2008* (Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1280893>), p. 9; K. ARROW,

daarbij volgens de ‘incentive versus acces’-benadering, dan ook niet te verklaren als ‘nodig’ in het licht van het creëren van een passende aansporing om personen de betrokken mogelijkheid tot behoeftebevrediging te laten produceren. De zonet vermelde groep mensen die deze mogelijkheid moet missen was immers, zoals gezegd, bereid om een prijs te betalen die ook de inzet aan schaarse middelen dekt die daadwerkelijk nodig was om deze mogelijkheid te creëren. Zoals het model van de coördinatie van gedragingen binnen een perfecte markt aantoont, kan van een dergelijke prijs in beginsel reeds een voldoende incentive uitgaan om schaarse middelen te vervaardigen die een bepaalde behoeftebevrediging mogelijk maken⁶⁹². De mate waarin de monopolieprijs de prijs overstijgt die ook de daadwerkelijk inzet aan schaarse middelen vergoedt die vereist is om de betrokken behoeftebevrediging mogelijk te maken, is in principe dus niet nodig met het oog op het creëren van een passende incentive om schaarse middelen te vervaardigen, die deze behoeftebevrediging mogelijk maken.

In de tweede plaats, houdt de ‘incentive versus acces’-benadering er dus ook rekening mee dat, indien de exclusieve bevoegdheid rond het ‘resultaat’ van inspanningen aanleiding geven tot monopoliemacht en monopolieprijzen, dit er ook kan voor zorgen dat te veel schaarse middelen aangewend worden voor de productie van de ‘resultaten’ van inspanningen waarrond deze bevoegdheid toegekend wordt. Dit zal met name het geval zijn indien concurrentie op de markt er voor zorgt dat een producent voor het soort ‘resultaten’ van inspanningen dat eigenlijk de ‘welvaartsmaximaliserende’ aanwending inhoudt van zijn schaarse middelen, slechts een vergoeding kan verkrijgen die net de inzet van zijn schaarse middelen vergoedt, terwijl hij monopolieprijzen kan verkrijgen voor de aanwending van diezelfde schaarse middelen om ‘resultaten’ van inspanningen te vervaardigen die aanleiding geven tot het toekennen van de betrokken bevoegdheid. Zijn persoonlijk kosten en baten afweging zal de betrokken producent er dan immers toe aanzetten om zijn schaarse middelen niet in te zetten voor het soort ‘resultaten’ van inspanningen dat eigenlijk de ‘welvaartsmaximaliserende’ aanwending inhoudt van zijn schaarse middelen maar integendeel voor het soort resultaten van inspanningen waarrond de betrokken absolute exclusieve rechten monopolieprijzen mogelijk maken⁶⁹³. De mogelijkheid om monopolieprijzen te vragen voor het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen betekent dan ook dat er geen garantie meer voorligt dat de betrokken ‘resultaten’ van inspanningen enkel geproduceerd worden door de meest efficiënte producenten, met name die producenten die daartoe de laagst inzet aan schaarse middelen nodig hebben⁶⁹⁴. Ten slotte, is er ook rekening mee te houden dat producenten daarbij ook schaarse middelen zullen afwenden van hun welvaartsmaximaliserende aanwending daar waar zij deze inzetten specifiek met het oog op verkrijgen en het behoud van hun monopoliemacht⁶⁹⁵.

Haar zonet beschreven analyse dat de inzet van het intellectuele eigendomsrecht met het oog op een internalisatie van positieve effecten, aanleiding kan geven tot zowel een toename als een daling van de uiteindelijke maatschappelijke welvaart, doet de ‘incentive versus acces’-benadering dan met name besluiten dat telkens aandacht te besteden is aan het vinden van een afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, het toekennen van een bevoegdheid over bepaalde ‘resultaten’ van inspanningen, die in concreto inderdaad de maatschappelijke welvaart maximaliseert.

“Economic welfare and the allocation of resources for invention (1962)” herdruk in K. ARROW, *Collected papers of Kenneth J. Arrow. Volume 5 Production and capital.*, Oxford, Blackwell, 1985, 112.

⁶⁹² Vergelijk op dit punt ook de analyse bij: M. LEMLEY, “Property, Intellectual Property, and Free Riding”, *Texas Law Review* 2005, p. 1046 e.v. (o.a. p.1047: “Thus, in Figure 1 everything in the shaded area is a social benefit from the producer's sale that is not captured by that producer. That discrepancy isn't a problem, because so long as the price stays above marginal cost producers will still make the good.”).

⁶⁹³ Vergelijk: G. LUNNEY, “Reexamining Copyright's Incentives-Access Paradigm”, *Vanderbilt Law Review* 1996, p. 488; A. PLANT, “The Economic Theory Concerning Patents for Inventions”, *Economica* 1934, p. 30-51; A. PLANT, “The Economic Aspects of Copyright in Books”, *Economica* 1934, p.167-195

⁶⁹⁴ Vergelijk: R. HALL and M. LIEBERMAN, *Microeconomics: Principles and Applications*, Mason, Thomson/South-Western Cengage Learning, 2009, p.296 e.v. en N. MANKIWI, *Principles of economics*, Mason, South-Western Cengage Learning, 2008, p. 328 e.v..

⁶⁹⁵ Zie bijvoorbeeld: R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p. 348 (“In practice, the social cost of monopoly power is likely to exceed the deadweight loss... The reason is that the firm may engage in ‘rent seeking’. ... ‘Rent seeking’= is pending money in socially unproductive efforts to acquire maintain or exercise monopoly power.”).

Daarbij is het volgens deze ‘incentive versus acces’-benadering dan met name essentieel om de mate waarin intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ personen een bevoegdheid verlenen over het ‘resultaat’ van hun inspanningen, in gevallen waar de positieve effecten van het ‘resultaat’ van hun inspanningen niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die zij zelf vervaardigden, zo af te stellen dat het volgende geldt: de toename van de maatschappelijke welvaart op grond van de incorporaties van inspanningen die individuen door de incentive-werking van dit ingrijpen gaan creëren, overstijgt maximaal het verlies aan maatschappelijke welvaart dat ontstaat doordat dit ingrijpen andere individuen de toegang beperkt tot de aanwending van de incorporaties van inspanningen, gecreëerd onder de stimulus en bescherming van dit ingrijpen⁶⁹⁶.

Als leidraad voor een dergelijke optimale afstelling van het ingrijpen rond bepaalde soorten ‘resultaten’ van inspanningen komt het er volgens de ‘incentive versus acces’-benadering dan met name op aan om aandacht te hebben voor feiten die een indicatie vormen van: enerzijds, de capaciteit van deze ‘resultaten’ van inspanningen om de maatschappelijk welvaart te verhogen, en, anderzijds, de hoeveelheid substituten die in de regel beschikbaar zijn voor incorporaties van een concreet resultaat van inspanningen van die soort. De hoeveelheid beschikbare substituten voor deze incorporaties vormt daarbij dan immers een indicatie voor de te verwachten omvang van de monopolie-macht indien de rechthebbende een intellectueel eigendomsrecht heeft dat zich uitstrekt over deze incorporaties en een indicatie voor de mogelijkheid van personen om de behoeftebevrediging die zij mislopen door de monopolieprijzen die intellectuele eigendomsrechten veroorzaken eventueel te genieten op grond van substituten. Als feiten die een indicatie vormen voor de capaciteit van een ‘resultaat’ van inspanningen om de maatschappelijk welvaart te verhogen, gelden dan bijvoorbeeld de nieuwheid of de omvang en de aard van de inspanningen die nodig waren om tot dit resultaat te komen. Als feiten die een indicatie vormen voor de hoeveelheid substituten die in de regel beschikbaar zijn voor incorporaties van een concreet ‘resultaat’ van inspanningen gelden dan bijvoorbeeld de esthetische of functionele gerichtheid ervan, het feit dat deze incorporaties noodzakelijk zijn om een bepaald functionaliteit te bereiken, het gegeven dat deze incorporatie de enig bron is van een bepaalde informatie en het feit dat netwerkeffecten⁶⁹⁷ rond deze incorporaties het haast onvermijdelijk maken om zintuiglijk waarneembare manifestaties te gebruiken die te beschouwen zijn als incorporaties van hetzelfde resultaat van arbeid⁶⁹⁸.

Om erop toe te zien dat de afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht inderdaad de maatschappelijke welvaart maximaliseert, komt het volgens de logica van deze ‘incentive versus acces’-benadering dan met name aan op het volgende: het aanpassen van de mate van exclusiviteit van de bevoegdheid – en daarmee dus de mate van stimulus en de mate van controle over substituten – die het intellectuele eigendomsrecht biedt rond onderscheiden soorten ‘resultaten’ van inspanningen. De exclusieve rechten die personen kunnen ontlenen aan intellectuele rechten en de relatieve bevoegdheid die een persoon kan ontlenen aan het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ is in de logica van de ‘incentive versus acces’-benadering dan te

⁶⁹⁶ Zie bijvoorbeeld: K. BLIND, J. EDLER, M. FRIEDEWALD, *Software Patents. Economic Impacts and Policy Implications*, Cheltenham – Northampton, Edward Elgar Publishing, 2005, p. 8; J. COHEN, “Copyright and the Perfect Curve”, *Vanderbilt Law Review* 2000, p. 1801 e.v.; W. LANDES en R. POSNER, “An Economic Analysis of Copyright Law”, *Journal of Legal Studies* 1989, p. 326 (“Copyright protection-the right of the copyright's owner to prevent others from making copies- trades off the costs of limiting access to a work against the benefits of providing incentives to create the work in the first place. Striking the correct balance between access and incentives is the central problem in copyright law.”); S. LIEBOWITZ, “Copyright Law, Photocopying, and Price Discrimination” in J. PALMER and R. ZERBE, Jr. (eds.), *Research in Law and Economics: The Economics of Patents and Copyrights*, London, JAI Press, 1986, p. 184 (“The primary efficiency issue in the economics of intellectual property concerns balancing the incentives to encourage the production of artistic and intellectual works with the cost to society of creating deadweight loss.”); K. ARROW, *Economic welfare and the allocation of resources for invention*, Santa Monica, The RAND Corporation, 1959, p. 12.

⁶⁹⁷ Netwerkeffecten doen zich voor indien de waarde van een product voor eerdere afnemers vermeerderd, wanneer een volgende koper het product verwerft. Een typisch voorbeeld hiervan is een telefoonaansluiting op een bepaald netwerk, die, naarmate meer mensen ook een dergelijke telefoonaansluiting verwerven op dit netwerk, steeds waardevoller wordt aangezien deze aansluiting toelaat steeds meer mensen te bereiken.

⁶⁹⁸ Zie in dit verband, bijvoorbeeld: C. KIRCHNER, “Innovationsschutz und Investitionsschutz für immaterielle Güter”, *GRURInt* 2004, p.604 e.v. en, tegelijk ook kritisch, G. LUNNEY, “Reexamining Copyright's Incentives-Access Paradigm”, *Vanderbilt Law Review* 1996, p. 483 e.v..

analyseren als een mogelijkheid om de mate van exclusiviteit van de toegekende bevoegdheid over een ‘resultaat’ van inspanningen aan te passen aan wat nodig is voor het maximaliseren van de maatschappelijk welvaart. Ook de limieten en de uitzonderingen die intellectuele rechten voorzien rond de exclusieve bevoegdheid die zij verlenen over het ‘object’, gelden binnen de ‘incentive versus acces’-benadering dan als cruciale aanknopingspunten om de mate van exclusieve bevoegdheid te optimaliseren rond concrete resultaten van inspanningen⁶⁹⁹.

a.3. Uitwerking van een richtlijn rond het na te streven concrete resultaat

Vervolgens werkt de ‘incentive versus acces’-benadering dan een richtlijn uit rond het concrete resultaat dat, overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen, na te streven is aan de hand van het *middel* van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht. Voor deze richtlijn vertrekt de ‘incentive versus acces’-benadering dan met name van haar zonet vermelde analyse dat een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, in wezen, het volgende resultaat moet nastreven overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen: personen een bevoegdheid geven rond de positieve effecten van hun inspanningen, het ‘resultaat’ van hun inspanningen, die ook een bevoegdheid impliceert over handelingen rond belichamingen van dit ‘resultaat’ van inspanningen die een aanwending inhouden van deze positieve effecten, telkens in de mate dat het verlenen van deze bevoegdheid daadwerkelijk leidt tot het maximaliseren van de maatschappelijke welvaart. Op grond van deze analyse komt de ‘incentive versus acces’-benadering dan met name, zoals aangegeven, tot de richtlijn dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht met het oog op een investeringsbescherming conform economisch-utilitaristische overwegingen, het volgende concrete resultaat moeten nastreven: personen een bevoegdheid geven om, die zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden die een aanwending inhouden van het resultaat van hun inspanningen, in de mate dat de toename van de maatschappelijke welvaart op grond van de incorporaties van inspanningen die individuen door de incentive-werking van dit ingrijpen gaan creëren, maximaal het verlies aan maatschappelijke welvaart overstijgt dat ontstaat doordat dit ingrijpen andere individuen de toegang beperkt tot de aanwending van de incorporaties van inspanningen, gecreëerd onder de stimulus en bescherming van dit ingrijpen⁷⁰⁰.

b. Evaluatie

Rond de zonet beschreven ‘incentive versus acces’-benadering formuleerde de rechtsleer reeds verschillende punten van kritiek. De bezwaren tegen deze ‘incentive versus acces’-benadering zijn daarbij in het bijzonder de volgende: 1.) dat er steeds onvoldoende kennis en data zullen zijn om de richtlijnen van de ‘incentive versus acces’-benadering voldoende trefzeker om te zetten in de praktijk, 2.) dat de ‘incentive versus acces’-benadering een verkeerde analyse maakt bij haar identificatie van het probleem van ‘deadweight social loss’ en 3.) dat de ‘incentive versus acces’-benadering aanzet tot een ‘aansporen van het suboptimale’.

Het eerste punt van kritiek is daarbij met name dat de ‘incentive versus acces’-benadering in de praktijk weinig accurate en betrouwbare richtlijnen toelaat rond het door het intellectuele eigendomsrecht na te streven resultaat aangezien deze richtlijnen direct teruggaan op een afweging van twee grootheden waarrond er in de regel

⁶⁹⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: J. BOYLE, “Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property”, *Vanderbilt Law Review* 2000, p.2029; J. COHEN, “Copyright and the Perfect Curve”, *Vanderbilt Law Review* 2000, p. 1818.

⁷⁰⁰ Zie bijvoorbeeld: K. BLIND, J. EDLER, M. FRIEDEWALD, *Software Patents. Economic Impacts and Policy Implications*, Cheltenham – Northampton, Edward Elgar Publishing, 2005, p. 8; J. COHEN, “Copyright and the Perfect Curve”, *Vanderbilt Law Review* 2000, p. 1801 e.v.; W. LANDES en R. POSNER, “An Economic Analysis of Copyright Law”, *Journal of Legal Studies* 1989, p. 326 (“*Copyright protection-the right of the copyright's owner to prevent others from making copies- trades off the costs of limiting access to a work against the benefits of providing incentives to create the work in the first place. Striking the correct balance between access and incentives is the central problem in copyright law.*”); S. LIEBOWITZ, “Copyright Law, Photocopying, and Price Discrimination” in J. PALMER and R. ZERBE, Jr. (eds.), *Research in Law and Economics: The Economics of Patents and Copyrights*, London, JAI Press, 1986, p. 184 (“*The primary efficiency issue in the economics of intellectual property concerns balancing the incentives to encourage the production of artistic and intellectual works with the cost to society of creating deadweight loss.*”); K. ARROW, *Economic welfare and the allocation of resources for invention*, Santa Monica, The RAND Corporation, 1959, p. 12.

onvoldoende data en onvoldoende kennis bestaan⁷⁰¹. Het zal immers zo goed als nooit mogelijk zijn om precieze gegevens te verkrijgen rond de hoeveelheid aansporing die bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht moet leveren om tot een welvaartsmaximaliserend mate van productie te komen rond bepaalde resultaten van inspanningen⁷⁰². Verschillende auteurs geven in dit verband aan dat er binnen de ‘incentive versus acces’-benadering een tendens bestaat om de hoeveelheid aansporing die daartoe nodig is te overschatten⁷⁰³. Daarnaast zal het in de regel al even problematisch blijken om over precieze data te beschikken rond het welvaartsverlies dat te verwachten is naarmate concrete resultaten van inspanningen een bepaalde mate van bescherming verkrijgen op grond van het intellectuele eigendomsrecht⁷⁰⁴.

Een tweede punt van kritiek dat uitgebreider aan bod komt bij de bespreking van de ‘absolute exclusiviteit’-benadering is dus dat de ‘incentive versus acces’-benadering een verkeerde analyse maakt bij haar identificatie van het probleem van ‘deadweight social loss’. Zoals zo meteen besproken wordt is de kritiek hierbij dan met name dat de ‘incentive versus acces’-benadering over het hoofd ziet dat indien een persoon inderdaad voldoende volstrekt exclusieve bevoegdheden heeft over zijn resultaat van inspanningen het probleem van ‘deadweight social loss’ zich niet stelt omdat er voor deze persoon, met name in het licht van een model van prijsdiscriminatie, een drijfveer zal zijn om zijn winst te maximaliseren door elke kandidaat consument die een prijs kan en wil betalen voor exclusieve rechten over incorporaties van het ‘resultaat’ van inspanningen, die de productiekosten vergoedt, ook een incorporatie van dit ‘resultaat’ van inspanningen aan te bieden. Vanuit deze kritiek is het, in essentie, dan ook onwenselijk om, via uitzonderingen en limieten van de exclusieve bevoegdheid die het intellectuele eigendomsrecht toekent, dit probleem van ‘deadweight social loss’ te willen aanpakken, omdat dit veeleer aanleiding geeft tot het volgende probleem: dat een deel van het genot van het ‘resultaat’ van inspanningen niet tot uiting komt in de coördinatie van de marktprijs⁷⁰⁵.

Een derde punt van kritiek, ten slotte, is dat de afweging die ‘incentive versus acces’-benadering centraal stelt, in wezen aanzet tot een ‘aansporen van het suboptimale’. De analyse bij deze kritiek start dan met name met de vaststelling dat de ‘incentive versus acces’-benadering kan resulteren in een tendens om rond resultaten van inspanningen bijna standaard te pleiten voor het toekennen van hoge mate van bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht in het licht van de aansporing die daarvan uitgaat en pas af te stappen van dit pleidooi bij het identificeren van een specifieke nood om mensen een vrije toegang te geven tot bepaalde kenmerken die incorporaties ontleen aan een bepaald resultaat van inspanningen. De analyse gaat dan verder dat de identificatie

⁷⁰¹ In die zin bijvoorbeeld: W. FISHER, "Theories of Intellectual Property" in S. MUNZER (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 181-182; Vergelijk ook SCHÜNEMANN die in dit verband spreekt van een: "Anmaßung von nahezu gottgleichem Wissen, weder bezüglich der in den hochkomplex miteinander vernetzten Marktprozessen wirkenden Kausalitäten oder doch wenigstens statistisch signifikanter Korrelationen, noch hinsichtlich der unübersehbar weit gestreuten und sich noch dazu unaufhörlich Ändernden Informationen der Marktteilnehmer sowie schließlich hinsichtlich ihrer Präferenzen, Handlungskompetenzen und hinsichtlich sonstiger persönlicher, ihr Markthandeln beeinflussender Verhältnisse." W. SCHÜNEMANN, "Allgemeine Bestimmungen" in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p. 479.

⁷⁰² In die zin bijvoorbeeld: C. KIRCHNER, "Innovationsschutz und Investitionsschutz für immaterielle Güter", *GRURInt* 2004, p. 605.

⁷⁰³ Zie in die zin bijvoorbeeld: S. GHOSH, "The Intellectual Property Incentive: Not So Natural As To Warrant Strong Exclusivity", *SCRIPT-ed* 2006, p.96 e.v (te raadplegen op: <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol3-2/ghosh.asp>); Voor een kritische analyse in dit verband, zie bijvoorbeeld ook: S SCOTCHMER, *Innovation and Incentives*, Cambridge (Massachusetts), The MIT Press, 2004, p. 31 e.v.; Vergelijk ook op dit punt ook: B. PRETNAR, "The Economic Impact of Patents in a Knowledge-Based Market Economy", *IIC* 2003, p.889 ("...Schumpeter's assumption of „monopolistic“ incentive to invent is merely a behavioral assumption but not a law of economics, as pointedly remarked by Liebowitz. Pursuing innovation in quest of monopoly profits was possibly a reasonable assumption in the past, but cannot be taken as a representative paradigm in the context of a modern, knowledge-based economy. The modern world is characterized, inter alia, by what Baumol calls routinization of inventive activities,...").

⁷⁰⁴ Zie in dit verband bijvoorbeeld: K. KOELMAN, *Auteursrecht en Technische Voorzieningen. Juridische en Rechtseconomische Aspecten van de Bescherming van Technische Voorzieningen* in ITeR-reeks, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2003, p. 196 e.v..

⁷⁰⁵ In die zin bijvoorbeeld: F. EASTERBROOK, "Intellectual Property is still Property", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 1990, p. 109 e.v..

van een dergelijke nood om het verlenen van bescherming te terug te schroeven met het oog op het verlenen van toegang bijvoorbeeld zal voorliggen bij een resultaat van inspanningen dat dé oplossing blijkt te zijn voor een probleem. De conclusie is dus met andere woorden dat de ‘incentive versus acces’-benadering aanleiding kan geven tot een ‘aansporen van het suboptimale’ in de zin dat deze benadering er kan toe leiden dat resultaten van inspanningen die dé oplossing blijken te zijn voor een probleem uiteindelijk een lagere bescherming en een lagere aansporing verkrijgen dan resultaten van inspanningen die minder sterk uitblinken als oplossing voor een bepaald probleem⁷⁰⁶.

B.2.2. ‘Absolute exclusiviteit’-benadering

De ‘absolute exclusiviteit’-benadering stelt als richtlijn voorop dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht met het oog op een investeringsbescherming conform economisch-utilitaristische overwegingen, het volgende concrete resultaat moeten nastreven: personen een volstrekt absolute exclusieve bevoegdheid geven om zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden die een aanwending inhouden van het ‘resultaat’ van hun inspanningen⁷⁰⁷. Door deze richtlijn aan te houden zal de investeringsbescherming op grond van het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, volgens de ‘absolute exclusiviteit’-benadering, een passende internalisatie van positieve effecten teweegbrengen en uiteindelijk ook een coördinatie van gedragingen bereiken die resulteert in de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart. In dit onderdeel bespreken we opnieuw (a.) op grond van welke redenering de ‘absolute exclusiviteit’-benadering tot deze richtlijn komt en geven we vervolgens (b.) ook weer aan welke bedenkingen de rechtseconomie en de rechtsleer reeds formuleerden bij deze ‘absolute exclusiviteit’-benadering.

a. Redenering

De redenering die de ‘absolute exclusiviteit’-benadering opbouwt om tot haar zonet vermelde richtlijn te komen rond het concrete resultaat dat, overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen, na te streven is door een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, omvat opnieuw verschillende stappen. In wezen kunnen we stellen dat ook de ‘absolute exclusiviteit’-benadering in dit verband (a.1.) vanuit bepaalde uitgangspunten, (a.2.) tot een concept komt van het resultaat dat te bereiken is aan de hand van het *middel* van een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht en dit concept dan vervolgens (a.3.) uitwerkt in een richtlijn rond het concrete resultaat dat na te streven is via een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, met name dus een concreet resultaat in termen van bepaalde personen een bevoegdheid verlenen om in het licht van bepaalde feitelijke omstandigheden bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden.

a.1. Uitgangspunten

Voor haar richtlijn rond het concrete resultaat dat, overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen, na te streven is door een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht baseert de ‘absolute exclusiviteit’-benadering zich op welbepaalde assumpties. Deze assumpties hebben met name opnieuw betrekking op (a.1.1.) de opdracht die overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen toekomt aan een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht en op (a.1.2.) het concrete middel dat deze investeringsbescherming biedt om deze opdracht te vervullen.

⁷⁰⁶ In die zin bijvoorbeeld: G. LUNNEY, "Reexamining Copyright's Incentives-Access Paradigm", *Vanderbilt Law Review* 1996, p. 487 ("The more necessary the work, the more compelling the case for access, and the more limited the protection copyright should provide. As a result, relying on acces to dictate the limits of copyright protection leads inevitably to a copyright system that provides the most protection for those works that society least needs, and the least protection for those works society most needs.").

⁷⁰⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: P. GOLDSTEIN, "Copyright in the new informaton age. The Brendan Brown Lecture.", *Catholic University Law Review*, 1990-1991, p. 829-838 en F. EASTERBROOK, "Intellectual Property is still Property", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 1990, p. 108-118.

a.1.1. Opdracht

In de eerste plaats neemt de ‘absolute exclusiviteit’-benadering, net zoals de ‘incentive versus acces’-benadering, aan dat een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen, de volgende opdracht heeft: in gevallen waar de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, een passende internalisatie van positieve effecten teweegbrengen en uiteindelijk aanzetten tot een coördinatie van gedragingen die tot de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart leidt. De ‘absolute exclusiviteit’-benadering sluit zich in dit verband eveneens aan bij de hierboven besproken analyse dat in dergelijke gevallen waarin de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, het systeem van zakenrechtelijke exclusieve rechten alleen, niet volstaat om tot een passende internalisatie te komen van positieve effecten⁷⁰⁸.

a.1.2. Middel

In de tweede plaats blijkt de ‘absolute exclusiviteit’-benadering dan, net als de ‘incentive versus acces’-benadering, aan te nemen dat de investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, het volgende *middel* biedt om de zonet vermelde opdracht te vervullen van het teweegbrengen van een passende internalisatie van positieve effecten en een coördinatie van gedragingen die tot de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart leidt, in gevallen waar de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde: de betrokken persoon een zekere bevoegdheid verlenen over het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen die ook een zekere bevoegdheid impliceert over bepaalde handelingen rond belichamingen van dit ‘resultaat’ van inspanningen. Het achterliggende idee rond de werking van dit *middel* blijkt dan met name opnieuw te zijn dat het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen een goed aanknopingspunt vormt om de positieve effecten van de betrokken inspanningen te traceren en dat handelingen rond belichamingen van dit ‘resultaat’ van inspanningen een goed aanknopingspunt vormen om toepassingen te traceren van deze positieve externe effecten waarin een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht te overwegen is met het oog op het bereiken van een passende internalisatie van positieve effecten en een coördinatie van gedragingen die tot de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart leidt⁷⁰⁹.

a.2. Concept van de richtlijn rond het na te streven resultaat

Op grond van de zonet aangehaalde assumpties komt de ‘absolute exclusiviteit’-benadering dan, anders dan de ‘incentive versus acces’-benadering, tot de analyse dat een aangewezen inzet van het *middel* van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen, conceptueel gezien, het volgende resultaat moet nastreven: personen een absoluut exclusieve bevoegdheid geven rond de positieve effecten van hun inspanningen, het ‘resultaat’ van hun inspanningen, die ook een absoluut exclusieve bevoegdheid impliceert over handelingen rond belichamingen van dit ‘resultaat’ van inspanningen die een aanwending inhouden van deze positieve effecten⁷¹⁰. Bij dit standpunt rond het resultaat dat in wezen na te streven is aan de hand van het *middel* van een investeringsbescherming op

⁷⁰⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: P. GOLDSTEIN, “Copyright in the new informaton age. The Brendan Brown Lecture.”, *Catholic University Law Review*, 1990-1991, p.830 (“*But copyright differs from real property in at least one consequential respect. Where physical limits bound the use of real property, copyright subject matter can be consumed-in the sense that a book can be read or a motion picture viewed-by an indeterminate number of users without any one user diminishing the enjoyment of the other. Copyright subject matter is in this sense a classic public good.*”).

⁷⁰⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: F. EASTERBROOK, “Intellectual Property is still Property”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 1990, p.109 (“*That a patent covers an "entire" idea or product no more implies monopoly than the fact that USX Corporation owns the "entire" South Works in Chicago.*”) en P. GOLDSTEIN, “Copyright in the new informaton age. The Brendan Brown Lecture.”, *Catholic University Law Review*, 1990-1991, p. 830.

⁷¹⁰ In die zin bijvoorbeeld: F. EASTERBROOK, “Intellectual Property is still Property”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 1990, p.108-118.

grond van het intellectuele eigendomsrecht, overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen, laat de ‘absolute exclusiviteit’-benadering zich dan met name leiden door de volgende analyse: personen die zonet vermelde absoluut exclusieve bevoegdheid geven rond de positieve effecten van hun inspanningen, het ‘resultaat’ van hun inspanningen, is nu eenmaal noodzakelijk om een marktfalen te vermijden ten gevolge van positieve externe effecten en om via de coördinatie van de marktprijs de maatschappelijke welvaart te maximaliseren⁷¹¹.

Binnen de ‘absolute exclusiviteit’-benadering treffen we twee belangrijke argumentaties aan voor het pleidooi om, in gevallen waar de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, deze persoon volstrekt absolute exclusieve bevoegdheden te verlenen rond het ‘resultaat’ van zijn inspanningen die ook volstrekt absolute exclusieve bevoegdheden impliceren over handelingen rond belichamingen van dit ‘resultaat’ van zijn inspanningen.

Een eerste argumentatie om, in gevallen waar de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, deze persoon de zonet vermelde, volstrekt absolute exclusieve bevoegdheden toe te kennen over zijn ‘resultaat’ van inspanningen, is dan met name gebaseerd op een analyse rond de rol van absolute exclusieve rechten over schaarse middelen om te verzekeren dat de signalen van de marktprijs de gedragingen van marktpartijen laten resulteren in de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart. De auteurs die deze argumentatie opbouwen, vertrekken daarbij dan van de vaststelling dat een perfecte markt en een marktprijs die gedragingen laat resulteren in de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart, in principe vereist dat schaarse middelen onder werkzame, absolute en overdraagbare, exclusieve rechten vallen van individuen. Van dergelijke absolute exclusieve rechten vereist een perfecte markt dan met name, zoals aangegeven, dat zij verzekeren dat, dat de enige manier voor een persoon om ooit het gebruik van het schaarse middel te genieten waarover een andere persoon exclusieve rechten heeft, er in bestaat om een vrijwillige ruiltransactie aan te gaan met deze houder van de betrokken exclusieve rechten, rond het verkrijgen van exclusieve rechten over dit schaarse middelen of één van zijn gebruiksmogelijkheden. Dergelijke absolute exclusieve rechten moet er dan met name voor zorgen dat de marktprijs waarop marktpartijen gaan reageren, ook een weerspiegeling vormt van de daadwerkelijke behoeftebevrediging die deze schaarse middelen kunnen genereren en van de daadwerkelijk inzet aan schaarse middelen die vereist is om de betrokken schaarse middelen te vervaardigen.

Deze analyse van de rol van absolute exclusieve rechten in het verzekeren van correcte signalen van de marktprijs, een analyse die vooral uitgewerkt is in het licht van exclusieve rechten over één specifieke zintuiglijk waarneembare manifestatie, is volgens de betrokken auteurs dan consequent door te trekken naar het geval waarin de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde⁷¹². Met het oog op een perfecte markt en correcte signalen van de marktprijs, moet het intellectuele eigendomsrecht, volgens deze auteurs dus met name volstrekt absolute, exclusieve bevoegdheden verlenen, die het volgende verzekeren: dat de enige manier voor een persoon om ooit het gebruik van het ‘resultaat’ van inspanningen te genieten waarover een andere persoon exclusieve rechten heeft, er in bestaat om een vrijwillige ruiltransactie aan te gaan met deze houder van de betrokken exclusieve rechten, rond het verkrijgen van exclusieve rechten over dit ‘resultaat’ van inspanningen of één van zijn gebruiksmogelijkheden⁷¹³. Dergelijke absolute, exclusieve bevoegdheden moeten er dan met name

⁷¹¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: P. GOLDSTEIN, *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox*, Stanford, Stanford Law and Politics, 2003, p. 200.

⁷¹² Zie bijvoorbeeld: P. GOLDSTEIN, “Copyright in the new informaton age. The Brendan Brown Lecture.”, *Catholic University Law Review*, 1990-1991, p. 830 (“*Copyright itself is a simple, indeed elegant, concept. Copyright is a property right. Like real property, copyright encourages private investment in productive activity by giving its owner the right to exclude, and thus extract revenues from, anyone who wishes to make a use of her work that falls within the law's prescribed boundaries.*”).

⁷¹³ Zie op dit punt bijvoorbeeld GOLDSTEIN, die schrijft: “*The prescription to structure rights so that, as a rule, they encompass every corner of copyright use starts from the premise, unrebutted by even the most ardent copyright pessimist, that the production and consumption of information are connected and that there is no better way for the public to indicate what they want than through the price they are willing to pay in the market place; uncompensated use inevitably dilutes these signals.*” P. GOLDSTEIN, *Copyright's Highway: From Gutenberg to*

voor zorgen dat de marktprijs waarop marktpartijen gaan reageren, ook een weerspiegeling vormt van de daadwerkelijke behoeftebevrediging die dergelijke ‘resultaten’ van inspanningen kunnen genereren en van de daadwerkelijk inzet aan schaarse middelen die vereist is om tot dergelijke ‘resultaten’ van inspanningen te komen⁷¹⁴. Deze marktprijs moet dan op zijn beurt vanzelf tot een coördinatie van gedragingen garanderen leiden die de maatschappelijke welvaart maximaliseert.

De auteurs, die er met het oog op correcte prijssignalen voor pleiten om, in gevallen waar de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, deze persoon de zonet vermelde, volstrekt absolute exclusieve bevoegdheden toe te kennen over zijn ‘resultaat’ van inspanningen, menen hierbij dan ook dat het niet opgaat om dergelijk absolute, exclusieve bevoegdheden op een bepaald ‘resultaat’ van arbeid te analyseren als de oorzaak van monopolie-macht en de daaraan gekoppelde problemen. EASTERBROOK bijvoorbeeld stelt dat het feit dat een octrooi slaat op een ‘geheel’ idee of product niet meer of minder een monopolie inhoudt dan het feit dat een bepaalde onderneming eigendomsrechten heeft over het ‘geheel’ van een specifieke fabriek⁷¹⁵. De betrokken auteurs zijn het daarbij dan ook niet eens met de analyse van de ‘incentive versus acces’ rond het probleem van een ‘deadweight social loss’. Bij dit ‘deadweight social loss’ gaat het zoals aangegeven om het welvaartsverlies, dat volgens de ‘incentive versus access’-benadering dreigt indien intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging ‘rond parasitaire mededinging’, door het verlenen van al te absolute bevoegdheden aanleiding geven tot monopolie-macht en de daaruit volgende monopolieprijzen maken dat de volgende groep mensen de behoeftebevrediging moet missen, die zij zouden kunnen genieten op grond van incorporaties van een bepaald ‘resultaat’ van inspanningen: mensen die wel bereid en in staat zouden zijn om een prijs te betalen voor de mogelijkheid tot behoeftebevrediging ontleend aan dit ‘resultaat’ van arbeid, die ook de daadwerkelijk inzet aan schaarse middelen dekt, met name de geleverde arbeid, die nodig was om deze mogelijkheid te creëren, maar die daarentegen niet bereid of niet in staat zijn om de monopolieprijs te betalen die daarvoor in werkelijkheid gevraagd wordt door de rechthebbende met monopolie-macht. De auteurs, die absolute bevoegdheden bepleiten met het oog op correcte prijssignalen, menen dat, indien personen volstrekt absolute exclusieve rechten hebben over een ‘resultaat’ van inspanningen, zij hun aanbod van het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen en zijn gebruik uiteindelijk zo zullen gaan organiseren, dat zij ook tot transacties kunnen komen met de zonet vermelde groep mensen en met andere woorden nog een prijs kunnen verkrijgen in ruil voor hun behoeftebevrediging. In dit verband is dan te denken aan absolute exclusieve rechten, die de rechthebbende de verkoop voorbehouden van tweedehandsincorporaties van het ‘resultaat’ van arbeid aan de betrokken groep personen. Het ‘deadweight social loss’ zal volgens deze auteurs, die volstrekt absolute exclusieve bevoegdheden bepleiten met het oog op correcte prijssignalen, dus weggewerkt worden in het kader van ruiltransacties op de markt rond het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen. Volgens deze auteurs is het eerder een probleem als de groep mensen, die centraal staan binnen het door de ‘incentive versus acces’ geïdentificeerde ‘deadweight social loss’, buiten een transactie met de houder van exclusieve bevoegdheden rond een bepaald ‘resultaat’ van inspanningen tot behoeftebevrediging zouden komen op grond van dit ‘resultaat’ van arbeid. Dit betekent dan immers dat de behoeftebevrediging van de

the Celestial Jukebox, Stanford, Stanford Law and Politics, 2003, p. 200 P. GOLDSTEIN, Copyright in the new informaton age. The Brendan Brown Lecture., Catholic University Law Review, 1990-1991, p. 837 (“*First, Congress should extend rights against all economically valuable uses of copyrighted works, except where demonstrably unalterable transaction costs will block negotiated licenses.*”).

⁷¹⁴ W. GORDON, “Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors”, Columbia Law Review 1982, p.1612 (“*Statutes create special property rights for authors; they can sell the physical copies of their works and at the same time retain legal control over the reproduction and certain other uses of the work embodied in those copies. In other words by the law provides a means for excluding nonpurchasers. Copyright law therefore allows a market for intellectual property to function.*”).

⁷¹⁵ Zie bijvoorbeeld: F. EASTERBROOK, “Intellectual Property is still Property”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 1990, p. 109 (“*Patents give a right to exclude, just as the law of trespass does with real property. Intellectual property is intangible, but the right to exclude is no different in principle from General Motors' right to exclude Ford from using its assembly line, or an apple grower's right to its own crop. A patent may create a monopoly-just as an auto manufacturer may own all of the auto production facilities-but property and monopoly usually differ. That a patent covers an "entire" idea or product no more implies monopoly than the fact that USX Corporation owns the "entire" South Works in Chicago.*”).

betrokken mensen niet tot uiting komt in de prijs, waarop de houder van exclusieve bevoegdheden rond een bepaald ‘resultaat’ van inspanningen zijn gedragingen afstelt rond dit ‘resultaat’ van inspanningen⁷¹⁶.

Een tweede argumentatie voor volstrekt absolute exclusieve rechten over het ‘resultaat’ van arbeid dat meerdere zintuiglijk waarneembare manifestaties omvat, is gebaseerd op het model van een ‘puur monopolie’ met ‘perfecte prijsdiscriminatie’⁷¹⁷. Een ‘puur monopolie’ verwijst daarbij dan met name naar een situatie waarin de betrokken persoon de enige aanbieder is van een schaars middel, waarvoor er niet onmiddellijk substituten zijn⁷¹⁸. ‘Prijsdiscriminatie’ verwijst daarbij naar het feit dat een aanbieder van verschillende consumenten, een verschillende prijs vraagt voor exclusieve rechten over eenzelfde soort product of dienst, terwijl dat verschil in prijs niet te verklaren is in het licht van een verschil in productiekosten om het concrete product of deze concrete dienst te verschaffen⁷¹⁹. Bij ‘perfecte prijsdiscriminatie’ gaat het er nu om dat een producent met voldoende monopoliekracht en voldoende absolute exclusieve rechten over de schaarse middelen, die hij aanbiedt, prijsdiscriminatie gaat toepassen om het volgende te doen: de prijs die hij rond de aangeboden schaarse middelen aanreken, variëren, zodat hij elke kandidaat consument, die een prijs kan en wil betalen voor exclusieve rechten over de aangeboden schaarse middelen die zijn productiekosten rond dit aanbod vergoedt, ook die prijs aanreken die overeenkomt met de hoogste prijs, die de individuele consument inderdaad kan en wil betalen in ruil voor exclusieve rechten over de aangeboden schaarse middelen⁷²⁰.

Opdat een producent zou overgaan tot een dergelijke perfecte prijsdiscriminatie dienen wel een aantal randvoorwaarden vervuld te zijn⁷²¹. Ten eerste is vereist dat er geen onmiddellijke substituten zijn voor de schaarse middelen waarrond de aanbieder exclusieve rechten aanbiedt. Dit moet met name verhinderen dat kandidaat consumenten uitwijken naar goedkopere substituten indien de betrokken aanbieder hen, in het kader van een perfecte prijsdiscriminatie, een hogere prijs gaat aanrekenen die hun consumentensurplus doet afnemen. Deze afwezigheid van onmiddellijke substituten impliceert dan met andere woorden ook dat de aanbieder over monopoliekracht beschikt bij het aanbieden van exclusieve rechten over de betrokken schaarse middelen. Ten tweede moet de aanbieder gemakkelijk kunnen vaststellen hoeveel iedere individuele consument kan en wil betalen in ruil voor exclusieve rechten over de schaarse middelen die hij aanbiedt. Deze kennis is dan met name nodig om, in het kader van een perfecte prijsdiscriminatie, iedere individuele consument een prijs aan te rekenen in ruil voor exclusieve rechten over de aangeboden schaarse middelen, die overeenkomt met de hoogste prijs, die de individuele consument daarvoor inderdaad kan en wil betalen. Ten derde mag het niet mogelijk zijn dat

⁷¹⁶ Vergelijk voor een soortgelijke analyse van de betrokken redenering, bijvoorbeeld: A. BARRON, “Copyright Infringement, ‘Free-Riding’, and the Lifeworld”, *LSE Legal Studies Working Paper No 17/2008* (Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1280893>), p. 11.

⁷¹⁷ Zie bijvoorbeeld: W. FISHER, “Property and Contract on the Internet”, *Chicago-Kent Law Review* 1997-1998, p. 1203; H. VARIAN, *Pricing Information Goods*, 1995, p. 6 (available at: <http://www.sims.berkeley.edu/~hal/Papers/price-info-goods.pdf>); H. DEMSETZ, “The private production of public goods”, *Journal of Law & Economics* 1970, p. 301 e.v..

⁷¹⁸ Zie bijvoorbeeld: W. BAUMOL en A. BLINDER, *Microeconomics: principles and policy*, Londen (o.a.), Cengage Learning, 2008, p. 218 (“A pure monopoly is an industry in which there is only one supplier of a product for which there are no close substitutes and in which it is very difficult or impossible for another firm to coexist.”).

⁷¹⁹ N. MANKIW, *Principles of economics*, Mason (o.a.), South-Western Cengage Learning, 2008, p. 326, R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p. 371, G. SKIBA, *Preisdiskriminierung und Wettbewerbspolitik*, Frankfurt, Athenäum, 1971, p. 35-41 M. MEURER, “Copyright law and price discrimination”, *Cardozo L. Rev* 2001-2002, p. 58; K. KOELMAN, “Copyright Law and Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d’Auteur Passé?”, *IIC* 2004, p.629 e.v..

⁷²⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: D. BESANKO, R. BRAEUTIGAM en M. GIBBS, *Microeconomics*, Hoboken, John Wiley and Sons, 2010, p. 490; R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p. 371.

⁷²¹ Voor een bespreking van de randvoorwaarden voor een perfecte prijsdiscriminatie, zie bijvoorbeeld: N. MANKIW and M. TAYLOR, *Microeconomics*, London, Thomson Learning 2006, p. 309; R. ARNOLD, *Microeconomics*, Mason, South-Western Cengage Learning, 2008, p. 237 (“Conditions of Price Discrimination: 1. The seller must exercise some control over price; that is, it must be a price searcher. 2. The seller must be able to distinguish among buyers who would be willing to pay different prices. 3. It must be impossible or too costly for one buyer to resell the good to other buyers. Arbitrage, or buying low and selling high, must not be possible.”) K. KOELMAN, *Auteursrecht en Technische Voorzieningen. Juridische en Rechtseconomische Aspecten van de Bescherming van Technische Voorzieningen* in ITeR-reeks, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2003, p. 234.

consumenten en kandidaat consumenten hun exclusieve rechten rond de aangeboden schaarse middelen gaan overdragen aan elkaar, een fenomeen wat vaak aangeduid wordt als ‘arbitrage’. Met het oog op perfecte prijsdiscriminatie mag het met name niet mogelijk zijn dat personen, die de monopolist, in het licht van hun lagere capaciteit en bereidheid om een prijs te betalen, inderdaad een lagere prijs aanrekent, hun in ruil verkregen exclusieve rechten over de aangeboden schaarse middelen, dan vervolgens kunnen doorverkopen aan andere personen, die de monopolist, in het licht van hun hogere capaciteit en bereidheid om een prijs te betalen in ruil voor exclusieve rechten over de aangeboden schaarse middelen, daarvoor ook daadwerkelijk een hoger prijs aanrekent.

In het geval dat de zonet vermelde randvoorwaarden voor een perfecte prijsdiscriminatie vervuld zijn, zal de monopolist, volgens het model van perfecte prijsdiscriminatie, dan echter ook automatisch overgaan tot een dergelijke perfecte prijsdiscriminatie. De reden hiervoor is dat de monopolist in dit geval de eigen behoeftebevrediging maximaliseert door aan een dergelijke perfecte prijsdiscriminatie te doen⁷²². Door elke individuele consumenten exclusieve rechten over de aangeboden schaarse middelen in ruil te geven tegen de hoogste prijs, die deze individuele consument daarvoor inderdaad kan en wil betalen en die hem ook een producentensurplus oplevert, zal de betrokken aanbieder immers ook zijn producentensurplus kunnen maximaliseren⁷²³.

Wat dit model van perfecte prijsdiscriminatie betreft, wijst de economische analyse er nu ook op dat dit een mogelijk alternatief model biedt om de gedragingen van de betrokken personen zo te coördineren dat hun gedragingen de maatschappelijke welvaart maximaliseren⁷²⁴. In zijn streven om het eigen producentensurplus te maximaliseren zal de monopolist er, bij perfecte prijsdiscriminatie, immers, in theorie, voor zorgen dat hij de aangeboden schaarse middelen vervaardigt tegen de laagst mogelijke inzet aan schaarse middelen. In zijn streven om het eigen producentensurplus te maximaliseren zal de monopolist er, bij perfecte prijsdiscriminatie, ook toe overgaan om exclusieve rechten te blijven aanbieden over bijkomende eenheden van de betrokken schaarse middelen of hun gebruik, net zolang totdat er een consument is die bereid is om hiervoor een prijs te betalen, die net nog zijn opportuniteitskosten overstijgt rond de inzet aan schaarse middelen die nodig is om dit aanbod te realiseren. Ook een monopolie met perfecte prijsdiscriminatie kan dus als resultaat hebben dat, bij een productie van de betrokken schaarse middelen tegen de laagst mogelijk inzet aan schaarse middelen, de marktvrage en het marktaanbod rond exclusieve rechten over deze schaarse middelen exact op elkaar gaan aansluiten. In theorie, kan dus ook een monopolie met perfecte prijsdiscriminatie er toe leiden dat personen er toe aangezet worden om schaarse middelen aan te wenden voor de doeleinden waarvoor en de wijzen waarop deze schaarse middelen de grootst mogelijke behoeftebevrediging genereren⁷²⁵. Het verschil met de maximalisatie van de maatschappelijke welvaart via een perfecte markt en via perfecte prijsdiscriminatie is wel de verdeling van de welvaart. Een perfecte

⁷²² Zie in die zin bijvoorbeeld: H. R. VARIAN, Pricing Information Goods, *University of Michigan*, June 1995, Current version: June 15, 1995, p. 4; beschikbaar op: <http://www.sims.berkeley.edu/~hal/Papers/price-info-goods.pdf>.

⁷²³ Zie bijvoorbeeld: R. ARNOLD, *Microeconomics*, Mason, South-Western Cengage Learning, 2008, p. 236-237; Compare also: W. FISHER, "Property and Contract on the Internet", *Chicago-Kent Law Review* 1997-1998, p.1238 ("To milk the market to best advantage, the author divides the pool of consumers into segments, and then charges the members of each group what the author thinks they are able and willing to spend.").

⁷²⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p.372-373 en S. CHAKRAVARTY, *Microeconomics*, New Dehli, Allied Publishers, 2009, p.354 ("An interesting feature of perfect price discrimination, is that it generates the same output as would be produced under perfect competition. ... Real World examples of first-degree price competition are hard to find. But it generates a resource allocation mechanism other than a perfectly competitive market that achieves Pareto efficiency.").

⁷²⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p.372-373 en S. CHAKRAVARTY, *Microeconomics*, New Dehli, Allied Publishers, 2009, p. 354 ("Suppose that the monopolist can identify each consumer and knows the maximum amount that each one is willing to pay. Then the firm will charge each consumer a different price and extract the full consumer's surplus from each one. As long as the price to the last buyer exceeds the marginal cost, the monopolist will sell more of his product to additional consumers, because he makes an extra profit from additional sales. Therefore under first-degree price discrimination the monopolist charges the last buyer the marginal cost. Perfect price discrimination entirely avoids the effect of decreased revenues that result from passing along a lower price to all who were already buying the good, because a low price to one consumer can no longer be passed on to another. Elimination of this effect ensures that the demand curve becomes the marginal revenue curve.").

markt leidt er toe dat de maatschappelijke welvaart gemaximaliseerd wordt door het consumentensurplus te maximaliseren op grond van schaarse middelen. Een monopolie met perfecte prijsdiscriminatie leidt er daarentegen toe dat de maatschappelijke welvaart gemaximaliseerd wordt door het aanbieders- of producentensurplus te maximaliseren op grond van schaarse middelen⁷²⁶.

De zonet vermelde analyse rond het model van een ‘puur monopolie’ en ‘perfecte prijsdiscriminatie’ vormt dan de basis voor de volgende opvatting: in gevallen waar de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, moet het intellectuele eigendomsrecht deze persoon volstrekt absolute exclusieve bevoegdheden toekennen over zijn ‘resultaat’ van inspanningen, zodanig dat deze persoon, met betrekking tot handelingen rond de incorporaties van dit ‘resultaat’ van inspanningen, over een ‘puur monopolie’ kan beschikken en perfecte prijsdiscriminatie kan doorvoeren. Het is in de regel deze opvatting die aan de basis ligt van het pleidooi om het intellectuele eigendomsrecht beter geschikt te maken voor het implementeren van een ‘pay per use’-distributiemodel⁷²⁷. Een dergelijk ‘pay per use’-distributiemodel houdt in dat de rechthebbende, op grond van zijn mogelijkheden om elk specifiek gebruik te controleren van een bepaalde incorporatie van zijn inspanningen, een onderscheiden vergoeding kan vragen voor elk geval van een specifiek gebruik van de betrokken incorporatie⁷²⁸. Een toepassing van een dergelijke ‘pay per use’-distributiemodel is dan bijvoorbeeld het geval waarbij de rechthebbende via het internet een digitale incorporatie van een lied aanbiedt om dit eenmaal te beluisteren en langs technische weg voorziet dat de betrokken incorporatie inderdaad ook slechts een enkele keer te beluisteren is⁷²⁹.

Binnen deze opvatting dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht een ‘puur monopolie’ met ‘perfecte prijsdiscriminatie’ moet nastreven, heeft dit ingrijpen dan met name de volgende concrete taken met het oog op het creëren van de randvoorwaarden voor een dergelijk ‘puur monopolie’ met ‘perfecte prijsdiscriminatie’. Ten eerste moet het intellectuele eigendomsrecht een persoon zodanig absolute exclusieve bevoegdheden verlenen rond zijn ‘resultaat’ van inspanningen dat hij over een ‘puur monopolie’ beschikt rond handelingen die een aanwending inhouden van zijn ‘resultaat’ van inspanningen⁷³⁰. Concreet pleit dit er dus voor om uitzonderingen en limieten op de bescherming die het intellectuele eigendomsrecht verleent weg te werken⁷³¹. Ten tweede moeten het

⁷²⁶ Zie bijvoorbeeld: R. PINDYCK en D. RUBINFELD, *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, p.372-373.

⁷²⁷ Uitdrukkelijk met betrekking tot het feit dat het ‘pay per use’-distributiemodel steunt op het economisch model van prijsdiscriminatie, bijvoorbeeld PEUKERT, die schrijft. "*Hauptschauplatz der ökonomischen Diskussion um pay-per-use-Modelle sind inzwischen aber die Vor- und Nachteile der mit DRM-Systemen ermöglichten Preisdiskriminierung. Dahinter steht der Gedanke, dass der Einsatz technischer Maßnahmen es dem Rechteinhaber ermöglicht, unterschiedliche Preise für unterschiedliche Nutzungen zu verlangen. Damit kann der Anbieter bisher ungenutzte Nachfragesegmente erreichen. Während bestimmte Konsumenten den bisherigen Einheitspreis für das Gut nicht zu zahlen bereit waren, kann diesen nunmehr zu einem geringeren Preise eine qualitativ oder quantitativ modifizierte Version des Werks angeboten werden.*" A. PEUKERT, "Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut. Insbesondere: Die urheberrechtliche Relevanz des privaten Werkgenusses" in R. HILTY en A. PEUKERT, *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, p. 40.

⁷²⁸ Zie bijvoorbeeld: S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 122; A. PEUKERT, "Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut. Insbesondere: Die urheberrechtliche Relevanz des privaten Werkgenusses" in R. HILTY en A. PEUKERT, *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, p. 40.

⁷²⁹ Voor gelijkaardige en verdere voorbeelden zie, bijvoorbeeld: K. KOELMAN, "Copyright Law and Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d'Auteur Passé?", *IIC* 2004, p.631; M. MEURER, "Copyright law and price discrimination", *Cardozo L. Rev* 2001-2002, p. 58 e.v.

⁷³⁰ Zie bijvoorbeeld: W. FISHER, "Property and Contract on the Internet", *Chicago-Kent Law Review* 1997-1998, p. 1237.

⁷³¹ Zie in dit verband: A. BARRON, "Copyright Infringement, 'Free-Riding', and the Lifeworld", *LSE Legal Studies Working Paper No 17/2008* (Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1280893>), p. 11; Vergelijk op dit punt ook de analyse bij: K. KOELMAN, *Auteursrecht en Technische Voorzieningen. Juridische en Rechtseconomische Aspecten van de Bescherming van Technische Voorzieningen* in ITeR-reeks, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2003, p. 234 e.v.; J. COHEN, "Copyright and the Perfect Curve", *Vand. L. Rev.* 2000, p.1804-1805

intellectuele eigendomsrecht een persoon ook zodanig absolute exclusieve bevoegdheden verlenen rond zijn 'resultaat' van inspanningen dat deze persoon 'arbitrage' kan verhinderen rond incorporaties van zijn 'resultaat' van inspanningen. Dergelijke 'arbitrage' slaat hierbij dan op de mogelijkheid van consumenten en kandidaat consumenten om hun exclusieve rechten rond de aangeboden schaarse middelen over te dragen aan elkaar. Het vermijden van dergelijke 'arbitrage' vraagt dan in het bijzonder om binnen het intellectuele eigendomsrecht de limiet van de uitputtingsleer buiten spel te zetten⁷³².

De zonet vermelde opvatting gaat er dan met name vanuit dat, indien het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht de randvoorwaarden creëert voor 'perfecte prijsdiscriminatie', ook 'perfecte prijsdiscriminatie' zal volgen en dat dit ingrijpen voortaan niets als gunstig effecten zal hebben voor de maatschappelijke welvaart. In dit verband is het dan gebruikelijk om deze stelling te staven door in het bijzonder op twee effecten te wijzen. Het eerste effect is dan dat, indien dergelijk absolute exclusieve bevoegdheden inderdaad tot perfecte prijsdiscriminatie leiden, de betrokken monopolist, dan in beginsel, vanzelf een perfecte mate van aansporing krijgt om die incorporaties van een bepaald 'resultaat' van inspanningen te gaan vervaardigen, in de mate dat dit de maatschappelijke welvaart maximaliseert. Het idee hierbij is dan de monopolist zijn productiebeslissingen rond incorporaties van een bepaald 'resultaat' van inspanningen, bij perfecte prijsdiscriminatie immers, in principe, telkens afstemt op prijzen, die de daadwerkelijke behoeftebevrediging weerspiegelen die de individuele kandidaat consumenten kunnen beleven op grond van dergelijke incorporaties van een het betrokken 'resultaat' van inspanningen⁷³³.

Het tweede effect, dat vaak aangehaald wordt is dan dat, indien dergelijk absolute exclusieve bevoegdheden inderdaad tot 'perfecte prijsdiscriminatie' leiden, het door de 'incentive versus access'-benadering aangehaalde probleem van een 'deadweight social loss' zich niet stelt. Bij dit 'deadweight social loss' gaat het zoals aangegeven om het welvaartsverlies, dat volgens de 'incentive versus access'-benadering dreigt indien intellectuele rechten of het recht inzake oneerlijke mededinging 'rond parasitaire mededinging', door het verlenen van al te absolute bevoegdheden aanleiding geven tot monopolieacht en de daaruit volgende monopolieprijzen maken dat de volgende groep mensen de behoeftebevrediging moet missen, die zij zouden kunnen genieten op grond van incorporaties van een bepaald 'resultaat' van inspanningen: mensen die wel bereid en in staat zouden zijn om een prijs te betalen voor de mogelijkheid tot behoeftebevrediging ontleend aan dit 'resultaat' van inspanningen, die ook de daadwerkelijk inzet aan schaarse middelen dekt, met name de geleverde arbeid, die nodig was om deze mogelijkheid te creëren, maar die daarentegen niet bereid of niet in staat zijn om de monopolieprijs te betalen die daarvoor in werkelijkheid gevraagd wordt door de rechthebbende met monopolieacht. Voorstanders van het nastreven van een model van 'perfecte prijsdiscriminatie' wijzen er dan op dat dit probleem zich niet voordoet indien het intellectuele eigendomsrecht de monopolist toelaat om aan perfecte prijsdiscriminatie te doen. Bij 'perfecte prijsdiscriminatie' zal immers elke kandidaat consument, die een prijs kan en wil betalen voor exclusieve rechten over incorporaties van het 'resultaat' van inspanningen, die de productiekosten van de monopolist rond dit aanbod vergoedt, immers in beginsel ook de betrokken exclusieve rechten over incorporaties van dit 'resultaat' van inspanningen aangeboden krijgen, zij het dan wel tegen de hoogste prijs, die hij daarvoor kan en wil betalen⁷³⁴. Voor voorstanders van het nastreven van een model van 'perfecte prijsdiscriminatie' is het dus duidelijk dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht niets dan voordelen biedt als dit de nodige volstrekt absolute exclusieve bevoegdheden verleent om de randvoorwaarden te scheppen voor 'perfecte prijsdiscriminatie'. Het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht zal er in dit geval dan weliswaar toe leiden dat een persoon over monopolieacht beschikt en monopolieprijzen aanreket, maar, het feit dat deze persoon in dit geval zal overgaan

en J. BOYLE, "Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property", *Vand. L. Rev.* 2000, p. 2019.

⁷³² Vergelijk bijvoorbeeld: K. KOELMAN, "Copyright Law and Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d'Auteur Passé?", *IIC* 2004, p. 630-631.

⁷³³ Zie bijvoorbeeld: W. FISHER, "Property and Contract on the Internet", *Chicago-Kent Law Review* 1997-1998, p. 1240.

⁷³⁴ Zie bijvoorbeeld: W. FISHER, "Property and Contract on the Internet", *Chicago-Kent Law Review* 1997-1998, p.1240 ("To summarize, the use of contracts and technological protections to enable creators to engage in price discrimination would produce the following differences from the current copyright regime: 1. It would enable creators to make more money. 2. It would increase the ratio between the incentives for creativity and the concomitant deadweight losses-and thus should enhance net consumer welfare. 3. It would increase the likelihood that all persons would have access to works of the intellect").

tot 'perfecte prijsdiscriminatie' zorgt er uiteindelijk voor dat de maatschappelijke welvaart niettemin gemaximaliseerd wordt. Belangrijk hierbij is dan ook het argument dat intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging' bij het mogelijk maken van 'perfecte prijsdiscriminatie' dan met name het voordeel hebben dat ze een passende incentive creëren om incorporaties van inspanningen te produceren waarvan het vervaardigen dreigt gepaard te gaan met positieve externe effecten, zonder dat hun ingrijpen echter het nadeel heeft dat dit zelf tot welvaartsverlies leidt⁷³⁵.

Op grond van de twee zonet besproken argumentaties, met name de argumentatie rond correcte prijssignalen en de argumentatie rond perfecte prijsdiscriminatie, komt de 'absolute exclusiviteit'-benadering dus uiteindelijk tot het besluit dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, met het oog op het maximaliseren van de maatschappelijke welvaart, het volgende moet doen: personen een absoluut exclusieve bevoegdheid geven rond de positieve effecten van hun inspanningen, het 'resultaat' van hun inspanningen, die ook een absoluut exclusieve bevoegdheid impliceert over handelingen rond belichamingen van dit 'resultaat' van inspanningen die een aanwending inhouden van deze positieve effecten⁷³⁶.

a.3. Uitwerking van de concrete richtlijn rond het na te streven resultaat

Deze 'absolute exclusiviteit'-benadering stelt, zoals aangegeven, dat het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging', met het oog op een investeringsbescherming conform economische overwegingen, in essentie het volgende resultaat moet nastreven: personen een absolute bevoegdheid geven om zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden die een aanwending inhouden van het resultaat van hun arbeid⁷³⁷. Voor deze richtlijn vertrekt de 'absolute exclusiviteit'-benadering dan met name van haar zonet besproken analyse dat een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, in wezen, het volgende resultaat moet nastreven overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen: personen een absoluut exclusieve bevoegdheid geven rond de positieve effecten van hun inspanningen, het 'resultaat' van hun inspanningen, die ook een absoluut exclusieve bevoegdheid impliceert over handelingen rond belichamingen van dit 'resultaat' van inspanningen die een aanwending inhouden van deze positieve effecten. Op grond van deze analyse komt de 'incentive versus acces'-benadering dan met name, zoals aangegeven, tot de richtlijn dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht met het oog op een investeringsbescherming conform economisch-utilitaristische overwegingen, het volgende *concrete* resultaat moeten nastreven: personen een volstrekt absolute exclusieve bevoegdheid geven om zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden die een aanwending inhouden van het 'resultaat' van hun inspanningen⁷³⁸.

⁷³⁵ W. FISHER, "Theories of Intellectual Property" in S. MUNZER (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 197 (*Recall that one of the objectives of economic theorists is simultaneously to increase incentives for creative activity and to reduce the associated welfare losses. Price discrimination – by enabling producers to charge eager consumers more than less eager consumers – makes such an unlikely combination possible. By discriminating among subgroups of consumers, a producer is able both to increase his or her own monopoly profits and to reduce the number of consumers who are priced out of the market. In combination, these two effects sharply increase the ratio between incentives for creativity and welfare losses.*).

⁷³⁶ In die zin bijvoorbeeld: F. EASTERBROOK, "Intellectual Property is still Property", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 1990, p. 108-118.

⁷³⁷ Zie bijvoorbeeld: P. GOLDSTEIN, "Copyright in the new informaton age. The Brendan Brown Lecture.", *Catholic University Law Review*, 1990-1991, p. 829-838 and F. EASTERBROOK, "Intellectual Property is still Property", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 1990, p. 108-118.

⁷³⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: P. GOLDSTEIN, "Copyright in the new informaton age. The Brendan Brown Lecture.", *Catholic University Law Review*, 1990-1991, p. 829-838 en F. EASTERBROOK, "Intellectual Property is still Property", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 1990, p. 108-118.

b. Evaluatie

De hierboven beschreven ‘absolute exclusiviteit’-benadering gaf eveneens reeds aanleiding tot kritiek in de rechtsleer. Deze kritiek heeft daarbij betrekking op beide argumentaties binnen deze benadering om het intellectuele eigendomsrecht een persoon volstrekt absolute exclusieve bevoegdheden te laten toekennen op zijn ‘resultaat’ van inspanningen, dus zowel 1.) op de argumentatie rond het nastreven van correcte signalen van de marktprijs rond het genot van de positieve effecten van inspanningen als 2.) op de argumentatie rond de wenselijkheid van het nastreven van het model van een ‘puur monopolie’ met ‘perfecte prijsdiscriminatie’.

Ten aanzien van de ‘absolute exclusiviteit’-benadering binnen het intellectuele eigendomsrecht, uiten verschillende auteurs immers de kritiek dat regelgeving nooit in staat zal zijn om daadwerkelijke alle positieve effecten van inspanningen te traceren en te internaliseren en dat regelgeving er ook niet behoort naar te streven om alle positieve *externe* effecten te vermijden met het oog op het maximaliseren van de maatschappelijke welvaart⁷³⁹. Deze auteurs hechten daarbij met name belang aan de observatie dat, binnen een goed functionerende economie, een persoon niet in staat zal zijn om zich alle positieve effecten toe te eigenen van de incorporatie van zijn resultaat van inspanningen maar, door de onderlinge mededinging tussen aanbieders, enkel in staat zal zijn om een prijs te verkrijgen voor deze incorporatie die zijn marginale productiekosten dekt rond deze incorporatie van inspanningen⁷⁴⁰. Een voorbeeld om deze observatie te illustreren is dan met name dat het niet gebruikelijk is voor een persoon die een opleiding verschafft om ook een recht te verkrijgen dat hem in staat stelt om een vergoeding te vereisen naar aanleiding van alle voordelen die zijn leerling in zijn later beroepsleven kan realiseren door gebruik te maken van de positieve effecten van zijn inspanningen rond het verschaffen van een opleiding⁷⁴¹. Het succes dat een leerling in zijn latere beroepsleven dankt aan zijn opleiding, blijken de betrokken auteurs hierbij dus als een voorbeeld te zien van een positief effect van het verschaffen van een opleiding, dat met het oog op een goed functionerende economie ook gerust een positief *extern* effect kan blijven. Deze auteurs geven aan dat het voor een goed functionerende economie reeds volstaat als leraars de positieve effecten van hun inspanningen rond het verschaffen van een opleiding kunnen toe-eigenen in een mate die hen in staat stelt om hiervoor in ruil een vergoeding te verkrijgen die hun marginale productiekosten dekt van het verschaffen van een opleiding. Uit de zonet vermelde observatie leiden de betrokken auteurs dan vervolgens af dat, indien het intellectuele eigendomsrecht er nu echter *wel* naar streeft om personen rond de ‘resultaten’ van inspanningen die bescherming genieten op grond van het intellectuele eigendomsrecht alle positieve effecten van hun inspanningen te laten toe-eigenen, terwijl dit streven *niet* de norm is rond ‘resultaten’ van inspanningen die geen bescherming genieten op grond van het intellectuele eigendomsrecht, dit het volgende onwenselijke effect heeft: dat personen, in het licht van hun persoonlijk afweging rond de mate waarin zij de positieve effecten van hun inspanningen zullen kunnen toe-eigenen, een te grote aansporing krijgen om hun schaarse middelen te gaan inzetten voor de productie van ‘resultaten’ van inspanningen die bescherming genieten op grond van het intellectuele eigendomsrecht, met name een aansporing om deze ‘resultaten’ van inspanningen ook te gaan produceren in gevallen waar het, met het oog op het maximaliseren van de maatschappelijk welvaart, integendeel wenselijk is dat zij hun schaarse middelen inzetten voor het produceren en aanbieden van incorporaties van andere ‘resultaten’ van inspanningen waarrond het intellectuele eigendomsrecht geen bescherming biedt⁷⁴².

⁷³⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: B. FRISCHMANN en M. LEMLEY, “Spillovers”, *Columbia Law Review* 2006, p.257-302; M. LEMLEY, “Property, Intellectual Property, and Free Riding”, *Texas Law Review* 2005, p. 1031 e.v. (vb.: p.1049: “*The very idea that the law should find a way to internalize these positive externalities seems faintly preposterous. Positive externalities are everywhere. We couldn't internalize them all even if we wanted to.*”).

⁷⁴⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. LEMLEY, “Property, Intellectual Property, and Free Riding”, *Texas Law Review* 2005, p. 1064.

⁷⁴¹ Zie: B. FRISCHMANN en M. LEMLEY, “Spillovers”, *Columbia Law Review* 2006, p. 258; Vergelijk ook: W. FISHER, “Theories of Intellectual Property” in S. MUNZER (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p.182 (“*In virtually no field of economic activity are innovators empowered to collect the full social value of their innovations. The elementary schoolteacher who develops a new technique for teaching mathematics, the civil-rights activist who discovers a way to reduce racial tension, the physicist who finds a way to integrate our understandings of gravity and quantum mechanics – all of these confer on society benefits that vastly exceed the innovators' incomes.*”).

⁷⁴² Zie uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: M. LEMLEY, “Property, Intellectual Property, and Free Riding”, *Texas Law Review* 2005, p. 1064 (“*As I noted above, the rest of the economy does not operate on the assumption*

Bij de redenering die de betrokken auteurs opbouwen is volgens ons dan echter hier reeds de volgende kanttekening of precisering aan de orde, die we verder uitwerken in het kader van de bespreking van de ‘imitatievoordeel’-benadering. Waar de betrokken auteurs observeren dat een persoon vaak geen controle heeft over het *concrete* genot dat andere personen ervaren op basis van de positieve effecten van zijn inspanningen zonder dat dit een goed functionerende markt in de weg staat, lijken deze auteurs daarbij volgens ons het volgende uit het oog te verliezen: dat in de gevallen die zij daarbij aanhalen de mogelijkheid om de positieve effecten te genieten van de inspanningen van de betrokken persoon, zich vaak beperkt tot de aanwending van een concreet middel en dat de betrokken persoon door zijn mogelijkheid om de aanwending van het betrokken concrete middel volledig afhankelijk te maken van zijn toestemming, dus ook in een positie is waarin hij, bij het onderhandelen van een prijs rond de aanwending van dit middel, zich een beeld kan vormen van de mogelijke behoeftebevrediging die het betrokken concrete middel toelaat op basis van de positieve effecten van zijn inspanningen en dit kan doorrekenen in de prijs. Het gaat er dan met name bijvoorbeeld om dat een leraar het volgen van zijn opleiding wel degelijk afhankelijk kon maken van het betalen van een prijs, waarbij de leraar bij het bepalen van deze prijs ook rekening kon houden met de geschiktheid van zijn opleiding om leerlingen succes te verschaffen in hun later beroepsleven. In die zin is er volgens ons dus vanuit te gaan dat het succes dat een leerling in zijn latere beroepsleven dankt aan zijn opleiding, dus niet te beschouwen is als een positief *extern* effect van het verschaffen van een opleiding maar integendeel het voorwerp uitmaakte van de ruiltransactie rond het verschaffen van de opleiding⁷⁴³.

Daarnaast betwisten veel auteurs ook dat de maatschappelijke welvaart zoveel voordelen te verwachten heeft van een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht dat door het toekennen van volstrekt absolute exclusieve bevoegdheden over ‘resultaten’ een inspanningen een model van een ‘puur monopolie’ met ‘perfecte prijsdiscriminatie’ wenst te implementeren⁷⁴⁴. Deze auteurs twijfelen daarbij met name aan de praktische mogelijkheden en de daadwerkelijke motivatie van de persoon die over dergelijke volstrekt absolute exclusieve bevoegdheden beschikt, om ook telkens te achterhalen welke vergoeding individuen kunnen of willen geven voor een bepaald gebruik van incorporaties van zijn ‘resultaat’ van inspanningen om dan vervolgens de prijs waartegen hij hen dit gebruik aanbiedt telkens exact te differentiëren in het licht van de vergoeding die het betrokken individu daarvoor wil of kan geven⁷⁴⁵. Daarbij wijzen de betrokken auteurs er ook op dat datgene wat de implementatie van

that investors will reap the full social benefit of their investment. Rather, producers generally expect only to cover their marginal costs plus a reasonable return on capital investment. If we create a different rule for intellectual property, one that permits the internalization of social benefits not available with other kinds of property, we will encourage too much investment in innovation relative to other forms of production. This distorts the general economic equilibrium.”)

⁷⁴³ Belangrijk hierbij is volgens ons dan de observatie dat ook een passende internalisatie van positieve effecten in het model van een ‘perfecte markt’ niet vereist dat een persoon ten allen tijde een volstreekte controle zou hebben over alle positieve effecten van zijn gedragingen, maar enkel dat het ‘genot’ van deze positieve effecten door andere personen afhankelijk zou zijn, met andere woorden het voorwerp zou zijn, van het afsluiten van een ‘ruiltransactie’, waarin de inschatting van de betrokken partijen rond hun ‘consumentensurplus’ en hun ‘producentensurplus’ in verband met het mogelijke genot van deze positieve effecten aanleiding geeft tot het overeenkomen van een prijs, met als gevolg dat het ‘genot’ van de betrokken positieve effecten niet *extern* blijft aan een coördinatie van gedragingen door de marktprijs.

⁷⁴⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: K. KOELMAN, “Copyright Law and Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d’Auteur Passé?”, *IIC* 2004, p.633; J. BOYLE, “Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property”, *Vanderbilt Law Review* 2000, p. 2030 and J. COHEN, “Copyright and the Perfect Curve”, *Vanderbilt Law Review* 2000, p.1806; Vergelijk op dit punt ook de twijfels rond de mogelijkheden om de maatschappelijke welvaart daadwerkelijk te maximaliseren aan de hand van een puur monopolie met perfecte prijsdiscriminatie, bij bijvoorbeeld: N. MANKIW, *Principles of economics*, Mason (o.a.), South-Western Cengage Learning, 2008, p. 328 en W. BAUMOL en A. BLINDER, *Microeconomics: principles and policy*, Londen (o.a.), Cengage Learning, 2008, p. 230.

⁷⁴⁵ Zie in dit verband bijvoorbeeld: K. KOELMAN, “Copyright Law and Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d’Auteur Passé?”, *IIC* 2004, p.632 e.v. en J. BOYLE, “Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property”, *Vand. L. Rev.* 2000, p. 2034; GORDON stelt: “*Other things being equal, consumers are better off if price differences result not from one supplier's efforts to, discriminate, but rather from the presence of additional suppliers*” W. GORDON, “Intellectual Property as Price Discrimination: Implications for Contract”, *Chicago-Kent Law Review* 1997-1998, p. 1389.

dit model van een ‘puur monopolie’ met ‘perfecte prijsdiscriminatie’ vraagt van het intellectuele eigendomsrecht, met name het wegwerken van uitzonderingen op de bevoegdheden toegekend rond ‘resultaten’ van inspanningen en het uitschakelen van de toepassing van de limiet rond de uitputtingsleer, net vraagt om de mechanismen over boord te gooien die toelaten om de eventuele nadelige effecten van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht op de maatschappelijke welvaart te temperen⁷⁴⁶. De betrokken auteurs menen dan ook dat, bij een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht dat de implementatie nastreeft van het model van een ‘puur monopolie’ met ‘perfecte prijsdiscriminatie’, enkel zeker is dat de betrokken rechthebbenden van de toegekende volstrekt absolute exclusieve bevoegdheden daar goed zullen bij varen terwijl twijfelachtig is of dit ook de belangen zal dienen van gebruikers en ander producenten en of dit uiteindelijk ook de maatschappelijke welvaart zal maximaliseren⁷⁴⁷.

B.2.3. ‘Imitatievoordeel’-benadering

Ten slotte, stelt de ‘imitatievoordeel’-benadering die wij verdedigen, dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht met het oog op een investeringsbescherming conform economisch-utilitaristische overwegingen, in beginsel, het volgende *resultaat* moet nastreven: personen een bevoegdheid geven om zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties die hun geschiktheid tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan hun resultaat van inspanningen, in de mate dat dit nodig is om te vermijden dat derden ‘imitatievoordeel’ kunnen genieten ten aanzien van deze zintuiglijk waarneembare manifestaties. Binnen deze richtlijn verwijst ‘imitatievoordeel’ dan met name naar de specifieke omstandigheid waarin een overname of aanwending van de kenmerken en de daaruit volgende, gekende capaciteit om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, die een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestaties dankt aan een bepaald resultaat van inspanningen van een eerste persoon, gepaard gaat met het volgende: een andere persoon kan via ‘inadequate’ inspanningen een genot van dezelfde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen realiseren op grond van gelijkaardige kenmerken, *buiten* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het genot van deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat mogelijk is door het gebruik van enkel de ongewijzigde incorporaties van het betrokken resultaat van inspanningen die deze eerste persoon, met zijn toestemming, in het verkeer bracht⁷⁴⁸. Door de zonet geformuleerde richtlijn aan te houden zal de investeringsbescherming op grond van het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, volgens de ‘imitatievoordeel’-benadering, een passende internalisatie van positieve effecten teweegbrengen en uiteindelijk ook een coördinatie van gedragingen bereiken die resulteert in de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart.

In het kader van de zonet vermelde richtlijn die de ‘imitatievoordeel’-benadering poneert om een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht conform te houden aan economisch-utilitaristische overwegingen, is het dus erg belangrijk om inzicht te hebben in de parameters die de draagwijdte

⁷⁴⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: J. BOYLE, "Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property", *Vanderbilt Law Review* 2000, p. 2030 e.v., J. COHEN, "Copyright and the Perfect Curve", *Vanderbilt Law Review* 2000, p. 1818 e.v..

⁷⁴⁷ In die zin bijvoorbeeld: K. KOELMAN, "Copyright Law and Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d’Auteur Passé?", *IIC* 2004, p.633; J. COHEN, "Copyright and the Perfect Curve", *Vanderbilt Law Review* 2000, p. 1806.

⁷⁴⁸ Vergelijk op dit punt de noties ‘kopieergemak’ en ‘copying advantage’ bij respectievelijk QUAEDVLIET en LUNNEY. QUAEDVLIET omschrijft 'kopieergemak' als volgt: "...*kopieergemak ofwel overnamegemak in ruime zin: het kost moeite, tijd en geld om een geestelijke prestatie tot stand brengen, en het kost maar een fractie van al die investeringen om de prestatie over te nemen, met als hoogtepunt de razendsnelle en perfecte digitale kopie.*" A. QUAEDVLIET, "Beschermingsdrift: Een studie naar feiten en achtergronden rond sweat of the brow- of prestatiebescherming", B.I.E. 1996, (Deel II) p. 53; LUNNEY spreekt in de volgende zin over een 'disproportionate or undue copying advantage': "*In determining whether actual copying has gone too far and thereby become an infringement, the central issue in either case is whether the copying would enable a competitor to obtain a savings in terms of the time and money required to create and market a competing work significantly greater than the savings we tolerate for creative nonwork product generally. Only if such a disproportionate or undue copying advantage would otherwise result should copyright step in and prohibit the copying at issue.*" G. LUNNEY, "Lotus v. Borland: Copyright and Computerprograms", *Tulane Law Review* 1995-1996, p. 2435-2436.

bepalen van de notie ‘imitatievoordeel’. Het is in dit verband met name belangrijk dat duidelijk is wat de ‘imitatievoordeel’-benadering bij de omschrijving van de notie ‘imitatievoordeel’ bedoelt met: ‘inadequate inspanningen’, ‘genot van dezelfde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen’, ‘ruimtelijke en temporele limieten van het genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen door het gebruik van een bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestatie’ en ‘met toestemming in het verkeer brengen’.

De notie ‘genot van dezelfde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen’ in de omschrijving van ‘imitatievoordeel’ moet hierbij aangeven dat het niet louter gaat om een gelijkenis op het vlak van de soort behoefte die bevredigd wordt, maar ook om een gelijkenis op het vlak van de teweeggebrachte, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen met het oog op het bevredigen van deze behoefte⁷⁴⁹. Het gaat er dus bijvoorbeeld om dat er niet louter een gelijkenis is op het vlak van het bevredigen van de behoefte aan literair genot maar ook op het vlak van de teweeggebrachte, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen bij het verschaffen van literair genot.

Het begrip ‘inadequate’ inspanningen binnen de omschrijving van ‘imitatievoordeel’ verwijst dan met name naar inspanningen die, op zich genomen en onafhankelijk van de mogelijkheid om zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen over te nemen van een incorporatie van een eerder resultaat van inspanningen, niet zouden volstaan om tot een aanwending te komen van zintuiglijk waarneembare kenmerken met die capaciteit om het genot van die behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te verschaffen⁷⁵⁰. Bij dergelijke ‘inadequate’ inspanningen kunnen we bijvoorbeeld denken aan een persoon die met behulp van een cd-writer een kopie maakt van een cd-rom die de meetresultaten bevat van een onderzoek waarbij een onderzoeker aan de hand van algemeen gekende proefopstelling noteerde welke inkrimping en uitzetting duizend metaallegeringen kennen bij elk interval van één graad Celsius tussen min en plus vijftig graden Celsius. Zonder de mogelijkheid om deze bestaande cd-rom met meetresultaten te gebruiken, zouden de concrete inspanningen om cd’s in de cd-writer te stoppen en de stappen te doorlopen van het kopieerprogramma, niet volstaan om tot een cd-rom te komen met data rond de inkrimping en uitzetting van duizend metaallegeringen bij elk interval van één graad Celsius tussen min en plus vijftig graden Celsius.

Binnen de omschrijving van ‘imitatievoordeel’ is daarnaast ook rekening te houden met de noties van ‘de ruimtelijke en temporele limieten van het genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen door het gebruik van een bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestatie⁷⁵¹’. Deze noties zijn bijzonder belangrijk voor een goed begrip van de hierboven vermelde richtlijn die de ‘imitatievoordeel’-benadering verdedigt.

⁷⁴⁹ Hierbij is op te merken dat het niet ongebruikelijk is om bij de verklaring van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, rekening te houden met de bewustzijnsfenomenen die zintuiglijk waarneembare manifestaties teweegbrengen. BERGSTRÖM bijvoorbeeld neemt aan dat wat het auteursrecht aanduidt als ‘werk’, in wezen te begrijpen is als de verzameling van zintuiglijk waarneembare manifestaties, ‘media’, die in staat zijn om de belevenis te verschaffen van de psychische realiteit die hij aanduidt als het ‘innerlijk werk’ en die een actieve belevenis kent bij de auteur tijdens het scheppingsproces en een passieve belevenis bij andere personen naar aanleiding van hun waarneming van de betrokken ‘media’. Zie: S. BERGSTRÖM, *Uteslutande rätt att förfoga över verket*, Uppsala, A.-B. Lundequistska Bokhandeln, 1954, p. 63 e.v..

⁷⁵⁰ Hierbij is op te merken dat de kwalificatie van de inspanningen als ‘adequaat’ of ‘inadequaat’, zoals wij deze termen verstaan, niet bepaald is door de kwantiteit van de inspanningen maar enkel door de capaciteit van deze inspanningen om een bepaald resultaat op te leveren. Zo kan een persoon bijvoorbeeld, in termen van de geïnvesteerde tijd en moeite, kwantitatief meer inspanningen leveren in mislukte pogingen om een klomp te maken, als het een ervaren klompenmaker vraagt om een klomp te maken. De onhandigheid van de betrokken persoon maakt echter dat zijn concrete inspanningen niettemin ‘inadequaat’ zijn om een klomp te maken.

⁷⁵¹ Als dusdanig is de notie die wij voorstellen rond ‘de ruimtelijke en temporele limieten van het genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen door het gebruik van een bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestatie’ niet bekend binnen het intellectuele eigendomsrecht. We menen echter dat er wel verschillende aanzetten terug te vinden zijn om bij de toepassing van het intellectuele eigendomsrecht aandacht te hebben voor deze ruimtelijke en temporele limieten. Zie in die zin bijvoorbeeld: H.v.J 17 januari 2012, C-302/10 (*Infopaq International t. Danske Dagblades Forening*), r.o. 50-51 (“Deze handelingen mogen echter geen zelfstandige economische waarde bezitten in die zin dat het uit het verrichten ervan voortvloeiende voordeel niet mag verschillen of kunnen worden gescheiden van het economische voordeel dat uit het rechtmatige gebruik van het betrokken werk wordt gehaald, en geen extra economische voordeel mag opleveren dat boven op het uit dat

De ruimtelijke limieten van het genot van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen door middel van het gebruik van een bepaald incorporatie van inspanningen of zintuiglijk waarneembare manifestatie, verwijzen binnen de omschrijving van ‘imitatievoordeel’ dan met name naar een specifiek gebied. Het gaat dan met name om het gebied waarin het gebruik van enkel deze incorporatie van inspanningen of zintuiglijk waarneembare manifestatie, in het licht van de locatie en concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken van deze incorporatie van inspanningen of zintuiglijk waarneembare manifestatie, een genot toelaat van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen. Zo zijn, bijvoorbeeld, de ruimtelijk limieten van het genot van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen bij het waarnemen van een bepaald werk van beeldende kunst, dat mogelijk is door middel van het gebruik van een incorporatie van dit werk in een specifiek marmeren standbeeld, gegeven door de capaciteit van dit marmeren standbeeld om, tot op zekere afstand, waargenomen te worden. Het maken van bijvoorbeeld een bronzen afgietsel van dit marmeren standbeeld zal daarbij dan aanleiding geven tot een genot van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen bij het waarnemen van het betrokken werk van beeldende kunst, waarvan de ruimtelijke limieten niet samenvallen met de ruimtelijke limieten van het genot van deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen door het gebruik van het betrokken, concrete marmeren standbeeld. Het bronzen afgietsel zal er immers voor zorgen dat het ook mogelijk is om de waarneming van dit werk te genieten als het betrokken marmeren standbeeld zich buiten het zicht bevindt.

De temporele limieten van het genot van een bepaalde behoeftebevrediging door middel van het gebruik van een bepaald incorporatie van inspanningen of zintuiglijk waarneembare manifestatie, verwijzen binnen de omschrijving van ‘imitatievoordeel’ daarentegen naar een specifieke tijdsspanne. Het betreft dan met name de tijdsspanne, waarin het gebruik van enkel deze incorporatie van inspanningen of zintuiglijk waarneembare manifestatie, in het licht van het tijdstip van de totstandbrenging en de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken van deze incorporatie van inspanningen of zintuiglijk waarneembare manifestatie, een genot toelaat van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen. De temporele limieten, bijvoorbeeld, van het genot van de waarneming van een bepaald muziekwerk door middel van het gebruik van een specifieke incorporatie ervan in een bepaald radiosignaal, zijn gegeven door de tijdsspanne, tussen het uitsturen van het signaal en het vervagen van het signaal tot ruis. Het opnemen van het radiosignaal, bijvoorbeeld, zal dan resulteren in een mogelijkheid tot een genot van de waarneming van het betrokken muziekstuk waarvan de temporele limieten niet samenvallen met de temporele limieten van het genot van de waarneming van dit werk door het gebruik van het verzonden radiosignaal. De opname zal het dan immers mogelijk maken om het muziekstuk te genieten ook nadat het radiosignaal al lang tot ruis vervaagd is.

In het kader van de hierboven vermelde omschrijving van ‘imitatievoordeel’ is ook op te merken dat de notie ‘met toestemming in het verkeer brengen’ van een incorporatie van inspanningen of een zintuiglijk waarneembare manifestatie, een specifiek invulling krijgt. Binnen de hierboven vermelde omschrijving van ‘imitatievoordeel’ is met name sprake van een ‘met toestemming in het verkeer brengen’ van zodra sprake is van een instemmen met de afgifte aan een andere persoon van de feitelijke macht over een incorporatie van inspanningen of een zintuiglijk waarneembare manifestatie.

Om in het kader van het traceren van ‘imitatievoordeel’ na te gaan of een bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestatie een genot van dezelfde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen toelaat *binnen* dan wel *buiten* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het genot van deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat mogelijk is door het gebruik van een ander zintuiglijk waarneembare manifestatie, komt het er dus concreet op aan om het volgende te vergelijken: 1.) de *concrete ruimtelijke en temporele limieten* van het genot van deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat daadwerkelijk mogelijk is door het gebruik van de *ene zintuiglijk waarneembare manifestatie* en 2.) de *concrete ruimtelijke en temporele limieten* van het genot van deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat daadwerkelijk mogelijk is door het gebruik van

gebruik van het beschermde werk gehaalde voordeel komt (...). De productiviteitstoename die voortvloeit uit het verrichten van tijdelijke reproductiehandelingen als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, bezit geen zelfstandige economische waarde wanneer de uit het verrichten van die handelingen voortvloeiende economische voordelen slechts een concrete vorm aannemen bij het gebruik van het gereproduceerde materiaal, zodat zij niet verschillen of kunnen worden gescheiden van de voordelen die uit het gebruik van dat materiaal worden gehaald.”) en H.v.J. 7 maart 2013, C-607/11 (ITV Broadcasting *et al.* v. TVCatchup), r.o. 29 (“*Het gebruik van een dergelijk technisch middel moet zich dus ertoe beperken de kwaliteit van de ontvangst van een reeds bestaande doorgifte te behouden of te verhogen en mag niet dienen voor een van deze doorgifte onderscheiden doorgifte.*”).

de *andere zintuiglijk waarneembare manifestatie*. Als bij deze vergelijking blijkt dat het specifieke gebied en de tijdsspanne, waarin een zintuiglijk waarneembare manifestatie B een daadwerkelijk genot toelaat van deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, gelijk zijn aan of niet ruimer zijn dan het specifiek gebied en de tijdsspanne waarin zintuiglijk waarneembare manifestatie A een daadwerkelijk genot toelaat van deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dan geldt daarbij dus het volgende: zintuiglijk waarneembare manifestatie B laat enkel een genot toe van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen *binnen* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen op grond van zintuiglijk waarneembare manifestatie A. Blijkt bij de zonet vermelde vergelijking daarentegen dat zintuiglijk waarneembare manifestatie B een daadwerkelijk genot toelaat van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, binnen een ander specifiek gebied of gedurende een andere tijdsspanne, als het geval is voor zintuiglijk waarneembare manifestatie A, dan geldt het volgende: zintuiglijk waarneembare manifestatie B laat een genot toe van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, respectievelijk, *buiten* de specifieke ruimtelijke limieten en *buiten* de specifieke temporele limieten van het mogelijke genot van deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen op grond van zintuiglijk waarneembare manifestatie A.

In dit verband is het niet erg moeilijk om in te zien hoe een initieel papieren exemplaar van een roman en fotokopieën van dit exemplaar, te beoordelen zijn in het licht van de zonet beschreven toetsing rond de *ruimtelijke en temporele limieten* van het genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen. Bekeken vanuit de optiek van het genot van de literaire, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die teruggaan op het bedenken van de roman, overschrijdt het genot van deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen op grond van de betrokken fotokopieën, de *ruimtelijke* en potentieel ook de *temporele* limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen op grond van het initiële papieren exemplaar, in zoverre deze fotokopieën ook toelaten om de betrokken literaire, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten zonder dat het initiële papieren exemplaar in de buurt is en, onder omstandigheden, zelfs nadat het initiële papieren exemplaar verging.

De toepassing van de zonet beschreven toetsing rond de *ruimtelijke en temporele* limieten van het genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, is echter minder voor de hand liggend in het licht van de volgende situatie: een digitale incorporatie van een schilderij die opgeslagen ligt in het ROM-geheugen van een computersysteem en duplicaties van deze digitale incorporatie binnen het computersysteem of binnen een netwerk van computersystemen. In dit verband is dan op te merken dat de uitvoering van de zonet beschreven toetsing rond de *ruimtelijke en temporele limieten* van het mogelijke genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen op grond van zintuiglijk waarneembare manifestaties, zoals gezegd, vraagt om een vergelijking door te voeren van de daadwerkelijke mogelijkheid die zintuiglijk waarneembare manifestaties toelaten om genot te verschaffen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen. Bij de uitvoering van de betrokken toetsing rond de *ruimtelijke en temporele limieten* van het mogelijke genot van de esthetische, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die teruggaan op het bedenken van de compositie en het kleurenpalet van het schilderij, is bij deze test, wat de digitale incorporatie van dit schilderij betreft in het ROM-geheugen, dus met name uit te gaan van de situatie waar deze digitale incorporatie daadwerkelijk een genot verschaft van de esthetische, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die teruggaan op het bedenken van de compositie en het kleurenpalet van het schilderij. Hierbij is dan bijvoorbeeld concreet te denken aan de situatie waarin de betrokken digitale incorporatie van dit schilderij ook resulteert in *een* weergave van dit schilderij op een beeldscherm of een afdruk uit een printer. De concrete moeilijkheid bij de toepassing van de zonet beschreven toetsing rond de *ruimtelijke en temporele* limieten van het genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen is, volgens ons, dan met name dat, enerzijds, een daadwerkelijk genot van de waarneming van het schilderij op grond van de specifieke digitale incorporatie van dit schilderij in het ROM-geheugen, technisch gezien, enkel mogelijk is als er ook duplicaties plaatsvinden van deze specifieke incorporatie, maar, anderzijds, het niet opgaat om daarbij aan te nemen dat elk genot van de waarneming van het schilderij, op grond van om het even welke duplicatie van deze incorporatie, ook te beschouwen is als een genot *binnen* de *ruimtelijke en temporele limieten* van het mogelijke genot van deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen op grond van de betrokken, specifieke digitale incorporatie van dit schilderij in het ROM-geheugen. Het consequent doortrekken van deze laatste aanname zou er dan immers bijna *de facto* op neerkomen om als regel aan te nemen dat het mogelijke genot van de waarneming van het schilderij op grond van de specifieke digitale incorporatie van het schilderij in het ROM-geheugen als zodanig, geen enkele *ruimtelijke of temporele* limiet heeft. Dit laatste standpunt wringt daarbij volgens ons echter reeds met de eenvoudige observatie dat, als

zodanig, de concrete digitale incorporatie van dit schilderij in het ROM-geheugen van het computersysteem van persoon A, nog geen weergave toelaat in het ander computersysteem van B, tenzij daartoe bewuste zintuiglijk waarneembare handelingen gesteld worden.

Bij de zonet beschreven toetsing rond de *ruimtelijke en temporele* limieten van het genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen via het gebruik van een bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestatie, toegepast op het mogelijke genot van de waarneming van een schilderij via de specifieke digitale incorporatie van dit schilderij in het ROM-geheugen, komt het dus concreet aan op het volgende: een onderscheid maken tussen 1.) duplicaties van deze incorporatie die slechts een genot toelaten van de waarneming van het betrokken schilderij *binnen* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het genot van deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat mogelijk is door het gebruik van enkel deze incorporatie en 2.) duplicaties van deze incorporatie die een genot toelaten van de waarneming van het betrokken schilderij *buiten* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het genot van deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat mogelijk is door het gebruik van enkel deze incorporatie. Voor het doorvoeren van dit onderscheid stellen wij dan de volgende leidraad voor. Voor het doorvoeren van dit onderscheid is, volgens ons, dan, in het licht van het uitgangspunt van *een* daadwerkelijke mogelijkheid om op grond van de digitale incorporatie van het schilderij in het ROM-geheugen, de esthetische, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten die teruggaan op het bedenken van de compositie en het kleurenpalet van het schilderij, concreet het volgende na te gaan: of duplicaties van deze digitale incorporatie een genot toelaten binnen een ander gebied of binnen een andere tijdsspanne dan deze daadwerkelijke mogelijkheid daartoe op grond van de betrokken digitale incorporatie binnen het ROM-geheugen. Bij duplicaties die noodzakelijk zijn om überhaupt tot die, als uitgangspunt van deze toetsing fungerende, daadwerkelijke mogelijkheid te komen om binnen een specifiek gebied en binnen een specifieke tijdsspanne de waarneming van het schilderij te genieten op grond van de digitale incorporatie ervan in het ROM-geheugen, geldt dan dat zij ook *geen* genot toelaten van de waarneming van dit schilderij **buiten** de *ruimtelijke en temporele* limieten van het mogelijke genot van dit schilderij op grond van de digitale incorporatie ervan in het ROM-geheugen, in zoverre de tijdsspanne en het gebied waarin deze duplicaties dit genot toelaten ook afhankelijk blijft van de aanwezigheid en het voortbestaan van deze digitale incorporatie ervan in het ROM-geheugen. Daarentegen is, volgens ons, aan te nemen dat duplicaties van de specifieke incorporatie van een schilderij in het ROM-geheugen *wel* een genot toelaten van het schilderij **buiten** de *ruimtelijke en temporele* limieten van het mogelijk genot van dit schilderij door het gebruik van enkel die specifieke digitale incorporatie ervan, indien deze duplicaties – vergeleken met *een*, van de aanwezigheid en het voortbestaan van deze specifieke incorporatie in het ROM-geheugen afhankelijke, daadwerkelijke mogelijkheid om, binnen een specifiek gebied en binnen een specifieke tijdsspanne, de waarneming van het schilderij te genieten – resulteren in het volgende: 1.) een genot van de waarneming van het schilderij binnen een ander specifiek gebied dan wel binnen een andere specifieke tijdsspanne of 2.) een mogelijkheid tot daadwerkelijk genot van de waarneming van het schilderij die niet langer afhankelijk is van de aanwezigheid en het voortbestaan van de betrokken specifieke incorporatie in het ROM-geheugen afhankelijke. Bij de zonet vermelde eerste hypothese is dan bijvoorbeeld te denken aan het geval waar de specifieke incorporatie van het schilderij in het ROM-geheugen gebruikt wordt voor een gelijktijdige weergave van het schilderij op twee beeldschermen. Bij de zonet vermelde tweede hypothese is dan bijvoorbeeld te denken aan de situatie waar de specifieke incorporatie van het schilderij in het ROM-geheugen als basis dient om het schilderij te printen, als basis dient om het schilderij weer te geven of te kunnen weergeven op een andere plaats als deze waar de betrokken incorporatie zich bevindt, of, ten slotte, als basis dient om een duplicatie tot stand te brengen, zelfs in hetzelfde computersysteem, die, naast deze incorporatie, eveneens als basis kan dienen om het schilderij weer te geven, in principe, ook zonder dat de betrokken incorporatie in het ROM-geheugen nog aanwezig zou zijn. Voor alle duidelijkheid is op te merken dat wij aannemen dat in het licht van de zonet beschreven leidraad geen mogelijkheid ontstaat tot een genot van de waarneming van een schilderij **buiten** de *ruimtelijke en temporele* limieten van het mogelijke genot van dit schilderij op grond van enkel de digitale incorporatie ervan in het ROM-geheugen, in de volgende constellatie van omstandigheden: de betrokken specifieke digitale incorporatie van het schilderij binnen het ROM-geheugen ligt aan de basis van het doorsturen van deze incorporatie naar een ander computersysteem, via de ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek, waarbij de duplicatie in het ontvangende computersysteem, zij het dan vanaf een andere plaats, *geen* genot toelaat van de waarneming van het schilderij in een ruimer gebied of gedurende een langere tijdsspanne als mogelijk was op grond van de digitale incorporatie van dit schilderij binnen het ROM-geheugen van het versturende computersysteem en waarbij de digitale incorporatie van dit schilderij binnen het ROM-geheugen van het versturende computersysteem, ook gewist wordt alvorens sprake kon zijn van

een gelijktijdig verschaffen van een daadwerkelijk genot de weergave van het schilderij én op grond van deze digitale incorporatie in het versturende computersysteem én op grond van de duplicatie ervan in het ontvangende computersysteem. In de zonet beschreven constellatie van omstandigheden is volgens ons immers aan te nemen dat de betrokken ‘transmissie-door-duplicatie’ enkel *een* mogelijkheid om de waarneming van het schilderij te genieten, verplaatst, zonder de capaciteit van deze mogelijkheid te wijzigen om genot te verschaffen binnen bepaalde ruimtelijke en temporele limieten en met name dus zonder daarbij een mogelijkheid te creëren om de waarneming van het schilderij te genieten binnen andere ruimtelijke en temporele limieten⁷⁵².

In dit onderdeel gaan we nu dieper in op de hierboven vermelde richtlijn die de ‘imitatieoordeel’-benadering verdedigt rond het concrete resultaat dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht dient na te streven met het oog op een investeringsbescherming conform economisch-utilitaristische overwegingen. Daarbij bespreken we met name eerst (a.) op grond van welke redenering de ‘imitatieoordeel’-benadering tot deze richtlijn komt. Vervolgens (b.) plaatsen we deze richtlijn dan ook tegenover de richtlijnen die de hierboven vermelde ‘incentive versus access’-benadering en de ‘absolute exclusiviteit’-benadering naar voor schuiven in dit verband.

a. Redenering

De redenering die de ‘imitatieoordeel’-benadering opbouwt om tot haar zonet vermelde richtlijn te komen rond het concrete resultaat dat, overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen, na te streven is door een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, omvat opnieuw verschillende stappen. In wezen kunnen we stellen dat ook de ‘imitatieoordeel’-benadering in dit verband (a.1.) vanuit bepaalde uitgangspunten, (a.2.) tot een concept komt van het resultaat dat te bereiken is aan de hand van het *middel* van een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht en dit concept dan vervolgens (a.3.) uitwerkt in een richtlijn rond het concrete resultaat dat na te streven is via een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, met name dus een concreet resultaat in termen van bepaalde personen een bevoegdheid verlenen om in het licht van bepaalde feitelijke omstandigheden bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden.

a.1. Uitgangspunten

Voor haar richtlijn rond het concrete resultaat dat, overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen, na te streven is door een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht baseert de ‘imitatieoordeel’-benadering zich eveneens op welbepaalde assumpties. Deze assumpties hebben met name opnieuw betrekking op (a.1.1.) de opdracht die overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen toekomt aan een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht en op (a.1.2.) het concrete middel dat deze investeringsbescherming biedt om deze opdracht te vervullen.

a.1.1. Opdracht

⁷⁵² Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: J. MITCHELL, “DRM: The Good, the Bad, and the Ugly” in *Colleges, Code and Copyright: The Impact of Digital Networks and technological Controls on Copyright: Publications in Librarianship* no. 56 American Library Association. p. 36; http://interactionlaw.com/documentos/DRM_good_bad_ugly.pdf (“*It is the equivalent of magically transferring the ink from my book to a friend’s blank pages in another state. My friend can now read the book (while I am left with blank pages), but the copyright owner remains whole because no additional copies have been made.*”); Vergelijk ook: J. BOYLE, “Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property”, *Vand. L. Rev.* 2000, p. 2019 (“*digital objects could also be given away...., I may give them to you, provided I erase them from my hard drive, which is what I wanted to do anyway*”); Zie ook: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*) r.o. 78 (“*Zoals uit punt 70 van het onderhavige arrest blijkt moet de eerste verkrijger van een materiële of immateriële kopie van een computerprogramma waarvoor het distributierecht van de houder van het auteursrecht op grond van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 is uitgeput, de op zijn computer gedownload kopie wanneer hij deze doorverkoopt onbruikbaar maken om het in artikel 4, lid 1, sub a, van richtlijn 2009/24 bedoelde exclusieve recht van die houder om zijn computerprogramma te reproduceren niet te schenden.*”).

In de eerste plaats neemt de ‘imitatieoordeel’-benadering met name aan dat een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen, de volgende opdracht heeft: in gevallen waar de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, een passende internalisatie van positieve effecten teweegbrengen en uiteindelijk aanzetten tot een coördinatie van gedragingen die tot de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart leidt⁷⁵³. De ‘imitatieoordeel’-benadering sluit zich in dit verband aan bij de hierboven besproken analyse dat in dergelijke gevallen waarin de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, het systeem van zakenrechtelijke exclusieve rechten alleen, niet volstaat om tot een passende internalisatie te komen van positieve effecten.

a.1.2. Middel

In de tweede plaats blijkt de ‘imitatieoordeel’-benadering dan aan te nemen dat de investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, het volgende *middel* biedt om de zonet vermelde opdracht te vervullen van het teweegbrengen van een passende internalisatie van positieve effecten en een coördinatie van gedragingen die tot de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart leidt, in gevallen waar de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde: de betrokken personen een bevoegdheid geven om bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties die hun geschiktheid tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan de positieve effecten van zijn inspanningen, zijn resultaat van inspanningen. Het achterliggende idee rond de werking van dit *middel* is dan met name dat de specifieke handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties die hun geschiktheid tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan de positieve effecten van zijn inspanningen, zijn resultaat van inspanningen, een goed aanknopingspunt vormen om concrete toepassingen te traceren van deze positieve externe effecten waarrond een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht aan de orde is met het oog op het bereiken van een passende internalisatie van positieve effecten en een coördinatie van gedragingen die tot de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart leidt.

⁷⁵³ Zie in die zin met een expliciete verwijzing naar de notie van positieve externe effecten, bijvoorbeeld: J. COHEN, "Copyright and the Perfect Curve", *Vanderbilt Law Review* 2000, p.1807; In diezelfde zin, zij het zonder expliciete verwijzing naar de notie van positieve externe effecten, bijvoorbeeld: W. NORDHAUS, "Theory of innovation. An Economic Theory of Technological Change", *The American Economic Review*, 1969, p. 19 ("Any invention is potentially a public good in the sense that it is indivisible, or that it can in theory be used universally at zero marginal cost.") and K. ARROW, *Economic welfare and the allocation of resources for invention*, Santa Monica, The RAND Corporation, 1959, p. 9 e.v. ("With suitable legal measure, information may become an appropriable commodity").

a.2. Richtlijn rond het na te streven conceptuele resultaat

Op grond van de zonet aangehaalde assumpties komt de ‘imitatievoordeel’-benadering dan tot de analyse dat een aangewezen inzet van het *middel* van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen, conceptueel gezien, het volgende resultaat moet nastreven: personen een bevoegdheid geven om zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden ten aanzien van een groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties die hun geschiktheid om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, danken aan de positieve effecten van zijn inspanningen, zijn ‘resultaat’ van inspanningen, in beginsel, in de mate dat deze bevoegdheid daadwerkelijk nodig is om te verzekeren dat andere personen deze positieve effecten en de daaraan te danken geschiktheid om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, enkel kunnen genieten na hierrond een transactie af te sluiten met deze persoon.

Voor deze richtlijn rond het resultaat dat een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, conceptueel gezien, moet nastreven conform economisch-utilitaristische overwegingen, baseert de ‘imitatievoordeel’-benadering zich dan met name in de eerste plaats op de volgende analyse: met het oog op conformiteit met economisch-utilitaristische overwegingen is het aangewezen om de investeringsbescherming door het intellectuele eigendomsrecht zich in eerste instantie inderdaad te laten focussen op het vermijden en passend internaliseren van positieve externe effecten van het vervaardigen van bepaalde incorporaties van inspanningen om zo een marktfalen te vermijden ten gevolge van een onvoldoende internalisatie van de positieve effecten van het betrokken vervaardigen. De ‘imitatievoordeel’-benadering is er zich daarbij van bewust dat regelgevend ingrijpen, met het oog op een coördinatie van gedragingen door de markt die resulteert in de grootst mogelijke maatschappelijke welvaart, er in beginsel moet op toezien dat tegelijk, alle oorzaken van marktfalen vermeden worden en niet alleen een onvoldoende internalisatie van positieve effecten⁷⁵⁴. Dit neemt volgens de ‘imitatievoordeel’-benadering echter niet weg dat het aangewezen kan zijn om, binnen het geheel van regelgeving dat erop gericht is om marktfalen te vermijden en dat bijvoorbeeld ook het mededingingsrecht omvat, het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht in eerste instantie af te stellen op de specifieke taak van het vermijden van marktfalen ten gevolge van een onvoldoende internalisatie van de positieve effecten van het vervaardigen van bepaalde incorporaties van inspanningen. In dit verband is volgens de ‘imitatievoordeel’-benadering dan met name rekening te houden met het gegeven dat het concrete *middel* van een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht zich bij uitstek leent tot het vervullen van deze specifieke taak.

In de tweede plaats laat de ‘imitatievoordeel’-benadering zich dan ook leiden door de volgende analyse bij haar zonet vermelde richtlijn rond het, conform economisch-utilitaristische overwegingen, na te streven conceptuele resultaat aan de hand van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht: het komt er, in beginsel, op aan om het intellectuele eigendomsrecht enkel te laten ingrijpen in de mate dat dit daadwerkelijk nodig is om, in gevallen waar de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, positieve externe effecten passend te internaliseren door middel van het toekennen van bevoegdheden aan individuen.

⁷⁵⁴ In het licht van de ‘theory of second best’ benadrukt de economische analyse, zoals aangegeven, dat niet te voorspellen is of een overheidsingrijpen dat slechts één vorm van marktfalen corrigeert, terwijl andere vormen van marktfalen blijven voortbestaan, de maatschappelijk welvaart doet toenemen of afnemen. De analyse daarbij is, zoals gezegd, dat verschillende gevallen van marktfalen elkaar kunnen opheffen waardoor het wegwerken van één oorzaak van marktfalen de impact van de andere gevallen van marktfalen kan doen toenemen. Alleen het ‘first-best’ ingrijpen, een overheidsingrijpen in de markt dat alle oorzaken van marktfalen tegelijkertijd corrigeert, biedt volgens deze analyse de garantie op een gedecentraliseerde coördinatie door de prijs, die de maatschappelijke welvaart maximaal doet toenemen. Zie in dit verband, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: R. KUENNE, *Readings in Social Welfare: Theory and Policy*, Malden, Mass. (o.a.), Blackwell Publishing, 2000, p. 43 e.v. en R. LIPSEY en K. LANCASTER, “The General Theory of Second Best”, *The Review of Economic Studies* 1956-1957, p. 11-32. Voor een toepassing van deze ‘theory of second best’ in de concrete context van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, zie, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: K. KOELMAN, *Auteursrecht en Technische Voorzieningen. Juridische en Rechtseconomische Aspecten van de Bescherming van Technische Voorzieningen* in ITeR-reeks, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2003, p. 175.

Om te bepalen of een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht daadwerkelijk nodig is om, in gevallen waar de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, een passende internalisatie van positieve effecten te bereiken, neemt de ‘imitatievoordeel’-benadering dan met name aan dat een dergelijk passende internalisatie vraagt om het volgende te verzekeren: dat de enige manier voor andere personen om ooit het gebruik en dus de positieve effecten te genieten van zijn schaarse middelen die deze persoon inzet bij dit vervaardigen, met name zijn inzet van zijn inspanningen⁷⁵⁵, er in bestaat om een vrijwillige ruiltransactie aan te gaan met deze persoon rond het gebruik van zijn schaarse middelen ingezet bij dit vervaardigen en dus rond het genot van de uit dit gebruik volgende positieve effecten. Om te bepalen wat het intellectuele eigendomsrecht in de betrokken gevallen moet verzekeren met het oog op een passende internalisatie richt de ‘imitatievoordeel’-benadering zich dus met name naar de hierboven vermelde observatie rond wat een perfecte markt in wezen vereist van exclusieve rechten met oog op een passende internalisatie van positieve effecten van gedragingen. De concrete vraag dan of, in gevallen waar de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, daadwerkelijk nog een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht aan de orde is met het oog op een dergelijke passende internalisatie van de betrokken positieve effecten, laat zich daarbij volgens de ‘imitatievoordeel’-benadering dan enkel beantwoorden in het licht van het volgende: de concrete kenmerken en context van zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties die hun geschiktheid tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan de positieve effecten van de inspanningen van deze persoon. In essentie, is een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht volgens de ‘imitatievoordeel’-benadering, dan met name aan de orde indien concrete zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties die hun geschiktheid tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan de positieve effecten van de inspanningen van de betrokken persoon, zonder een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, aanleiding zouden geven tot een genot van deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat niet te beschouwen is als het voorwerp van – in de zin van afhankelijk zijn van – een ruiltransactie rond dit genot met deze persoon.

Daarnaast neemt de ‘imitatievoordeel’-benadering ook aan dat een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht enkel daadwerkelijk nodig is om, in gevallen waar de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon, niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, de zonet vermelde norm van een passende internalisatie van positieve effecten te bereiken, indien deze passende internalisatie zich niet reeds laat bereiken door een beperkter ingrijpen, met name een ingrijpen dat minder omvattende bevoegdheden toekent aan individuen. Ook hier speelt dan met name idee dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht en met name dus het verlenen van juridische bevoegdheden, zich al snel minder gemakkelijk laat verantwoorden in het licht van economisch-utilitaristische overwegingen, naarmate dit ingrijpen niet daadwerkelijk nodig is met het oog op een passende internalisatie van positieve effecten. Vanuit die optiek neemt de ‘imitatievoordeel’-benadering ook aan dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht dat bevoegdheden verleent die zich steeds potentieel uitstrekken tot meerdere unieke zintuiglijk waarneembare manifestatie slechts in te zetten is met het oog op een passende internalisatie van positieve effecten waar daartoe inderdaad een aanvulling nodig is van het systeem van zakenrechtelijke exclusieve rechten die enkel een bevoegdheid verlenen over één unieke zintuiglijk waarneembare manifestatie⁷⁵⁶.

Ten slotte neemt de ‘imitatievoordeel’-benadering ook aan dat economisch-utilitaristische overwegingen, vragen om rekening te houden met een principe van ‘basiscausaliteit’ om te beoordelen of een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht daadwerkelijk nodig is om, in gevallen waar de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon, niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die

⁷⁵⁵ Vergelijk op dit vlak de observatie bij LANDES en POSNER dat: “A writer has a property right in his time, ...” W. LANDES en R. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge (Mass.) en London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p. 22.

⁷⁵⁶ Vergelijk op dit punt: W. LANDES en R. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge (Mass.) en London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p. 21-22 “*Intellectual property rights are an add-on to the physical property rights that the creators of intellectual property uncontroversially possess*”).

deze persoon zelf vervaardigde, de zonet vermelde norm van een passende internalisatie van positieve effecten te bereiken. Bij dit principe van ‘basiscausaliteit’ gaat het er dan om met name om dat de concrete gevallen waarin een persoon zich kan beroepen op de investeringsbescherming door het intellectuele eigendomsrecht, gelijke tred moeten houden met de concrete gevallen waarin de inspanningen van deze persoon ook daadwerkelijk aan de basis liggen of kunnen liggen van positieve effecten, in de zin van een toegenomen geschiktheid van schaarse middelen tot behoeftebevrediging, en dat rond deze concrete gevallen waarin zijn inspanningen daadwerkelijk dergelijke positieve effecten hebben dan telkens de vraag te beantwoorden is of een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht daadwerkelijk nodig is om een passende internalisatie te realiseren van deze positieve effecten. Dit principe van ‘basiscausaliteit’ acht de ‘imitatievoordeel’-benadering daarbij met name belangrijk vanuit de analyse dat het intellectuele eigendomsrecht er moet voor zorgen dat de betrokken persoon, via de marktprijs, een signaal krijgt die een correcte weerspiegeling vormt van de daadwerkelijk behoeftebevrediging die marktpartijen kunnen genieten op grond van de positieve effecten van zijn gedragingen.

In de derde plaats, ten slotte, acht de ‘imitatievoordeel’-benadering dan echter ook het volgende belangrijk bij haar hierboven vermelde, richtlijn rond het, conform economisch-utilitaristische overwegingen, na te streven conceptuele resultaat aan de hand van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht: dat er rekening mee te houden is dat het daadwerkelijk maximaliseren van de maatschappelijke welvaart, kan vragen om de initiële afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht die dit ingrijpen specifiek richt op het vermijden en internaliseren van positieve externe effecten aan de hand van een zo beperkt mogelijke tussenkomst, bij te sturen in het licht van concrete gevallen. In zoverre echter gegeven is dat het concrete ingrijpen van de investeringsbescherming van het intellectuele eigendomsrecht inderdaad nodig is om positieve externe effecten te vermijden en te internaliseren, is het volgens de ‘imitatievoordeel’-benadering dan echter aangewezen om dit ingrijpen pas bij te sturen als er ook daadwerkelijke indicaties zijn dat een bepaalde bijsturing nodig is om, in het concrete geval, de maatschappelijke welvaart te maximaliseren.

We kunnen dus besluiten dat de hierboven vermelde richtlijn die de ‘imitatievoordeel’-benadering verdedigt rond het resultaat dat een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, conceptueel gezien, moet nastreven conform economisch-utilitaristische overwegingen, in wezen blijkt geeft van de volgende aanpak: dit ingrijpen initieel zo precies mogelijk afstellen om steeds, zij het met een zo beperkt mogelijk ingrijpen, tussen te komen waar dit daadwerkelijk nodig is om positieve externe effecten te vermijden en te internaliseren rond het vervaardigen van incorporaties van inspanningen, zonder daarbij evenwel de mogelijkheid uit te sluiten om eventueel af te wijken van deze afstelling in zoverre er duidelijk indicaties zijn dat een dergelijk afwijking nodig is met het oog op het maximaliseren van de maatschappelijke welvaart.

a.3. Uitwerking van een richtlijn rond het na te streven concrete resultaat

Vervolgens werkt de ‘imitatievoordeel’-benadering dan een richtlijn uit rond het concrete resultaat dat, overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen, na te streven is aan de hand van het *middel* van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, in termen van bepaalde personen een bevoegdheid verlenen om in het licht van bepaalde feitelijke omstandigheden bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden. Voor deze richtlijn vertrekt de ‘imitatievoordeel’-benadering dan met name van haar zonet vermelde analyse dat een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, in wezen, het volgende resultaat moet nastreven overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen: personen een bevoegdheid geven om zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden ten aanzien van een groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties die hun geschiktheid tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan de positieve effecten van zijn inspanningen, zijn ‘resultaat’ van inspanningen, in beginsel, in de mate dat deze bevoegdheid daadwerkelijk nodig is om te verzekeren dat andere personen deze positieve effecten en de daaraan te danken geschiktheid om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, enkel kunnen genieten na hierrond een transactie af te sluiten met deze persoon. Om deze analyse uit te werken in een richtlijn rond het concrete resultaat dat overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen na te streven is door middel van het intellectuele eigendomsrecht gaat de ‘imitatievoordeel’-benadering dan in wezen als volgt te werk: ze ontwikkelt meer concrete criteria om de zintuiglijk waarneembare handeling te traceren waarrond, volgens deze analyse, daadwerkelijk een ingrijpen nodig

is door het intellectuele eigendomsrecht (a.3.1. en a.3.2.) en gebruikt deze criteria dan vervolgens als basis voor een richtlijn rond het concrete resultaat dat overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen na te streven is door middel van het intellectuele eigendomsrecht (a.3.3.).

a.3.1. Het traceren van handelingen die een aanwending inhouden van de positieve effecten van het resultaat van inspanningen van een andere persoon

Met het oog op een richtlijn rond het concrete resultaat dat, conform economisch-utilitaristische overwegingen, na te streven is via een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, legt de ‘imitatievoordeel’-benadering, in de eerste plaats, een concreet criterium vast om, in het licht van gevallen waar de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, het volgende na te gaan: of een zintuiglijk waarneembare handeling van andere personen ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie inderdaad een aanwending inhoudt van deze positieve effecten van de inspanningen van de betrokken persoon.

Om te beoordelen of, in het licht van gevallen waar de positieve effecten van de inspanningen van een eerste persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, een zintuiglijk waarneembare handeling van een ander persoon ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie inderdaad een aanwending inhoudt van deze positieve effecten, richt de ‘imitatievoordeel’-benadering zich dan met name naar het voldaan zijn van het volgende criterium: of deze handeling van een andere persoon daarbij steunt op een overname van de kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie dankt aan zijn vervaardiging door de betrokken eerste persoon, om deze andere persoon op die manier vervolgens toe te laten om, via ‘inadequate’ inspanningen dezelfde bewustzijnsfenomenen te realiseren op grond van gelijkaardige kenmerken⁷⁵⁷. Hierbij is dan met name sprake van ‘inadequate’ inspanningen indien de inspanningen om uiteindelijk tot de aanwending te komen van deze gelijkaardige kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, op zich genomen en zonder de mogelijkheid om kenmerken over te nemen die de bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie dankt aan het resultaat van inspanningen van de betrokken eerste persoon, niet zouden volstaan om tot een aanwending te komen van zintuiglijk waarneembare kenmerken met die capaciteit om het genot van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te verschaffen.

De geldigheid van het zonet beschreven criterium baseert de ‘imitatievoordeel’-benadering dan met name op de analyse dat, in de zonet beschreven constellatie van omstandigheden waarnaar dit criterium peilt, het gegeven dat handelingen van andere personen toelaten om, met ‘inadequate’ inspanningen daartoe, niettemin tot de betrokken capaciteit te komen tot het teweegbrengen van dezelfde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, betrouwbaar het volgende impliceert: dat de eerdere inspanningen van de betrokken eerste persoon om een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie te voorzien van bepaalde kenmerken en de daaruit volgende capaciteit tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, blijkbaar een directe positieve invloed hadden op de geschiktheid tot behoeftebevrediging van de schaarse middelen die een andere persoon dient in te zetten om vervolgens tot een aanwending te komen van gelijkende kenmerken met de betrokken capaciteit tot het teweegbrengen van dezelfde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen. Concreet bestaat deze positieve invloed er dan met name in dat de inzet van een geheel van schaarse middelen van deze andere personen, dat in principe ‘inadequaaf’ of ‘ongeschikt’ zou zijn om te komen tot de betrokken capaciteit tot het teweegbrengen van dezelfde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, daartoe, door toedoen van de positieve effecten van de reeds geleverde inspanningen van de eerste persoon, *in concreto* wel ‘adequaaf’ of ‘geschikt’ blijkt. In dit verband

⁷⁵⁷ Hierbij is op te merken dat de kwalificatie van de inspanningen als ‘adequaaf’ of ‘inadequaaf’, zoals wij deze termen verstaan, niet bepaald is door de kwantiteit van de inspanningen maar enkel door de capaciteit van deze inspanningen om een bepaald resultaat op te leveren. Zo kan een persoon bijvoorbeeld, in termen van de geïnvesteerde tijd en moeite, kwantitatief meer inspanningen leveren in mislukte pogingen om een klomp te maken, als het een ervaren klompenmaker vraagt om een klomp te maken. De onhandigheid van de betrokken persoon maakt echter dat zijn concrete inspanningen niettemin ‘inadequaaf’ zijn om een klomp te maken.

kunnen we, zoals aangegeven, bijvoorbeeld denken aan een persoon die met behulp van een cd-writer een kopie maakt van een cd-rom die de meetresultaten bevat van een onderzoek waarbij een onderzoeker aan de hand van algemeen gekende proefopstelling noteerde welke inkrimping en uitzetting duizend metaallegeringen kennen bij elk interval van één graad Celsius tussen min en plus vijftig graden Celsius. Zonder de mogelijkheid om deze bestaande cd-rom met meetresultaten te gebruiken, zouden de concrete inspanningen om cd's in de cd-writer te stoppen en de stappen te doorlopen van het kopieerprogramma, niet volstaan om tot een cd-rom te komen die in staat is data te verschaffen rond de inkrimping en uitzetting van duizend metaallegeringen bij elk interval van één graad Celsius tussen min en plus vijftig graden Celsius.

Omgekeerd houdt het zonet beschreven criterium volgens de 'imitatievoordeel'-benadering dan ook in dat een andere persoon geen aanwending maakt van de positieve effecten van de eerdere inspanningen die een eerste persoon leverde om een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie bepaalde kenmerken te geven en de daaraan gekoppelde capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen indien deze andere persoon op grond van eigen 'adequate' inspanningen, tot de aanwending komt van gelijkende kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit tot het teweegbrengen van dezelfde, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen. Eigen 'adequate' inspanningen verwijzen hierbij dan met name naar inspanningen die ook, op zich genomen en zonder de mogelijkheid om kenmerken over te nemen van die een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie dankt aan een eerder resultaat van inspanningen, zouden volstaan om tot een aanwending te komen van zintuiglijk waarneembare kenmerken met de betrokken capaciteit om het genot te verschaffen van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen. In dit verband kunnen we bijvoorbeeld denken aan een onderzoeker die weliswaar kennis heeft van de bestaande cd-rom met meetresultaten rond de inkrimping en uitzetting van duizend metaallegeringen maar er niettemin voor opteert dezelfde algemeen gekende proefopstelling uit te voeren rond dezelfde metaallegeringen om zo tot data te komen rond hun inkrimping en uitzetting bij elk interval van één graad Celsius tussen min en plus vijftig graden Celsius. In dit verband acht de 'imitatievoordeel'-benadering het dan met name ook belangrijk om te observeren dat in dit voorbeeld de hogere vaardigheid van deze tweede onderzoeker om de betrokken proefopstelling door te voeren, er zelfs kan voor zorgen dat zijn eigen 'adequate' inspanningen daartoe lager liggen dan de inspanningen die de initiële onderzoeker daartoe diende te leveren, zonder dat dit impliceert dat de tweede onderzoeker daarbij een aanwending maakte van de positieve effecten van de eerdere inspanningen van de initiële onderzoeker.

a.3.2. Het traceren van handelingen waarrond een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht nodig is met het oog op het vermijden en internaliseren van positieve externe effecten

Met het oog op een richtlijn rond het concrete resultaat dat, conform economisch-utilitaristische overwegingen, na te streven is door een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, legt de 'imitatievoordeel'-benadering dan, in de tweede plaats, een concreet criterium vast om na te gaan of, in gevallen waar de positieve effecten van de inspanningen van een persoon, niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, het volgende geldt rond een concrete zintuiglijk waarneembare handeling die een aanwending inhoudt van de positieve effecten van deze inspanningen: ten aanzien van deze concrete zintuiglijk waarneembare handeling is, met het oog op het vermijden en passend internaliseren van positieve *externe* effecten aan de hand van het toekennen van bevoegdheden aan individuen, daadwerkelijk een ingrijpen aan de orde van het intellectuele eigendomsrecht.

Om te beoordelen of, in gevallen waar de positieve effecten van de inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, ook daadwerkelijk een ingrijpen nodig is van het intellectuele eigendomsrecht, ten aanzien van een concrete zintuiglijk waarneembare handeling die een aanwending inhoudt van deze positieve effecten, richt de 'imitatievoordeel'-benadering zich dan met name naar het voldaan zijn van het volgende criterium: laat deze handeling al dan niet een genot toe van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door de positieve effecten van de inspanningen van deze persoon, het resultaat van zijn inspanningen, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van deze positieve effecten, dit resultaat van inspanningen, die deze persoon, met zijn toestemming, in het verkeer bracht, zoals deze persoon deze in het verkeer bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken.

Om tot het zonet vermelde criterium te komen rond de daadwerkelijk nood aan een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, baseert de ‘imitatievoordeel’-benadering zich dan met name in de eerste plaats op haar analyse rond het volgende punt: wat een passende internalisatie van positieve effecten vraagt in gevallen waar de positieve effecten van de inspanningen van een persoon, niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde. In dit verband neemt de ‘imitatievoordeel’-benadering dan met name aan dat een passende internalisatie van positieve effecten in dergelijke gevallen, vraagt om het volgende te verzekeren: dat de enige manier voor andere personen om ooit, via handelingen die een aanwending inhouden van de positieve effecten van de inspanningen van de betrokken eerste persoon, een genot mogelijk te maken van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die deze positieve effecten mogelijk maken, er in bestaat om met deze eerste persoon een vrijwillige ruiltransactie aan te gaan die deze aanwending van de positieve effecten van zijn inspanningen en daaraan gekoppelde mogelijkheid om de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten tot voorwerp heeft. Belangrijk hierbij is voor de ‘imitatievoordeel’-benadering de observatie dat ook een passende internalisatie van positieve effecten in het model van een ‘perfecte markt’ niet vereist dat een persoon ten allen tijde een volstrekte controle zou hebben over alle positieve effecten van zijn gedragingen, maar enkel dat het ‘genot’ van deze positieve effecten door andere personen afhankelijk zou zijn, met andere woorden het voorwerp zou zijn, van het afsluiten van een ‘ruiltransactie’, waarin de inschatting van de betrokken partijen rond hun ‘consumentensurplus’ en hun ‘producentensurplus’ in verband met het mogelijke genot van deze positieve effecten aanleiding geeft tot het overeenkomen van een prijs, met als gevolg dat het ‘genot’ van de betrokken positieve effecten niet *extern* blijft aan een coördinatie van gedragingen door de marktprijs.

Als initieel punt van houvast om in dit verband dan zo objectief mogelijk te bepalen of, in gevallen waar de positieve effecten van de inspanningen van een persoon A, niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, de aanwending die een andere persoon B maakt van deze positieve effecten en de daaraan te danken geschiktheid tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, al dan niet het voorwerp uitmaakt van een ruiltransactie met de betrokken persoon A, richt de ‘imitatievoordeel’-benadering zich dan naar het volgende: de ruimtelijke en temporele limieten van het genot van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door de positieve effecten van de inspanningen van persoon A, via het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van de positieve effecten van zijn inspanningen, die deze persoon A, met zijn *toestemming*, ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze persoon A deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken. De redenering hierbij vertrekt dan met name van de assumptie dat, op het ogenblik dat de betrokken persoon A toestemt in de initiële afgifte van een incorporatie van de positieve effecten van zijn inspanningen, de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken die de betrokken incorporatie dankt aan de positieve effecten van zijn inspanningen, hem ook toelaten om zich een beeld te vormen van de ruimtelijke en temporele limieten van het genot dat enkel het gebruik van deze specifieke incorporatie, met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken, toelaat van de aan de positieve effecten van zijn inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen. Indien persoon A de initiële afgifte van zijn feitelijke macht over een specifieke incorporatie van de positieve effecten van zijn inspanningen, afhankelijk kan maken van zijn toestemming en inderdaad zonder meer toestemt in de definitieve afgifte van de feitelijke macht over deze incorporatie aan een andere persoon B, dan is volgens de ‘imitatievoordeel’-benadering dus ook principieel uit te gaan van het volgende: dat elke toepassing die deze andere persoon B, via het gebruik van de door A afgegeven incorporatie, maakt van de positieve effecten van de inspanningen van A om tot een genot te komen van de aan deze positieve effecten te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, dat geen overschrijding inhoudt van de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel de specifieke, door A vrijwillig afgegeven incorporatie, zoals afgegeven door A, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken, ook te beschouwen is als het voorwerp van de ruiltransactie tussen persoon A en persoon B waarin A toestemde met de afgifte van zijn feitelijke macht over de betrokken incorporatie.

In de tweede plaats laat de ‘imitatievoordeel’-benadering zich bij haar vaststelling van het zonet vermelde criterium rond de daadwerkelijk nood aan een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht dan leiden door haar analyse

rond de mate waarin, ook in gevallen waar de positieve effecten van de inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, een passende internalisatie van positieve effecten zich reeds laat bereiken indien enkel het volgende gegeven is: de betrokken persoon kan de initiële afgifte van zijn feitelijke macht over een specifieke door hem vervaardigde incorporatie van de positieve effecten van zijn inspanningen, afhankelijk maken van zijn toestemming en het eventuele betalen van een prijs hierrond in het kader van een vrijwillige ruiltransactie. Bij deze analyse onderzoekt de ‘imitatieoordeel’-benadering dus in wezen de mogelijkheden om in dergelijke gevallen via een zo beperkt mogelijk ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht een passende internalisatie van positieve effecten te bereiken.

Eenzijds, komt de ‘imitatieoordeel’-benadering dan tot de analyse dat, ook in gevallen waar de positieve effecten van de inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, het volgende geldt vanuit de optiek van een passende internalisatie van positieve effecten, indien een persoon de initiële afgifte van zijn feitelijke macht over een specifieke door hem vervaardigde incorporatie van zijn resultaat van inspanningen inderdaad afhankelijk kan maken van zijn toestemming én ook zonder meer toestemt in de definitieve afgifte van deze feitelijke macht: het genot van door het resultaat van inspanningen van deze persoon mogelijk gemaakte, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, dat *in concreto* plaatsvindt op grond van de afgegeven, specifieke incorporatie van inspanningen en dat *binnen* de ruimtelijke en temporele limieten blijft van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen op grond van de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken waarmee deze persoon de specifieke incorporatie van inspanningen vrijwillig afgaf, is in beginsel te beschouwen als het voorwerp van de transactie rond de afgifte van de feitelijke macht over de betrokken specifieke incorporatie en maakt daarom dus geen aanwending uit van positieve effecten die *extern* blijft aan een coördinatie door de marktprijs. De achterliggende redenering hierbij is dan met name, in essentie, dat het zonet gepreciseerde genot in te calculeren was door de partijen bij deze transactie rond de afgifte van de feitelijke macht over de betrokken, specifieke incorporatie. Op grond van de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken die deze, specifieke incorporatie van inspanningen te danken heeft aan het betrokken resultaat van inspanningen, konden de betrokken partijen zich immers een beeld vormen van de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot dat de betrokken incorporatie zou toelaten van, aan dit resultaat van inspanningen te danken, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen. Het gaat er daarbij dan in wezen om dat een persoon, op het ogenblik dat hij bijvoorbeeld toestemt in de afgifte van zijn feitelijke macht over een digitaal bestand dat toelaat om zijn lied vijf maal te beluisteren, zich ook een beeld kan vormen van de ruimtelijke en temporele limieten van het genot van het beluisteren van dit lied dat mogelijk is door enkel gebruik te maken van dit ongewijzigde, digitale bestand.

Anderzijds, komt de ‘imitatieoordeel’-benadering dan tot de analyse dat, in gevallen waar de positieve effecten van de inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, het volgende geldt vanuit de optiek van een passende internalisatie van positieve effecten, indien een persoon de initiële afgifte van zijn feitelijke macht over specifieke, door hem vervaardigde incorporaties van zijn resultaat van inspanningen inderdaad telkens afhankelijk kan maken van zijn toestemming en daarbij ook zonder meer toestemt in de definitieve afgifte van deze feitelijke macht: het genot van door het resultaat van inspanningen van deze persoon mogelijk gemaakte, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, dat de ruimtelijke en temporele limieten *overschrijdt* van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen op grond van het gebruik van enkel die specifieke, door deze persoon vervaardigde en ongewijzigde incorporaties van zijn resultaat van inspanningen die hij vrijwillig afgaf, is niet te beschouwen als het voorwerp van de ruiltransacties waarbij deze persoon toestemde in de afgifte van de feitelijke macht over de door hem vervaardigde incorporaties van zijn resultaat van inspanningen en maakt vanuit die optiek dus een aanwending uit van positieve effecten die *extern* blijft aan een coördinatie door de marktprijs. De redenering hierbij is dan met name, in essentie, dat het zonet gepreciseerde genot niet in te calculeren was door de persoon op wiens resultaat van inspanningen dit genot teruggaat, in het kader van transacties rond de initiële afgifte van de feitelijke macht over de specifieke, door hem vervaardigde incorporaties van zijn resultaat van inspanningen. Op het ogenblik van deze transactie kon deze persoon immers niet incalculeren *hoe* en *in welke mate* alle mogelijke handelingen rond de betrokken, specifieke incorporaties van zijn resultaat van inspanningen, zoals duplicaties of wijzigingen van deze incorporaties, ook aanleiding zouden geven tot een genot van, door het resultaat van zijn

inspanningen mogelijk gemaakte, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke, door hem vervaardigde incorporaties van zijn resultaat van inspanningen die hij vrijwillig afgaf. Het gaat er daarbij dan in wezen om dat een persoon, op het ogenblik dat hij bijvoorbeeld toestemt in de afgifte van zijn feitelijke macht over een digitaal bestand dat toelaat om zijn lied vijf maal te beluisteren, zich geen beeld kan vormen van de ruimtelijke en temporele limieten van het genot van het beluisteren van dit lied dat mogelijk is door dit digitale bestand te wijzigen of te dupliceren.

Op grond van haar zonet vermelde analyses komt de ‘imitatieoordeel’-benadering vervolgens dan enerzijds tot de bevinding dat, in gevallen waar de positieve effecten van de inspanningen van een persoon A niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, dan ook steeds, met het oog op het passend internaliseren van positieve effecten door middel van het toekennen van bevoegdheden aan individuen, daadwerkelijk een ingrijpen aan de orde is van het intellectuele eigendomsrecht tegen concrete zintuiglijk waarneembare handelingen van andere personen B die deze positieve effecten aanwenden om het volgende mogelijk te maken: een *genot* van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door de positieve effecten van de inspanningen van deze persoon, dat de ruimtelijke en temporele limieten *overschrijdt* van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van deze positieve effecten, dit resultaat van inspanningen, die deze persoon, met zijn toestemming, ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze persoon deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken. De verklaring hiervoor volgens de ‘imitatieoordeel’-benadering is dan met name dat de zonet gepreciseerde zintuiglijk waarneembare handelingen van personen B inderdaad aanleiding geven tot een aanwending van de positieve effecten van de inspanningen van A en de daaraan gekoppelde mogelijkheid om de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten, waarrond het volgende geldt: de inzet van zakenrechtelijke exclusieve rechten van persoon A over de unieke, door hem vervaardigde incorporaties van de positieve effecten van zijn inspanningen, volstaat niet om te bereiken dat de aanwending van deze positieve effecten die gemaakt wordt door de zonet gepreciseerde zintuiglijk waarneembare handelingen van persoon B het voorwerp dient te zijn van een ruiltransactie met hem en volstaan dus al evenmin om te vermijden dat die aanwending van deze positieve effecten *extern* zou blijven aan een coördinatie door de marktprijs.

Hierbij is dan op te merken dat de zonet beschreven analyse rond de gevallen waarin een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, volgens de ‘imitatieoordeel’-benadering, daadwerkelijk aan de orde is, toepassing vindt in verschillende situaties. Ten eerste is dan met name te denken aan het geval waar andere personen B die kenmerken van de door persoon A vrijwillig in het verkeer gebrachte incorporatie van de positieve effecten van zijn inspanningen, die de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen mogelijk maken die te danken zijn aan deze positieve effecten, dupliceren in een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie. Deze duplicatie van de betrokken kenmerken laat dan immers steeds een *genot* toe van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door de positieve effecten van de inspanningen van deze persoon, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten overschrijdt van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van deze positieve effecten, dit resultaat van inspanningen, die deze persoon, met zijn toestemming, ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze persoon deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken. Ten tweede is in dit verband dan ook rekening te houden met de situatie waar andere personen B die kenmerken van de door persoon A vrijwillig in het verkeer gebrachte incorporatie van de positieve effecten van zijn inspanningen, die de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen mogelijk maken die te danken zijn aan deze positieve effecten, wijzigen op een manier die een *genot* toelaat van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door de positieve effecten van de inspanningen van deze persoon, dat de ruimtelijke en temporele limieten overschrijdt van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van deze positieve effecten, dit resultaat van inspanningen, die deze persoon, met zijn toestemming, ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze persoon deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken. Ten derde is in deze context, in beginsel, ook te denken aan de situatie waarbij andere personen B gebruik maken van een door persoon A vervaardigde incorporatie van de positieve effecten van zijn inspanningen, die A nog niet vrijwillig in het verkeer bracht. Dit gebruik laat immers eveneens een *genot* toe van de behoeftebevredigende

bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door de positieve effecten van de inspanningen van deze persoon, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van deze positieve effecten, dit resultaat van inspanningen, die deze persoon, met zijn toestemming, ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze persoon deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken.

Op grond van haar zonet vermelde analyses komt de ‘imitatieoordeel’-benadering anderzijds tot de bevinding dat, in gevallen waar de positieve effecten van de inspanningen van een persoon A niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, dan ook, met het oog op het passend internaliseren van positieve effecten door middel van het toekennen van bevoegdheden aan individuen, geen ingrijpen daadwerkelijk aan de orde is van het intellectuele eigendomsrecht tegen concrete zintuiglijk waarneembare handelingen van andere personen B die deze positieve effecten aanwenden om het volgende mogelijk te maken: een *genot* van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door de positieve effecten van de inspanningen van deze persoon, het resultaat van zijn inspanningen, *binnen* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van deze positieve effecten, dit resultaat van inspanningen, die deze persoon, met zijn toestemming, ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze persoon deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken. De verklaring hiervoor volgens de ‘imitatieoordeel’-benadering is dan met name dat de zonet gepreciseerde zintuiglijk waarneembare handelingen van persoon B een aanwending inhouden van de positieve effecten van de inspanningen van A en de daaraan gekoppelde mogelijkheid om de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten, waarrond de inzet van zakenrechtelijke exclusieve rechten van persoon A over de unieke, door hem vervaardigde incorporaties van de positieve effecten van zijn inspanningen, in principe, reeds volstaat om te bereiken dat die concrete aanwending van deze positieve effecten het voorwerp dient te zijn van een ruiltransactie met hem en dus niet *extern* blijft aan een coördinatie door de marktprijs. Het feit op zich dat persoon A de initiële afgifte van zijn feitelijke macht over een specifieke door hem vervaardigde incorporatie van de positieve effecten van zijn inspanningen inderdaad afhankelijk kan maken van zijn toestemming, zorgt volgens de ‘imitatieoordeel’-benadering, zoals aangegeven, immers reeds voor het volgende: dat het genot van de door deze positieve effecten mogelijk gemaakte, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen *binnen* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporatie van de positieve effecten van zijn inspanningen, afhankelijk is van een ruiltransactie met deze persoon A.

Hierbij is dan ten eerste op te merken dat de ‘imitatieoordeel’-benadering aanneemt dat haar zonet beschreven analyse rond de gevallen waarin een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, *niet* daadwerkelijk aan de orde is, ook toepassing vindt in het volgende geval: de zintuiglijk waarneembare handelingen die andere personen B stellen ten aanzien van een door persoon A reeds met zijn toestemming in het verkeer gebrachte incorporatie van de positieve effecten van zijn inspanningen, houden een wijziging in van de zintuiglijk waarneembare kenmerken van deze incorporatie *zonder* daarbij tot een *genot* toe te laten van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door de positieve effecten van de inspanningen van deze persoon, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporatie, met de zintuiglijk waarneembare kenmerken waarmee persoon A deze in het verkeer bracht. Volgens de ‘imitatieoordeel’-benadering is in het zonet omschreven geval dan immers aan te nemen dat deze handeling geen aanleiding geeft tot een aanwending van de positieve effecten van de inspanningen van persoon A, die persoon A niet reeds kon incalculeren en afhankelijke maken van zijn toestemming rond de initiële afgifte van zijn feitelijke macht over de betrokken incorporatie.

Hierbij is dan ten tweede op te merken dat de ‘imitatieoordeel’-benadering aanneemt dat haar zonet beschreven analyse rond de gevallen waarin een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, *niet* daadwerkelijk aan de orde is, met name ook toepassing vindt in het volgende geval dat raakt aan de gevallen waarin binnen het intellectuele eigendomsrecht de uitputtingsleer toepassing vindt: de zintuiglijk waarneembare handelingen die andere personen B stellen ten aanzien van een door persoon A reeds met zijn toestemming in het verkeer gebrachte incorporatie van de positieve effecten van zijn inspanningen, houden een loutere afgifte in van de feitelijke macht over deze specifieke incorporatie aan een persoon C *zonder* daarbij, door een duplicatie of wijziging van de zintuiglijk

waarneembare kenmerken van de betrokken incorporatie, een *genot* toe te laten van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door de positieve effecten van de inspanningen van deze persoon, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporatie, met de zintuiglijk waarneembare kenmerken waarmee persoon A deze in het verkeer bracht. Belangrijk in de verklaring hiervoor is volgens de ‘imitatieoordeel’-benadering dan met name het gegeven dat in het zonet omschreven geval persoon A de betrokken incorporatie van de positieve effecten van zijn inspanningen, op het ogenblik dat hij toestemde in de initiële afgifte van zijn feitelijke macht hierover aan persoon B, blijkbaar zintuiglijk waarneembare kenmerken meegegeven had die toelieten om de feitelijke macht erover af te staan aan persoon C⁷⁵⁸. Volgens de ‘imitatieoordeel’-benadering houdt dit gegeven dan met name in dat, in het zonet omschreven geval, de mogelijkheid van persoon C om, via zijn gebruik van de betrokken, initieel door persoon A afgegeven incorporatie, de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten die mogelijk gemaakt zijn door de positieve effecten van de inspanningen van persoon A, ook in te calculeren was voor persoon A op het ogenblik dat deze zijn toestemming gaf tot deze initiële afgifte van zijn feitelijke macht over deze incorporatie en in die zin ook te beschouwen is als het voorwerp van de ruiltransactie die aanleiding gaf tot deze afgifte.

Ten derde is, ten slotte, op te merken dat de ‘imitatieoordeel’-benadering aanneemt dat haar zonet beschreven analyse rond de gevallen waarin een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, *niet* daadwerkelijk aan de orde is, ook toepassing vindt in het volgende geval: de zintuiglijk waarneembare handelingen die andere personen B stellen ten aanzien van een door persoon A reeds met zijn toestemming in het verkeer gebrachte incorporatie van de positieve effecten van zijn inspanningen, overtreden een ‘gebruiksbeperking’ rond de betrokken specifieke incorporatie die hem opgelegd is op grond van zakenrechtelijke exclusieve rechten of het verbintenissenrecht, *zonder* daarbij echter, door een duplicatie of wijziging van de zintuiglijk waarneembare kenmerken van de betrokken incorporatie, een *genot* toe te laten van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door de positieve effecten van de inspanningen van deze persoon, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporatie, met de zintuiglijk waarneembare kenmerken waarmee persoon A deze in het verkeer bracht. Hierbij is dan bijvoorbeeld te denken aan het geval waarbij persoon B de verplichting niet naleeft om een gehuurde DVD na drie dagen terug te geven aan persoon A maar ook op de vierde dag niet meer doet met deze DVD dan deze eenvoudigweg bekijken. In de zonet gepreciseerde situatie, geldt volgens de ‘imitatieoordeel’-benadering dan met name dat het afdwingen van de naleving van de betrokken ‘gebruiksbeperking’ op grond van de betrokken zakenrechtelijke rechten of het verbintenissenrecht, in principe, reeds volstaat met het oog op een passende internalisatie van positieve effecten en is een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht niet daadwerkelijk nodig daartoe. De zonet gepreciseerde situatie is volgens de ‘imitatieoordeel’-benadering, vanuit de optiek van een passende internalisatie van positieve effecten, dan immers vergelijkbaar met de situatie waarin er op toe te zien is dat een gehuurde spade op tijd teruggebracht wordt bij de doe-het-zelf zaak.

Uiteindelijk komt de ‘imitatieoordeel’-benadering dus tot de bevinding dat, in gevallen waar de positieve effecten van de inspanningen van een persoon A niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, de volgende taakverdeling aan te houden is met het oog op het passend internaliseren van positieve effecten door middel van een zo beperkt mogelijk toekennen van bevoegdheden aan individuen:

- 1.) het intellectuele eigendomsrecht is aan de orde om een ingrijpen te voorzien ten aanzien van zintuiglijk waarneembare handelingen van personen B die de positieve effecten van de inspanningen van persoon A aanwenden om een genot toe te laten van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door deze positieve effecten van de inspanningen van persoon A, *buiten* de ruimtelijke en

⁷⁵⁸ Dit volgt in wezen uit het feit dat de afgifte van de feitelijke macht van persoon B over deze incorporatie aan persoon C, in het zonet omschreven geval plaatsvindt *zonder* daarbij, door een duplicatie of wijziging van de zintuiglijk waarneembare kenmerken van de betrokken incorporatie, een *genot* toe te laten van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door de positieve effecten van de inspanningen van deze persoon, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporatie, met de zintuiglijk waarneembare kenmerken waarmee persoon A deze in het verkeer bracht.

temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van deze positieve effecten, die persoon A met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals persoon A deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken en

2.) het systeem van zakenrechtelijke exclusieve rechten is dan aan de orde om een ingrijpen te voorzien rond zintuiglijk waarneembare handelingen van personen B rond de specifieke, door persoon A vervaardigde incorporaties van de positieve effecten van zijn inspanningen die *geen* aanleiding geven tot een genot van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door deze positieve effecten van de inspanningen van persoon A, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke, ongewijzigde incorporaties van deze positieve effecten.

Voor het intellectuele eigendomsrecht is het volgens de ‘imitatievoordeel’-benadering, met het oog op het vervullen van zijn zonet omschreven taak in het kader van het passend internaliseren van positieve effecten door middel van een zo beperkt mogelijk toekennen van bevoegdheden aan individuen in gevallen waar de positieve effecten van de inspanningen van een persoon A niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, dan met name aangewezen om persoon A meer concreet een bevoegdheid te geven om zintuiglijk waarneembare handelingen van personen B te verbieden ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties die hun geschiktheid tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan de positieve effecten van zijn inspanningen, indien deze zintuiglijk waarneembare handelingen:

1.) hem hinderen om het ‘in verkeer brengen’ van de door hem vervaardigde specifieke incorporaties van de positieve effecten van zijn inspanningen, met name dus de initiële afgifte van de feitelijke macht over deze incorporaties, steeds afhankelijk te kunnen maken van zijn toestemming⁷⁵⁹ of

2.) een genot mogelijk maken van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die de positieve effecten van zijn inspanningen mogelijk maken, *buiten* de temporele en ruimtelijke limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties die hij met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals hij deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken⁷⁶⁰.

⁷⁵⁹ Hier vormt het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht dan met name een aanvulling van het systeem van zakenrechtelijke exclusieve rechten dat persoon A, indien deze inderdaad zakenrechtelijke exclusieve rechten heeft over de zintuiglijk waarneembare manifestatie waarin hij de positieve effecten van zijn inspanningen incorporeert, in de regel reeds toelaat om het ‘in verkeer brengen’ van deze door hem vervaardigde specifieke incorporatie van de positieve effecten van zijn inspanningen, afhankelijk te maken van zijn toestemming.

⁷⁶⁰ Hier vormt het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht dan met name een aanvulling van het systeem van zakenrechtelijke exclusieve rechten dat persoon A niet toelaat om dit genot van de positieve effecten van zijn inspanningen, afhankelijk te maken van zijn toestemming en het eventuele betalen van een prijs hierrond.

a.3.3. Synthese: het traceren van 'imitatievoordeel' als leidraad voor het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht

De beide zonet besproken criteria gebruikt de 'imitatievoordeel'-benadering dan vervolgens als basis voor een richtlijn rond het concrete resultaat dat, overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen, na te streven is aan de hand van het *middel* van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht. In deze richtlijn stelt de 'imitatievoordeel'-benadering zoals aangegeven dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht vanuit die optiek, in beginsel, het volgende concrete *resultaat* moet nastreven: personen een bevoegdheid geven om zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties die hun geschiktheid tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan hun resultaat van inspanningen, in de mate dat dit nodig is om te vermijden dat derden 'imitatievoordeel' kunnen genieten ten aanzien van deze zintuiglijk waarneembare manifestaties. Binnen de zonet geformuleerde richtlijn verwijst 'imitatievoordeel' dan met name naar de specifieke omstandigheid waarin een overname of aanwending van de kenmerken en de daaruit volgende, gekende capaciteit om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, die een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestaties dankt aan een bepaald resultaat van inspanningen van een eerste persoon, gepaard gaat met het volgende: een andere persoon kan via 'inadequate' inspanningen een genot van dezelfde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen realiseren op grond van gelijkaardige kenmerken, *buiten* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het genot van dezelfde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat mogelijk is door het gebruik van enkel de ongewijzigde incorporaties van het betrokken resultaat van inspanningen die deze eerste persoon, met zijn toestemming, in het verkeer bracht⁷⁶¹. De 'imitatievoordeel'-benadering houdt er daarbij dus echter, zoals aangegeven, wel rekening mee dat deze richtlijn onder omstandigheden bij te sturen is indien er ook daadwerkelijke indicaties zijn dat een bepaalde bijsturing nodig is om, in concrete gevallen, de maatschappelijke welvaart te maximaliseren.

b. Evaluatie

De richtlijn die onze 'imitatievoordeel'-benadering verdedigt rond het concrete resultaat dat, overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen, na te streven is aan de hand van het *middel* van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, is volgens ons beter dan de richtlijnen die de hierboven vermelde 'incentive versus acces'-benadering en 'absolute exclusiviteit'-benadering in dit verband naar voor schuiven. In vergelijking met de richtlijnen die de 'incentive versus acces'-benadering en de 'absolute exclusiviteit'-benadering in dit verband verdedigen is de richtlijn die de 'imitatievoordeel'-benadering hierrond naar voor schuift, volgens ons, met name beter geschikt om het intellectuele eigendomsrecht zo af te stellen dat zijn ingrijpen op passende wijze tussenkomt om een marktfalen te vermijden door een onvoldoende internalisatie van positieve effecten, zonder dat zijn ingrijpen daarbij echter zelf marktfalen in de hand dreigt te werken door het verlenen van monopoliekracht. De 'imitatievoordeel'-benadering is, naar onze mening, in staat om een betere richtlijn te formuleren rond het concrete resultaat dat, overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen, na te streven is aan de hand van het *middel* van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, omdat deze benadering zich daartoe baseert op een gedetailleerde analyse rond de concrete feitelijke omstandigheden waarin, in gevallen waar de positieve effecten van de inspanningen van een persoon,

⁷⁶¹ Vergelijk op dit punt de noties 'kopieergemak' en 'copying advantage' bij respectievelijk QUAEDVLIET en LUNNEY. QUAEDVLIET omschrijft 'kopieergemak' als volgt: "...*kopieergemak ofwel overnamegemak in ruime zin: het kost moeite, tijd en geld om een geestelijke prestatie tot stand brengen, en het kost maar een fractie van al die investeringen om de prestatie over te nemen, met als hoogtepunt de razendsnelle en perfecte digitale kopie.*" A. QUAEDVLIET, "Beschermingsdrift: Een studie naar feiten en achtergronden rond sweat of the brow- of prestatiebescherming", B.I.E. 1996, (Deel II) p. 53; LUNNEY spreekt in de volgende zin over een 'disproportionate or undue copying advantage': "*In determining whether actual copying has gone too far and thereby become an infringement, the central issue in either case is whether the copying would enable a competitor to obtain a savings in terms of the time and money required to create and market a competing work significantly greater than the savings we tolerate for creative nonwork product generally. Only if such a disproportionate or undue copying advantage would otherwise result should copyright step in and prohibit the copying at issue.*" G. LUNNEY, "Lotus v. Borland: Copyright and Computerprograms", *Tulane Law Review* 1995-1996, p. 2435-2436.

niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, daadwerkelijk sprake dreigt te zijn van handelingen die een aanwending inhouden van positieve externe effecten. Indien het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht afgesteld is volgens de aanwijzingen van de ‘imitatievoordeel’-benadering en alsnog een rol speelt bij het feit dat een rechthebbende monopoliemacht verkrijgt, dan is de oorzaak van deze monopoliemacht niet zozeer toe te schrijven aan het betrokken ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht maar wel aan specifieke omstandigheden in de betrokken markt, bijvoorbeeld de specifieke omstandigheid dat mensen door het bestaan van netwerkeffecten erg weinig zaken als substituten ervaren voor de incorporaties van het ‘resultaat’ van inspanningen dat bescherming geniet op grond van het intellectuele eigendomsrecht⁷⁶².

Het essentiële probleem met de ‘incentive versus acces’-benadering en de ‘absolute exclusiviteit’-benadering is, volgens ons, dat zij, bij gebrek aan een gedetailleerde analyse in dit verband, het daadwerkelijk probleem overschatten van een onvoldoende internalisatie van positieve effecten, in gevallen waar de positieve effecten van de inspanningen van een persoon, niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde. De fout die de ‘incentive versus acces’-benadering en de ‘absolute exclusiviteit’-benadering naar onze mening beiden maken bij het formuleren van hun richtlijnen rond het concrete resultaat dat, overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen, na te streven is aan de hand van het *middel* van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, is de volgende: in gevallen waar de positieve effecten van de inspanningen van een persoon, niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, gaan zij meteen uit van de veronderstelling dat het nodig is om het ‘resultaat’ van inspanningen en zijn toepassingen als aanknopingspunt te nemen om de gevallen te traceren waarin een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht aan de orde is met het oog op het vermijden en passend internaliseren van positieve externe effecten. Op dit punt kunnen we stellen dat zowel de ‘incentive versus acces’-benadering en de ‘absolute exclusiviteit’-benadering zich laten leiden door de analyse dat waar het toekennen van volstrekt exclusieve rechten over het ‘resultaat’ van inspanningen, in gevallen waar de positieve effecten van de betrokken inspanningen van een persoon, enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, een geschikte oplossing is voor het vermijden en internaliseren van positieve externe effecten – denk aan het toekennen van een zakenrechtelijk eigendomsrecht over het stuk land dat de positieve effecten geniet van het ploegen ervan – ook geldt dat het toekennen van volstrekt exclusieve rechten over het ‘resultaat’ van inspanningen, in gevallen waar de positieve effecten van de betrokken inspanningen van een persoon, niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, in beginsel de geschikte oplossing uitmaakt voor het vermijden en internaliseren van positieve externe effecten – in die zin is dan bijvoorbeeld te denken aan het toekennen van een intellectueel eigendomsrecht over het werkingsprincipe om motoren beter te laten presteren dat de positieve effecten geniet van de ontwikkelingsarbeid van een persoon waarbij dit intellectuele eigendomsrecht dan in beginsel ook een bevoegdheid geeft over elke aanwending van het betrokken werkingsprincipe in motoren. De ‘incentive versus acces’-benadering en de ‘absolute exclusiviteit’-benadering gaan er hierbij met andere woorden van uit dat een ‘immaterieel goed’ in beginsel op dezelfde manier te benaderen is als een ‘materieel goed’ met het oog op het vermijden en internaliseren van positieve externe effecten⁷⁶³. De ‘incentive versus acces’-benadering en de

⁷⁶² Vergelijk op dit punt, weliswaar vanuit een andere benadering, de observatie van J. DREXL, “Intellectual Property and Antitrust Law - IMS Health and Trinko - Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases”, *IIC* 2004, p. 805 (“*This leads to an important conclusion: the copyright is not the cause of IMS Health’s dominant position even in the market for the copyright in the brick structure. The problem is that the lock-in effect excludes any other method of collecting data from the relevant market.*”).

⁷⁶³ Eveneens in de zin dat economische analyse er toe neigt om het model van het zakenrechtelijke eigendomsrecht ten onrechte zomaar toepasselijk te achten op het intellectuele eigendomsrecht, bijvoorbeeld: M. LEMLEY, “Property, Intellectual Property, and Free Riding”, *Texas Law Review* 2005, p. 1071 (“*Far more common is an assumption that intellectual property is just like real property. With that erroneous assumption has come a second doctrinal leap: a focus on the elimination of externalities, and with them free riders. My worry is that the rhetoric of property has a clear meaning in the minds of courts, lawyers, and commentators as “things that are owned by persons” and that fixed meaning will make it all too tempting to fall into the trap of treating intellectual property as an absolute right to exclude.*”) en J. COHEN, “Copyright and the Perfect Curve”, *Vanderbilt Law Review* 2000, p. 1807.

‘absolute exclusiviteit’-benadering zien dan met name het volgende over het hoofd, vanuit hun focus op het loutere voorliggen van toepassingen van het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen, waarrond geldt dat de positieve effecten van de betrokken inspanningen van een persoon, *niet enkel* te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, om vast te stellen of een ingrijpen nodig is met het oog op het vermijden en internaliseren van positieve externe effecten: de concrete zintuiglijk waarneembare handelingen die weliswaar een aanwending inhouden van deze positieve effecten van de inspanningen van de betrokken persoon maar waarrond geen aanvulling van het systeem van zakenrechtelijke eigendomsrechten meer nodig is door een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht om deze positieve effecten ook tot het voorwerp te maken van een ruiltransactie met deze persoon. Zoals de ‘imitatieoordeel’-benadering aantoont, gaat het bij de zonet aangehaalde handelingen dan met name concreet om, zintuiglijk waarneembare handelingen van andere personen die inhouden dat zij de door de betrokken persoon ‘in het verkeer gebrachte’ (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) toepassingen van zijn resultaat van inspanningen aanwenden om het volgende mogelijk te maken: een *genot* van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door de positieve effecten van de inspanningen van de betrokken persoon, *binnen* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van deze positieve effecten, dit resultaat van inspanningen, die deze persoon, met zijn toestemming, ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze persoon deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken. Volgens de ‘imitatieoordeel’-benadering kan, in gevallen waar de positieve effecten van de betrokken inspanningen van een persoon, enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, de aanwending van het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen, in eerste instantie als aanwijzing fungeren om de gevallen te traceren waarin een aanwending van de betrokken positieve effecten voorligt maar laten enkel de kenmerken en de omstandigheden van de betrokken concrete zintuiglijk waarneembare handelingen die deze positieve effecten aanwenden ook toe om te beslissen of daadwerkelijk een ingrijpen nodig is van het intellectuele eigendomsrecht met het oog op het vermijden en passend internaliseren van positieve externe effecten.

Waar de ‘incentive versus acces’-benadering en de ‘absolute exclusiviteit’-benadering, zoals zonet omschreven, in beginsel uitgaan van een te ruim toekennen van exclusieve bevoegdheden als reactie op hun overschatting van het daadwerkelijke probleem van een onvoldoende internalisatie van positieve effecten, in gevallen waar de positieve effecten van de inspanningen van een persoon, niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, slagen zij er dan vervolgens niet in om dit ingrijpen nog passend bij te sturen. De ‘absolute exclusiviteit’-benadering ziet geen nood aan een dergelijk bijsturing omdat ze rond de betrokken gevallen waarin ze een dreiging meent waar te nemen van positieve externe effecten strikt vasthoudt aan het principe dat volstrekt absolute exclusieve bevoegdheden rond het genot van deze positieve effecten nu eenmaal nodig zijn om een marktfalen te vermijden ten gevolge van een onvoldoende internalisatie van positieve effecten. De ‘incentive versus acces’-benadering daarentegen neemt aan dat er wel een bijsturing nodig is van het ingrijpen dat ze in beginsel in overweging neemt rond de betrokken gevallen waarin ze een dreiging meent waar te nemen van positieve externe effecten, met name het voorschrijven van absolute exclusieve bevoegdheden rond het genot van deze positieve effecten, maar valt voor deze bijsturing terug op variabelen waarvan de inhoud moeilijk in concreto vast te stellen is: de positieve en negatieve effecten van dit ingrijpen op de maatschappelijke welvaart.

1.1.2. Natuurrechtelijk-deontologische overwegingen

Overeenkomstig de deontologisch-natuurrechtelijke rechtvaardigingen voor een ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, dienen beide vormen van ingrijpen, zoals aangegeven, te streven naar een coördinatie van gedragingen die maakt dat mensen hun ‘plichten’ naleven en dat de ‘natuurlijke rechten’ van personen gerespecteerd worden⁷⁶⁴. Deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen beoordelen het menselijke handelen zoals aangegeven, immers als ‘goed’ of ‘slecht’ in het licht van zijn conformiteit met door individuen na te leven ‘plichten’, met name onder meer de plicht om de natuurlijke rechten te respecteren die andere personen toekomen⁷⁶⁵.

In dit onderdeel gaan we nu, zoals aangegeven, dieper in op de *doelstelling* van een optimale ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ met het oog op een investeringsbescherming conform de zonet aangehaalde deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen. Daarbij bespreken we, zoals gezegd, opnieuw hoe de *doelstelling* van een optimale ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften van intellectuele rechten en van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ met het oog op een investeringsbescherming, ditmaal conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, zich vertaalt in volgende: het nastreven van een bepaald *resultaat*, met name bepaalde personen bepaalde feitelijke gedragingen opleggen in het licht van bepaalde feitelijke omstandigheden, via de aanwending van het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten of het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’. Om meer concrete richtlijnen vast te stellen in dit verband, behandelen we, in wat volgt, twee onderscheiden opvattingen rond het *resultaat* dat aan de hand van het *middel* van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht na te streven is met het oog op een coördinatie van gedragingen, conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, met name dus met het oog op een coördinatie van gedragingen die maakt dat mensen hun ‘plichten’ naleven en dat de ‘natuurlijke rechten’ van personen gerespecteerd worden. Daarbij gaan we met name in op de ‘balans’-benadering die een synthese vormt van de dominante opvattingen in dit verband en op een alternatieve, door ons voorgestelde ‘imitatievoordeel’-benadering. Onze bespreking rond deze beide benaderingen omvat ook hier opnieuw twee onderdelen. Eerst (A.) bespreken we ook hier de rode draad doorheen deze beide benaderingen: hun analyse rond de directe rechtvaardiging om, met het oog op een coördinatie van gedragingen conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, een investeringsbescherming in het leven te roepen op grond van het intellectuele eigendomsrecht. Daarna (B.) bespreken we dan opnieuw de concrete richtlijnen die deze beide benaderingen bieden rond het *resultaat* dat na te streven is aan de hand van het *middel* van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, met het oog op een coördinatie van gedragingen conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen.

⁷⁶⁴ Zie bijvoorbeeld: W. FISHER, “Theories of Intellectual Property” in S. MUNZER (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 170 e.v.

⁷⁶⁵ Zie in dit verband bijvoorbeeld CAUTHEN die schrijft: “...the deontological positions have to do with the protection of individual rights based on the intrinsic worth of persons.” K. CAUTHEN, *The Passion for Equality*, New Jersey, Rowman & Littlefield, 1987, p. 121; Zie ook bijvoorbeeld: N. BUNNIN en J. YU, *The Blackwell Dictionary of Western Philosophy*, Malden (Mass.), Blackwell Publishing, 2004, p.172 (m.b.t. deontologische overwegingen) en p.456 (m.b.t. natuurrechtelijke overwegingen) In de term ‘deontologisch-natuurrechtelijke’ overwegingen die wij hanteren, ligt dus bij uitstek vervat dat het menselijke handelen als ‘goed’ of ‘slecht’ beoordeeld wordt in het licht van de combinatie van enerzijds, natuurrechtelijk overwegingen, die inhouden dat elk individu van nature bepaalde rechten toekomen, en, anderzijds, deontologische overwegingen, die nagaan of het menselijke handelen ‘goed’ of ‘slecht’ is in het licht van het nakomen van door individuen na te leven plichten, met name ondermeer de plicht om de natuurlijke rechten te respecteren van andere personen.

A. Gemeenschappelijke opvattingen rond de directe rechtvaardiging voor een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht

Er is een vrij grote consensus dat, met het oog op de overkoepelende doelstelling om tot gedragingen te komen die conform zijn aan deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, de directe rechtvaardiging voor een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht in beginsel gelegen is in het volgende: personen een passende bescherming verlenen van hun natuurlijk recht op de ‘vruchten’ van de eigen arbeid. Aan de basis van deze vrij algemeen aanvaarde analyse rond de directe rechtvaardiging voor een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht liggen dus twee veronderstellingen: 1.) de assumptie dat een persoon een natuurlijk recht toekomt op de ‘vruchten’ van de eigen arbeid en 2.) de assumptie dat de rechtvaardiging voor het ingrijpen van regelgeving, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, kan liggen in het feit dat dit ingrijpen maakt dat andere personen niet verzaken aan hun plicht om het natuurlijk recht te respecteren van een persoon op de vruchten van de eigen arbeid. Om deze beide assumpties te staven, is het daarbij in deze context dan niet ongebruikelijk om te verwijzen naar de ‘desert for labour’-theorie die LOCKE uitwerkte om het ingrijpen van zakenrechtelijk eigendomsrechten te rechtvaardigen op grond van deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen⁷⁶⁶. In deze ‘desert for labour’-theorie start LOCKE van het uitgangspunt dat mensen een natuurlijk recht toekomt op de ‘vrucht’ van de eigen arbeid, met name op datgene wat zij vermengen met de arbeid van hun persoon, in de mate dat na het toekennen van dit recht nog ‘genoeg van dezelfde waarde’ overblijft voor de anderen. Vanuit dit uitgangspunt komt LOCKE dan in wezen tot de conclusie dat zakenrechtelijke eigendomsrechten, te rechtvaardigen zijn op grond van deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, in de mate dat deze rechten een persoon in staat stellen om, zonder dat dit tot gevolg heeft dat niet langer ‘genoeg van dezelfde waarde’ overblijft voor de anderen, anderen uit te sluiten van het specifieke voorwerp waarmee hij de arbeid van zijn persoon vermengde en dus tot respect te dwingen voor zijn natuurlijk recht op de ‘vrucht’ van de eigen arbeid⁷⁶⁷.

B. Opvattingen rond het concrete resultaat dat na te streven is door de investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht

Doorheen de rechtsleer stellen we vast dat er echter geen consensus bestaat rond het concrete resultaat, in termen van bepaalde personen bepaalde feitelijke gedragingen opleggen in het licht van bepaalde feitelijke omstandigheden, dat na te streven is aan de hand van de investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht om, zoals deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen vragen, personen een passende bescherming te verlenen rond hun natuurlijk recht op de ‘vruchten’ van de eigen arbeid en uiteindelijk ook een coördinatie van gedragingen te bereiken die maakt dat mensen hun ‘plichten’ naleven en dat de ‘natuurlijke rechten’ van personen gerespecteerd worden. In wat volgt, bespreken we nu, zoals aangegeven, de richtlijnen rond dit na te streven, concrete resultaat die verdedigd worden door twee onderscheiden benaderingen in dit verband: (B.1.) de ‘balans’-benadering en (B.2.) de ‘imitatievoordeel’-benadering.

⁷⁶⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: L. ZEMER, “The Making of a New Copyright Lockean”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 2005-2006, p. 897 e.v.; W. GORDON, “Intellectual Property” in P. CAN en M. TUSHNET (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 624; J. HUGHES, “The Philosophy of Intellectual Property”, *The Georgetown Law Journal* 1988, p. 287-366

⁷⁶⁷ Zie: J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, London, C. Baldwin, 1824, *Chapter V. Of Property*, p.144-159 (Specifiek rond de voorwaarde dat het eigendomsrecht van een individu enkel te funderen is als “enough” en “as good” overblijft voor de andere individuen: p.149, §34 e.v.).

B.1 'balans'-benadering

De 'balans'-benadering stelt, in essentie, als richtlijn voorop dat het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging', het volgende resultaat moeten nastreven met het oog op een investeringsbescherming, conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen: personen een bevoegdheid geven om die zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden die een aanwending inhouden van hun 'resultaat' van inspanningen, in de mate dat de legitimiteit van dit ingrijpen in het licht van de bescherming die het teweegbrengt van zijn natuurlijk recht op de 'vruchten' van zijn arbeid, opweegt tegenover de beperkingen, die dit ingrijpen veroorzaakt van de natuurlijke rechten van andere personen⁷⁶⁸. Door deze richtlijn aan te houden zal de investeringsbescherming op grond van het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging', volgens de 'balans'-benadering, personen een passende bescherming verlenen van hun natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid en gedragingen uiteindelijk zo coördineren dat zij conform zijn aan deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen. In dit onderdeel bespreken we (B.1.1.) op grond van welke redenering de 'balans'-benadering tot deze richtlijn komt en geven we vervolgens (B.1.2.) ook aan welke bedenkingen de rechtsleer reeds formuleerde bij deze 'balans'-benadering.

B.1.1. Redenering

De redenering die de 'balans'-benadering opbouwt om tot haar zonet vermelde richtlijn te komen rond het concrete resultaat dat, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, na te streven is door een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, omvat opnieuw verschillende stappen. In wezen kunnen we stellen dat ook de 'balans'-benadering in dit verband (a.1.) vanuit bepaalde uitgangspunten, (a.2.) tot een concept komt van het resultaat dat te bereiken is aan de hand van het *middel* van een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht en dit concept dan vervolgens (a.3.) uitwerkt in een richtlijn rond het concrete resultaat dat na te streven is via een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, met name dus een concreet resultaat in termen van bepaalde personen een bevoegdheid verlenen om in het licht van bepaalde feitelijke omstandigheden bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden.

a. Uitgangspunten

Voor haar richtlijn rond het concrete resultaat dat, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, na te streven is door een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht baseert de 'balans'-benadering zich op welbepaalde assumpties. Deze assumpties hebben met name opnieuw betrekking op (a.1.) de opdracht die overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen toekomt aan een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht en op (a.2.) het concrete middel dat deze investeringsbescherming biedt om deze opdracht te vervullen.

a.1. Opdracht

In de eerste plaats neemt de 'balans'-benadering aan dat een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, de volgende opdracht heeft: in gevallen waar de toepassingen van het 'resultaat' van inspanningen van een persoon, zich niet beperken tot die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, deze persoon een passende bescherming verlenen rond zijn natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid en uiteindelijk de

⁷⁶⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: L. ZEMER, "The Making of a New Copyright Lockean", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 2005-2006, p. 918 ("This principle ensures that a person's natural property right is protected only when it is balanced against and regulated by certain social norms, so that it does not conflict with the 'common good.'"); J. WALDRON, "From authors to copiers: individual rights and social values in intellectual property", *Chicago Kent Law Review* 1992-1993, p. 887; Zie in dit verband ook: C. GEIGER, "'Constitutionalising' Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union", *IIC* 2006, p. 382 e.v..

gedragingen van mensen zo coördineren deze conform zijn aan deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen⁷⁶⁹. Bij dergelijk gevallen waarin de toepassingen van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon, zich niet beperken tot die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, is dan bijvoorbeeld opnieuw te denken aan het geval waarin het door de producent ontwikkelde werkingsprincipe om motoren beter te laten presteren, niet alleen in staat is om de prestaties te verbeteren van die motoren die deze producent zelf bouwt.

Bij de zonet vermelde aanname rond de opdracht een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht blijkt de ‘balans’-benadering dan met name in de regel uit te gaan van de veronderstelling dat regelgeving, specifiek met het oog op het verlenen van een passende bescherming rond het natuurlijk recht van een persoon op de vruchten van de eigen arbeid, in beginsel, het volgende moet kunnen verzekeren overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen: dat deze persoon in staat zal zijn om daadwerkelijk het genot van de ‘vrucht’ van de eigen arbeid te controleren, althans in de mate dat, na het toekennen van deze controle, nog ‘genoeg van dezelfde waarde’ overblijft voor de anderen⁷⁷⁰.

Het is met name ook vanuit deze veronderstelling rond wat regelgeving in beginsel moet kunnen met het oog op een passende bescherming rond het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid, dat de ‘balans’-benadering aanneemt dat een dergelijke passende bescherming een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht vraagt in gevallen waar de toepassingen van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon, zich niet beperken tot die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde. Zakenrechtelijke exclusieve rechten kunnen de betrokken persoon in dergelijke gevallen immers geen controle geven over het genot van de ‘vrucht’ van de eigen arbeid dat plaatsvindt op grond van zintuiglijk waarneembare manifestaties waarin andere personen het ‘resultaat’ van zijn inspanningen toepassingen laten vinden waarover hij zelf geen zakenrechtelijke exclusieve rechten heeft⁷⁷¹. Eigen aan zakenrechtelijke rechten is, zoals aangegeven, immers dat zij een persoon enkel een exclusieve bevoegdheid kunnen verlenen over handelingen ten aanzien van de unieke, zintuiglijk waarneembare manifestatie, waarop het betrokken zakenrechtelijke exclusieve recht slaat.

a.2. Middel

In de tweede plaats blijkt de ‘balans’-benadering dan aan te nemen dat de investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, het volgende concrete *middel* biedt om de zonet vermelde opdracht te vervullen van het verlenen van een passende bescherming rond het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid en

⁷⁶⁹ Zie op dit punt bijvoorbeeld: L. ZEMER, “The Making of a New Copyright Lockean”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 2005-2006, p. 897 e.v.; J. WALDRON, “From authors to copiers: individual rights and social values in intellectual property”, *Chicago Kent Law Review* 1992-1993, p. 850 e.v.; J. HUGHES, “The Philosophy of Intellectual Property”, *The Georgetown Law Journal* 1988, p. 300 en L. SPOONER, *The Law of Intellectual Property; or An Essay on the Right of Authors and Inventors to a Perpetual Property in their Ideas*, Boston, Bela Marsh, 1855, p. 19 e.v.; Zie ook de analyse bij: S. STERK, “Intellectualizing Property: The tenuous Connections Between Land and Copyright”, *Washington University Law Quarterly* 2005, p. 417-470 (In het bijzonder bijvoorbeeld: p. 442 e.v.).

⁷⁷⁰ Deze assumptie blijkt volgens ons met name *a contrario* uit de opvattingen rond het volgende punt: de mate waarin inderdaad een beperking aan de orde is van het natuurlijk recht van een persoon op de vruchten van de eigen arbeid specifiek om te verzekeren dat, na het toekennen van dit recht, nog ‘genoeg van dezelfde waarde’ overblijft voor anderen. Zie in die zin bijvoorbeeld: L. ZEMER, “The Making of a New Copyright Lockean”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 2005-2006, p. 926 e.v.; W. GORDON, “A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property”, *The Yale Law Journal* 1993, p. 1560 e.v.; Vergelijk ook: W. FISHER, “Theories of Intellectual Property” in S. MUNZER (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p.170 e.v. en T. PALMER, “Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects.”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 1990, p. 830 e.v..

⁷⁷¹ Dit blijkt volgens ons impliciet uit de argumentatie die ZEMER en HUGHES opbouwen om aan te tonen dat het intellectuele eigendomsrecht te rechtvaardigen is als een middel om personen een bescherming te verlenen rond hun natuurlijk recht op de ‘vruchten’ van de eigen arbeid. Zie bijvoorbeeld: L. ZEMER, “The Making of a New Copyright Lockean”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 2005-2006, p. 897ff. and J. HUGHES, “The Philosophy of Intellectual Property”, *The Georgetown Law Journal* 1988, p. 300; Vergelijk op dit punt ook: L. SPOONER, *The Law of Intellectual Property; or An Essay on the Right of Authors and Inventors to a Perpetual Property in their Ideas*, Boston, Bela Marsh, 1855, p. 19 e.v..

een coördinatie van gedragingen conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, in gevallen waar de toepassingen van het 'resultaat' van inspanningen van een persoon, zich niet beperken tot die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde: de betrokken persoon een zekere bevoegdheid verlenen over het betrokken 'resultaat' van inspanningen die ook een zekere bevoegdheid impliceert over bepaalde handelingen rond belichamingen van dit 'resultaat' van inspanningen⁷⁷². Het achterliggende idee rond de werking van dit *middel* blijkt dan met name te zijn dat het betrokken 'resultaat' van inspanningen een goed aanknopingspunt vormt om de 'vrucht' van de eigen arbeid te traceren van de betrokken persoon en dat handelingen rond belichamingen van dit 'resultaat' van inspanningen een goed aanknopingspunt vormen om handelingen te traceren waarrond een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht te overwegen is om te vermijden dat de betrokken persoon geconfronteerd worden met handelingen van andere personen die verzaken aan hun plicht om zijn natuurlijk recht te respecteren op de 'vruchten' van de eigen arbeid.

b. Concept van de richtlijn rond het na te streven resultaat

Op grond van de zonet aangehaalde assumpties komt de 'imitatievoordeel'-benadering dan tot de analyse dat een aangewezen inzet van het *middel* van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, conceptueel gezien, het volgende resultaat moet nastreven: personen een exclusieve bevoegdheid geven rond hun 'resultaat' van inspanningen, die ook een exclusieve bevoegdheid impliceert over handelingen rond belichamingen van dit 'resultaat' van inspanningen, telkens in de mate dat de rechtvaardiging voor het verlenen van deze bevoegdheid in het licht van de bescherming die daaruit volgt van hun natuurlijk recht op de 'vruchten' van de eigen arbeid, opweegt tegenover de beperkingen, die het verlenen van deze bevoegdheid veroorzaakt van de natuurlijke rechten van andere personen⁷⁷³.

Voor haar concept rond het resultaat dat in wezen na te streven is aan de hand van het *middel* van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, laat de 'balans'-benadering zich dan met name leiden door de volgende analyse: dat, in gevallen waar de toepassingen van het 'resultaat' van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, datgene doen wat een bescherming van het natuurlijk recht van deze persoon op de vruchten van de 'eigen arbeid', volgens haar, in principe vraagt van het intellectuele eigendomsrecht, namelijk deze persoon een absolute exclusieve bevoegdheid verlenen rond alle incorporaties van zijn 'resultaat' van inspanningen om hem, zo een daadwerkelijke controle te verzekeren over het genot van de 'vrucht' van de eigen arbeid, het intellectuele eigendomsrecht er ook kan toe brengen om te verzaken aan zijn plicht om de natuurlijke rechten te respecteren van andere personen. Daarbij dreigt het intellectuele eigendomsrecht door het zonet beschreven ingrijpen met name te verzaken aan zijn plicht om de natuurlijke rechten te respecteren van andere personen, naarmate dit ingrijpen het deze andere personen onmogelijk maakt om handelingen te stellen ten aanzien van incorporaties van het betrokken resultaat van inspanningen die de uitoefening uitmaken van hun natuurlijke rechten⁷⁷⁴.

⁷⁷² Zie in die zin bijvoorbeeld: L. ZEMER, "The Making of a New Copyright Lockean", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 2005-2006, p. 942 (making a distinction, however, between "Simple Ideas and Complex Ideas"); Compare also: J. HUGHES, "The Philosophy of Intellectual Property", *The Georgetown Law Journal* 1988, p. 300 (*We can justify propertizing ideas under Locke's approach...*); L. SPOONER, *The Law of Intellectual Property; or An Essay on the Right of Authors and Inventors to a Perpetual Property in their Ideas*, Boston, Bela Marsh, 1855, p.19 (*If the ideas, which a man has produced, were not rightfully his own, but belonged equally to other men, they would have the right imperatively to require him to give his ideas to them, without compensation; and it would be just and right for them to punish him as a criminal, if he refused.*).

⁷⁷³ Zie in die zin bijvoorbeeld: L. ZEMER, "The Making of a New Copyright Lockean", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 2005-2006, p. 918 en J. WALDRON, "From authors to copiers: individual rights and social values in intellectual property", *Chicago Kent Law Review* 1992-1993, p. 887.

⁷⁷⁴ Met betrekking tot het feit dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen ook rekening moet houden met de natuurlijke rechten van personen die beschermd incorporaties van inspanningen wensen te gebruiken, zie bijvoorbeeld: L. ZEMER, "The Making of a New Copyright Lockean", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 2005-2006, p. 918; W. SCHÜNEMANN, "Kapitel 1. Allgemeine Bestimmungen" in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG, *Gesetz gegen de unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p.480-481; nr 44; J. WALDRON, "From authors to copiers: individual rights and social values in intellectual property", *Chicago Kent*

Haar zonet vermelde analyse dat het intellectuele eigendomsrecht bij zijn ingrijpen om personen een passende bescherming te verlenen rond hun natuurlijk recht op de ‘vruchten’ van de eigen arbeid, rekening moet houden met de natuurlijk rechten van alle betrokken personen, leidt de ‘balans’-benadering dan tot de volgende conclusie: het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht is onvermijdelijk af te stellen in het licht van het zoeken naar een passende balans, een passende belangenafweging, tussen het verlenen van een bescherming rond het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid van een persoon en het respecteren van de natuurlijke rechten van alle betrokken andere personen⁷⁷⁵. Bij het zoeken naar deze balans, de uitvoering van deze belangenafweging, stellen we dan vast dat de ‘balans’-benadering veelal aandacht besteed aan de volgende factoren: enerzijds, de waarde of de verdienste van het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen en zijn toepassingen en, anderzijds, de ernst van de beperkingen op de natuurlijk rechten van andere personen, bij het adequaat beschermen van iemands natuurlijk recht op de ‘vruchten’ van de eigen arbeid⁷⁷⁶. Om te verantwoorden dat het natuurlijk recht van personen op de vruchten van de eigen arbeid, naar aanleiding van de zonet vermelde belangenafweging beperkingen kan ondergaan, wordt dan vaak verwezen naar LOCKE die, zoals aangegeven, stelde dat een persoon enkel een natuurlijk recht toekomt op datgene, wat hij vermengt met de arbeid van zijn persoon, in de mate dat, na het toekennen van dit recht, nog ‘genoeg van dezelfde waarde’ overblijft voor de anderen⁷⁷⁷. In de logica van de

Law Review 1992-1993, p.842 (vb.: p. 887: “...an institution like intellectual property is not self-justifying; we owe a justification to anyone who finds that he can move less freely than he would in the absence of the institution. So although the people whose perspective I have taken - the copiers - may be denigrated as unoriginal plagiarists or thieves of others' work, still they are the ones who feel the immediate impact of our intellectual property laws. It affects what they may do, how they may speak, and how they may earn a living.”); T. PALMER, “Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects.”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 1990, p. 817 e.v.; Zie ook: W. GORDON, “A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property”, *The Yale Law Journal* 1993, p. 1535 and 1544-1545.

⁷⁷⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: L. ZEMER, “The Making of a New Copyright Lockean”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 2005-2006, p. 918 (“This principle ensures that a person's natural property right is protected only when it is balanced against and regulated by certain social norms, so that it does not conflict with the ‘common good’.”); Brussel 18 september 2003, A&M 2005, p. 121 (“Il y a lieu de procéder à une certaine balance des intérêts à cet égard et de comparer l'inconvénient que le vendeur copié subit avec l'avantage que l'auteur de l'imitation ou de la copie retire”); F. GOTZEN, “De Norm van de Eerlijke Gebruiken en de Intellectuele Rechten” in P. WYTINCK en J. STUYCK, *De nieuwe wet handelspraktijken: wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, Brussel, Story-Scientia 1992, p.263 (“Vrijheid van mededinging betekent uiteraard niet dat de concurrentiestrijd onbeperkt zal zijn. Het sociale belang dat de economische vrijheid rechtvaardigt, roept meteen ook vormen van zelfbeperking op. ... In die zin is het verbod van onrechtmatige mededinging een noodzakelijke correctie op de vrije concurrentie die het systeem leefbaar houdt.”); S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 219 (“La théorie de l'appropriation des choses par le travail est donc certainement à la base du droit d'auteur et justifie le principe d'une réservation par l'auteur de ses œuvres. La notion de propriété est philosophique, non juridique et ne signifie en réalité que l'octroi au travailleur d'un droit exclusif sur les fruits de son travail. Il serait donc erroné d'en déduire la consécration d'un monopole absolu de l'auteur sur tous les fruits de son travail, au sens de la propriété juridique.”).

⁷⁷⁶ Compare: L. BECKER, “Deserving to Own Intellectual Property”, *Chi.-Kent L. Rev.* 1992-1993, p. 609; J. HUGHES, “The Philosophy of Intellectual Property”, *The Georgetown Law Journal* 1988, p. 305; J. HUYDECOPER, “Originaliteit of inventiviteit? Het technisch effect in het auteursrecht.”, *BIE* 1987, p.108.

⁷⁷⁷ Zie in dit verband: J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, London, C. Baldwin, 1824, *Chapter V. Of Property*, p.149, §34 e.v.; Met betrekking tot de toepassing binnen de intellectuele rechten van deze, zogeheten ‘sufficiency proviso’ rond ‘genoeg van dezelfde waarde’ waarde voor anderen, ontleend aan LOCKE, zie bijvoorbeeld: W. FISHER, “Theories of Intellectual Property” in S. MUNZER (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 188 e.v.; W. CORNISH, “The Expansion of Intellectual Property Rights” in G. SCHRICKER, T. DREIER en A. KUR (eds.), *Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, p. 10; Vergelijk op dit punt ook: S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 219 (“La théorie de l'appropriation des choses par le travail est donc certainement à la base du droit d'auteur et justifie le principe d'une réservation par l'auteur de ses œuvres. La notion de propriété est philosophique, non juridique et ne signifie

‘balans’-benadering vormen de uitzonderingen en de limieten rond de exclusieve bevoegdheid verleend door intellectuele rechten en de slechts relatieve bevoegdheid die een persoon kan ontlenen aan het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ dan met name aanknopingspunten om het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht aan te passen aan wat nodig is voor het bereiken van de zonet omschreven balans tussen het verlenen van een bescherming rond het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid van een persoon en het respecteren van de natuurlijke rechten van alle betrokken andere personen.

c. Uitwerking van de concrete richtlijn rond het na te streven resultaat

Vervolgens werkt de ‘balans’-benadering dan een richtlijn uit rond het concrete resultaat dat, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, na te streven is aan de hand van het *middel* van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht. Voor deze richtlijn vertrekt de ‘balans’-benadering dan met name van haar zonet vermelde analyse rond de noodzaak om het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht af te stellen in het licht van het zoeken naar een passende balans, een passende belangenafweging, tussen het verlenen van een bescherming rond het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid van een persoon en het respecteren van de natuurlijke rechten van alle betrokken andere personen. Op grond van deze analyse komt de ‘balans’-benadering dan met name, zoals aangegeven, tot de richtlijn dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht met het oog op een investeringsbescherming conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, het volgende concrete resultaat moeten nastreven: personen een bevoegdheid geven om die zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden die een aanwending inhouden van hun ‘resultaat’ van inspanningen, in de mate dat de legitimiteit van dit ingrijpen in het licht van de bescherming die het teweegbrengt van zijn natuurlijk recht op de ‘vruchten’ van zijn arbeid, opweegt tegenover de beperkingen, die dit ingrijpen veroorzaakt van de natuurlijke rechten van andere personen⁷⁷⁸.

B.1.2. Evaluatie

De zonet beschreven ‘balans’-benadering kreeg in de rechtsleer reeds regelmatig af te rekenen met het verwijt dat haar richtlijn rond het resultaat dat na te streven is door het intellectuele eigendomsrecht te vaag is⁷⁷⁹. De kritiek daarbij is dan in wezen dat de ‘balans’-benadering haar richtlijn in dit verband opbouwt rond een afweging van de legitimiteit en de tekortkomingen die het verlenen van bescherming vertoont op het vlak van het beschermen en respecteren van natuurlijke rechten, maar daarbij nauwelijks aanwijzingen geeft rond de manier waarop deze legitimiteit en deze tekortkomingen in de praktijk te begroten zijn⁷⁸⁰.

en réalité que l’octroi au travailleur d’un droit exclusif sur les fruits de son travail. Il serait donc erroné d’en déduire la consécration d’un monopole absolu de l’auteur sur tous les fruits de son travail, au sens de la propriété juridique.”).

⁷⁷⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: L. ZEMER, “The Making of a New Copyright Lockean”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 2005-2006, p. 918 (“This principle ensures that a person’s natural property right is protected only when it is balanced against and regulated by certain social norms, so that it does not conflict with the ‘common good.’”); J. WALDRON, “From authors to copiers: individual rights and social values in intellectual property”, *Chicago Kent Law Review* 1992-1993, p. 887; Zie in dit verband ook: C. GEIGER, “‘Constitutionalising’ Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union”, *IIC* 2006, p. 382 e.v..

⁷⁷⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: R. HILTY, “The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces” in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p. 23-24 en S. STERK, “Intellectualizing Property: The tenuous Connections between Land and Copyright”, *Washington University Law Quarterly* 2005, p. 425 (“...labor/desert, personality, and political liberty theories, all of which provide justifications for the institution of property, but not for any particular rules”).

⁷⁸⁰ Uitbreid in dit verband bijvoorbeeld: W. FISHER, “Theories of Intellectual Property” in S. MUNZER (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p.184 e.v..

B.2. 'Imitatievoordeel'-benadering

De 'imitatievoordeel'-benadering die wij verdedigen, dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht met het oog op een investeringsbescherming conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, in beginsel, opnieuw het volgende concrete *resultaat* moet nastreven: personen een bevoegdheid geven om zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties die hun geschiktheid tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan hun resultaat van inspanningen, in de mate dat dit nodig is om te vermijden dat derden 'imitatievoordeel' kunnen genieten ten aanzien van deze incorporaties van inspanningen. De parameters die draagwijdte bepalen van deze notie 'imitatievoordeel' zijn daarbij in dezelfde zin te verstaan als hierboven vermeld in het kader van de bespreking van de 'imitatievoordeel'-benadering met het oog op een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht conform economisch-utilitaristische overwegingen.

In dit onderdeel gaan we nu dieper in op de zonet geformuleerde richtlijn rond het concrete *resultaat* dat de investeringsbescherming op grond van het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging', volgens de 'imitatievoordeel'-benadering, dient na te streven met het oog op een passende bescherming van het natuurlijk recht van mensen op de 'vruchten' van de eigen arbeid en een uiteindelijke coördinatie van gedragingen conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen. Daarbij bespreken we ook hier eerst (B.2.1.) op grond van welke redenering de 'imitatievoordeel'-benadering tot deze richtlijn komt. Vervolgens (B.2.2.) plaatsen we deze richtlijn dan ook tegenover de richtlijn die de hierboven vermelde 'balans'-benadering verdedigt in dit verband.

B.2.1. Redenering

De redenering die de 'imitatievoordeel'-benadering opbouwt om tot haar zonet vermelde richtlijn te komen rond het concrete resultaat dat, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, na te streven is door een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, omvat opnieuw verschillende stappen. In wezen kunnen we stellen dat ook de 'imitatievoordeel'-benadering in dit verband (a.1.) vanuit bepaalde uitgangspunten, (a.2.) tot een concept komt van het resultaat dat te bereiken is aan de hand van het *middel* van een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht en dit concept dan vervolgens (a.3.) uitwerkt in een richtlijn rond het concrete resultaat dat na te streven is via een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, met name dus een concreet resultaat in termen van bepaalde personen een bevoegdheid verlenen om in het licht van bepaalde feitelijke omstandigheden bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden.

a. *Uitgangspunten*

Voor haar richtlijn rond het concrete resultaat dat, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, na te streven is door een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht baseert de 'imitatievoordeel'-benadering zich eveneens op welbepaalde assumpties. Deze assumpties hebben met name opnieuw betrekking op (a.1.) de opdracht die overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen toekomt aan een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht en op (a.2.) het concrete middel dat deze investeringsbescherming biedt om deze opdracht te vervullen.

a.1. Opdracht

In de eerste plaats neemt de 'imitatievoordeel'-benadering, net als de 'balans'-benadering, aan dat een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, de volgende opdracht heeft: in gevallen waar de toepassingen van het 'resultaat' van inspanningen van een persoon, zich niet beperken tot die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, deze persoon een passende bescherming verlenen rond zijn natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid en uiteindelijk de gedragingen van mensen zo coördineren deze conform zijn aan deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen. Bij dergelijk gevallen waarin de toepassingen van het 'resultaat' van inspanningen van een persoon, zich niet beperken tot die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, is dan bijvoorbeeld opnieuw te denken aan het geval waarin het door de producent

ontwikkelde werkingsprincipe om motoren beter te laten presteren, niet alleen in staat is om de prestaties te verbeteren van die motoren die deze producent zelf bouwt.

Bij de zonet vermelde aanname rond de opdracht een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, gaat de ‘imitatieoordeel’-benadering, in tegenstelling tot de ‘balans’-benadering, uit van de veronderstelling dat regelgeving, specifiek met het oog op het verlenen van een passende bescherming rond het natuurlijk recht van een persoon op de vruchten van de eigen arbeid, in beginsel, enkel het volgende moet kunnen verzekeren overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen: dat deze persoon in zijn mogelijkheden om de ‘vruchten’ te plukken van zijn inspanningen zich niet geconfronteerd ziet met handelingen van andere personen die zich, zonder zijn toestemming, zijn inspanningen toe-eigenen, anders gezegd, met handelingen van andere personen die zijn inspanningen ‘stelen’.

Deze misschien wat minimalistische opvatting rond datgene wat een investeringsbescherming in beginsel moet kunnen verzekeren, met het oog op een passende bescherming van het natuurlijk recht van een persoon op de vruchten van de eigen arbeid, baseert de ‘imitatieoordeel’-benadering daarbij in de eerste plaats op het volgende argument: de analyse dat deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, in principe, gedragingen beoordelen als ‘goed’ of ‘slecht’ in het licht van hun *conformiteit* met het naleven van ‘plichten’, onder meer het respecteren van natuurlijk rechten, maar *niet* in het licht van hun concrete gevolgen⁷⁸¹. Volgens de ‘imitatieoordeel’-benadering houdt dit dan ook in dat deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen niet verlangen van een investeringsbescherming dat deze een persoon zou beschermen tegen de gevolgen van elke mogelijke handeling die maakt dat deze persoon niet daadwerkelijk alle vruchten van zijn inspanningen kan plukken. Volgens de ‘imitatieoordeel’-benadering vragen deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen veeleer dat een investeringsbescherming optreedt tegen gedragingen die, ongeacht hun gevolgen, ‘slecht’ *zijn* omdat ze naar hun aard, gemeten in het licht van deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, verzaken aan een ‘plicht’, in het bijzonder dan, aan de plicht tot het respecteren van het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid dat een andere persoon toekomt. Van een investeringsbescherming verwachten deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, volgens de ‘imitatieoordeel’-benadering, dan met name concreet dat deze optreedt tegen handelingen waarbij personen zich, zonder de toestemming van de betrokken andere persoon, de inspanningen toe-eigenen van deze andere persoon, om vervolgens zelf de vruchten te plukken van de inspanningen van deze andere persoon. Deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen vragen daarbij dan met name een optreden tegen deze handelingen omdat zij verzaken aan plichten in de lijn van ‘gij zult niet stelen’ en ‘gij zult niet oogsten waar gij niet gezaaid hebt’⁷⁸².

Haar misschien wat minimalistische opvatting rond datgene wat een investeringsbescherming in beginsel moet kunnen verzekeren, met het oog op een passende bescherming van het natuurlijk recht van een persoon op de vruchten van de eigen arbeid, baseert de ‘imitatieoordeel’-benadering in de tweede plaats ook op de volgende overweging: deze investeringsbescherming moet veelal tussenkomen in situaties waar meerdere personen ‘concurrerende’ natuurlijke rechten hebben⁷⁸³. Er is met name rekening mee te houden dat de handeling waartegen

⁷⁸¹ Zie in dit verband bijvoorbeeld BUNNIN en YU, die ‘deontological ethics’ omschrijven als: “...any system which does not appeal to the consequences of our actions, but which appeal to conformity with certain rules of duty” N. BUNNIN en J. YU, *The Blackwell Dictionary of Western Philosophy*, Malden (Mass.), Blackwell Publishing, 2004, p.172; Zie ook: H. WILLEMSSEN, *Woordenboek filosofie*, Assen/Maastricht, Van Gorcum, 1992, p. 132.

⁷⁸² Met betrekking tot het gegeven, dat het aanvaarden van een ‘natuurlijk recht’ van producenten ten aanzien van de incorporaties van hun persoonlijkheid en de arbeid van hun persoon, ook een plicht impliceert voor alle andere individuen om dit ‘natuurlijk recht’ te respecteren en met name een gebod om ‘niet te stelen’ inhoudt, zie bijvoorbeeld: WALDRON, die schrijft: “If we think of an author as having a natural right to profit from his work, then we will think of the copier as some sort of thief;” J. WALDRON, “From authors to copiers: individual rights and social values in intellectual property”, *Chicago Kent Law Review* 1992-1993, p. 842 en H.-P. GÖTTING, “Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9)” in K-H FEZER, *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Verlag C.H. Beck München 2005, (Band 1) p. 755-756.

⁷⁸³ Zie in dit verband bijvoorbeeld: W. SCHÜNEMANN, “Kapitel 1. Allgemeine Bestimmungen” in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p.480-481 (die in dit verband, in de context van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging, uitdrukkelijk stelt: “Nur das Konzept der Wettbewerbsfreiheit erscheint deshalb als das natürliche ökonomische Äquivalent einer freiheitlich verfassten Gesellschaft. Wettbewerb in Wirtschaftlicher Selbstbestimmung wird so zur konkurrierenden Grundrechtsausübung der privaten Marktteilnehmer.”); W.

een investeringsbescherming optreedt met het oog op het beschermen van het natuurlijk recht van een persoon op de vruchten van de eigen arbeid, bijvoorbeeld een kopiëren, kan kaderen in de uitoefening die een andere persoon maakt van zijn natuurlijk recht⁷⁸⁴.

Vanuit de zonet beschreven minimalistische veronderstelling rond wat regelgeving in beginsel moet kunnen verzekeren met het oog op een passende bescherming rond het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid, komt de ‘imitatievoordeel’-benadering dan echter evengoed tot het besluit dat een dergelijke passende bescherming een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht vraagt in gevallen waar de toepassingen van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon, zich niet beperken tot die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde. Zakenrechtelijke exclusieve rechten kunnen de betrokken persoon in dergelijke gevallen immers, in het bijzonder, geen controle geven over handelingen die andere personen stellen op grond van zintuiglijk waarneembare manifestaties waarover hij zelf geen zakenrechtelijke exclusieve rechten heeft maar waarbij deze andere personen zich niettemin, zonder zijn toestemming, zijn inspanningen toe-eigenen. Eigen aan zakenrechtelijk rechten is zoals aangegeven immers dat zij een persoon enkel een exclusieve bevoegdheid kunnen verlenen over handelingen ten aanzien van de unieke, zintuiglijk waarneembare manifestatie, waarop het betrokken zakenrechtelijke exclusieve recht slaat.

GORDON, “A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property”, *The Yale Law Journal* 1993, p. 1535.

⁷⁸⁴ Zie bijvoorbeeld: J. GLÖKNER, *Europäisches Lauterkeitsrecht*, München, C.H. BECK, 2006, p. 594 (“*Die Nachahmungsfreiheit wird auf die Handels- oder Gewerbefreiheit (jetzt Wirtschaftsfreiheit) bzw. die allgemeine Handlungsfreiheit zurückgeführt.*”); F. GOTZEN, “De Norm van de Eerlijke Gebruiken en de Intellectuele Rechten” in P. WYTINCK en J. STUYCK, *De nieuwe wet handelspraktijken: wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, Brussel, Story-Scientia 1992, p. 262 (“*Deze economische vrijheid brengt immers mee dat verschillende burgers een zelfde activiteit kunnen uitoefenen en zich met concurrerende aanbiedingen op de markt mogen begeven. Het minimum aan persoonlijke inspanning dat de mededingers moeten opbrengen om rechtmatig aan deze concurrentie deel te nemen is uiterst laag. Een louter materieel eigen optreden volstaat, zelfs wanneer men de concurrentie daarbij nabootst. M.a.w. de vrije mededinging impliceert ook de vrijheid van kopie.*”).

a.2. Middel

In de tweede plaats blijkt de ‘imitatievoordeel’-benadering dan aan te nemen dat de investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, het volgende concrete *middel* biedt om de zonet vermelde opdracht te vervullen van het verlenen van een passende bescherming rond het natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid en een coördinatie van gedragingen conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, in gevallen waar de toepassingen van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon, zich niet beperken tot die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde: de betrokken personen een bevoegdheid geven om bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties die hun geschiktheid tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan de toepassing van zijn inspanningen, zijn resultaat van inspanningen. Het achterliggende idee rond de werking van dit *middel* is dan met name dat de specifieke handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties die hun geschiktheid tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan de toepassing van zijn inspanningen, zijn resultaat van inspanningen, een goed aanknopingspunt vormen om concrete gevallen te traceren van het zich toe-eigenen van zijn resultaat van inspanningen waarrond een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht te overwegen is met het oog op een passende bescherming van het natuurlijk recht van mensen op de ‘vruchten’ van de eigen arbeid en een uiteindelijke coördinatie van gedragingen conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen.

b. Richtlijn rond het na te streven conceptuele resultaat

Op grond van de zonet aangehaalde assumpties komt de ‘imitatievoordeel’-benadering dan tot de analyse dat een aangewezen inzet van het *middel* van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, conceptueel gezien, het volgende resultaat moet nastreven: personen een bevoegdheid geven om zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden ten aanzien van een groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties die hun geschiktheid om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, danken aan de toepassing van zijn ‘resultaat’ van inspanningen, in de mate dat deze bevoegdheid nodig is om te verzekeren dat deze personen niet geconfronteerd worden met het ‘stelen’ van hun inspanningen, meer bepaald, met handelingen van andere personen die zich, zonder zijn toestemming, zijn resultaat van inspanningen toe-eigenen en de daaraan te danken geschiktheid om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen.

Voor deze richtlijn rond het resultaat dat een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, conceptueel gezien, moet nastreven conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, baseert de ‘imitatievoordeel’-benadering zich dan met name in de eerste plaats op de volgende analyse: met het oog op conformiteit met deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen is het aangewezen om de investeringsbescherming door het intellectuele eigendomsrecht zich in eerste instantie inderdaad te laten focussen op het vermijden dat personen geconfronteerd worden met het ‘stelen’ van hun inspanningen. Het ‘stelen’ van inspanningen verwijst daarbij dus met name naar het zich, zonder de toestemming van de persoon die deze inspanningen leverde, toe-eigenen van deze inspanningen. De investeringsbescherming van het intellectuele eigendomsrecht, in eerste instantie laten focussen, op het verhinderen van het ‘stelen’ van inspanningen, is, volgens de ‘imitatievoordeel’-voordeel benadering, immers de beste aanzet om dit ingrijpen niet alleen een passende bescherming te laten verlenen rond het natuurlijk recht van mensen op de ‘vrucht’ van de eigen arbeid maar uiteindelijk ook een coördinatie van gedragingen te laten teweegbrengen die maakt dat mensen hun ‘plichten’ naleven en dat de ‘natuurlijke rechten’ van personen gerespecteerd worden. Volgens de ‘imitatievoordeel’-benadering is er immers, in beginsel, steeds een duidelijke rechtvaardiging, op grond van deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, om op te treden tegen handelingen waarbij een persoon de inspanningen ‘steelt’ van een andere persoon, in de zin van het zich, zonder de toestemming van deze andere persoon, toe-eigenen van deze inspanningen om er zo ook de vruchten van te plukken. Dergelijke handelingen verzaken immers, zoals aangegeven, aan plichten in de lijn van ‘gij zult niet stelen’ en ‘gij zult niet oogsten waar gij niet gezaaid hebt’. Indien de investeringsbescherming van het intellectuele eigendomsrecht, met het oog op het beschermen van het natuurlijk recht van een persoon op de vruchten van de eigen arbeid, meer doet dan het ‘stelen’ van zijn inspanningen verhinderen, dan doet zich volgens de ‘imitatievoordeel’-benadering ook sneller het volgende risico

voor: dat het ingrijpen van de investeringsbescherming van het intellectuele eigendomsrecht, waar dit andere personen bepaalde handelingen zou verbieden met het oog op de bescherming van het natuurlijk recht van de betrokken persoon op de vruchten van de eigen arbeid, zelf zou verzaken aan zijn plicht om de natuurlijke rechten van deze andere personen te respecteren. De kans wordt dan immers veel groter dat de handelingen van de betrokken, andere personen kaderen in de uitoefening van hun natuurlijk rechten⁷⁸⁵. In dit verband is dan bijvoorbeeld te denken aan de vrijheid van mededinging van andere personen die niet zelden vastgeknoopt wordt aan een fundamentele handelingsvrijheid van mensen⁷⁸⁶.

In de tweede plaats laat de ‘imitatieoordeel’-benadering zich dan ook leiden door de volgende analyse bij haar zonet vermelde richtlijn rond het, conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, na te streven, conceptuele resultaat aan de hand van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht: het komt er, in beginsel, op aan om het intellectuele eigendomsrecht enkel te laten ingrijpen in de mate dat dit daadwerkelijk nodig is om, in gevallen waar de toepassingen van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, het ‘stelen’ van zijn inspanningen te verhinderen.

Om te bepalen of een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht daadwerkelijk nodig is om, in gevallen waar de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, het ‘stelen’ van zijn inspanningen te verhinderen neemt de ‘imitatieoordeel’-benadering dan met name aan dat dit verhinderen van het ‘stelen’ van zijn inspanningen met het oog op een passende bescherming van zijn natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid, het volgende moet kunnen verzekeren: dat andere personen niet in staat zijn om zich, *zonder* zijn toestemming, zijn inspanningen en de daaraan te danken geschiktheid tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen toe te eigenen. De concrete vraag dan of, in gevallen waar de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, daadwerkelijk nog een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht aan de orde is met het oog op het verhinderen van het ‘stelen’ van zijn inspanningen, laat zich daarbij volgens de ‘imitatieoordeel’-benadering dan enkel beantwoorden in het licht van het volgende: de concrete kenmerken en context van zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties die hun geschiktheid tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan de toepassing van de inspanningen van deze persoon. In essentie, is een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht volgens de ‘imitatieoordeel’-benadering, dan met name aan de orde indien concrete zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties die hun geschiktheid tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan de toepassing van de inspanningen van de betrokken persoon, zonder een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, aanleiding zouden geven tot een genot van deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat niet te beschouwen is als gedekt door de toestemming van deze persoon⁷⁸⁷.

Daarnaast neemt de ‘imitatieoordeel’-benadering ook aan dat een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht enkel daadwerkelijk nodig is om, in gevallen waar de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van

⁷⁸⁵ In de zin dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen ook rekening moet houden met de natuurlijke rechten van personen die beschermde incorporaties van inspanningen wensen te gebruiken, zie bijvoorbeeld: L. ZEMER, “The Making of a New Copyright Lockean”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 2005-2006, p. 918; W. SCHÜNEMANN, “Kapitel 1. Allgemeine Bestimmungen” in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p.480-481; nr 44; J. WALDRON, “From authors to copiers: individual rights and social values in intellectual property”, *Chicago Kent Law Review* 1992-1993, p.842; T. PALMER, “Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects.”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 1990, p. 817 e.v..

⁷⁸⁶ In die zin bijvoorbeeld: J. GLÖKNER, *Europäisches Lauterkeitsrecht*, München, C.H. BECK, 2006, p.594 (“Die Nachahmungsfreiheit wird auf die Handels- oder Gewerbefreiheit (jetzt Wirtschaftsfreiheit) bzw. die allgemeine Handlungsfreiheit zurückgeführt.”).

⁷⁸⁷ Vergelijk op dit punt, uitgebreid met betrekking tot de rol van toestemming in het licht van deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, bijvoorbeeld: D. JOHNSTON, “A History of Consent in Western Thought” in F. MILLER en A. WERTHEIMER (eds.) *The Ethics of Consent : Theory and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 25-54.

een persoon, niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, het ‘stelen’ van zijn inspanningen te verhinderen indien het ‘stelen’ van zijn inspanningen zich niet reeds laat vermijden door een beperkter ingrijpen, met name een ingrijpen dat minder omvattende bevoegdheden toekent. Ook hier speelt dan met name opnieuw de observatie dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht zich al snel minder gemakkelijk laat verantwoorden in het licht van deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, in het bijzonder in situaties waarin meerdere personen concurrerende grondrechten kunnen laten gelden, naarmate dit ingrijpen niet daadwerkelijk nodig is voor het verhinderen van het ‘stelen’ van inspanningen met het oog op het verlenen van bescherming rond het natuurlijk recht op de ‘vruchten’ van de eigen arbeid. Vanuit die optiek neemt de ‘imitatievoordeel’-benadering ook hier aan dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht dat bevoegdheden verleent die zich steeds potentieel uitstrekken tot meerdere unieke zintuiglijk waarneembare manifestatie, slechts in te zetten is met het oog op het verhinderen van het ‘stelen’ van inspanningen indien daartoe inderdaad een aanvulling nodig is van het systeem van zakenrechtelijke exclusieve rechten die enkel een bevoegdheid verlenen over één unieke zintuiglijk waarneembare manifestatie.

Ten slotte neemt de ‘imitatievoordeel’-benadering aan dat ook deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, vragen om rekening te houden met een principe van ‘basiscausaliteit’ om te beoordelen of een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht daadwerkelijk nodig is om, in gevallen waar de positieve effecten van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon, niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, het ‘stelen’ van zijn inspanningen te verhinderen. Bij dit principe van ‘basiscausaliteit’ gaat het er in dit geval dan om met name om dat de concrete gevallen waarin een persoon zich kan beroepen op de investeringsbescherming door het intellectuele eigendomsrecht, gelijke tred moeten houden met de concrete gevallen waarin de inspanningen van deze persoon ook daadwerkelijk aan de basis liggen of kunnen liggen van iets wat te beschouwen is als de ‘vrucht’ van zijn arbeid en dat rond deze concrete gevallen dan telkens de vraag te beantwoorden is of een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht daadwerkelijk nodig is om het ‘stelen’ van zijn inspanningen te verhinderen met het oog op het verlenen van een passende bescherming rond zijn natuurlijk recht op de ‘vruchten’ van de eigen arbeid. Dit principe van ‘basiscausaliteit’ acht de ‘imitatievoordeel’-benadering daarbij met name belangrijk vanuit de analyse dat het daadwerkelijke voorliggen van de ‘vrucht’ van zijn arbeid een niet onbelangrijk element is voor de legitimiteit overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht met het oog op het verlenen van een bescherming rond zijn natuurlijk recht op de ‘vrucht’ van de eigen arbeid.

In de derde plaats, ten slotte, acht de ‘imitatievoordeel’-benadering dan echter ook het volgende belangrijk bij haar hierboven vermelde, richtlijn rond het, conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, na te streven conceptuele resultaat aan de hand van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht: dat er rekening mee te houden is dat een uiteindelijke coördinatie van gedragingen conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, met name een coördinatie van gedragingen die maakt dat mensen hun ‘plichten’ naleven en dat de ‘natuurlijke rechten’ van personen gerespecteerd worden, in het licht van concrete gevallen kan vragen om een bijsturing van de initiële afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht die specifiek gericht is op, met een zo beperkt mogelijke ingrijpen, het ‘stelen’ van inspanningen te verhinderen. In zoverre een focus op het verhinderen van het ‘stelen’ van inspanningen volgens de ‘imitatievoordeel’-benadering, zoals aangegeven, in beginsel de beste aanzet vormt om het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht niet alleen een passende bescherming te laten verlenen rond het natuurlijk recht op de ‘vruchten’ van de eigen arbeid maar ook een coördinatie van gedragingen teweeg te brengen conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, is het volgens deze ‘imitatievoordeel’-benadering dan echter aangewezen om de focus van dit ingrijpen pas bij te sturen als er ook daadwerkelijke indicaties zijn dat een bepaalde bijsturing nodig is om er, in het concrete geval, over te waken dat mensen hun ‘plichten’ naleven en dat de ‘natuurlijke rechten’ van personen gerespecteerd worden.

We kunnen dus besluiten dat de hierboven vermelde richtlijn die de ‘imitatievoordeel’-benadering verdedigt rond het resultaat dat een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, conceptueel gezien, moet nastreven conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, in wezen blijkt geeft van de volgende aanpak: dit ingrijpen initieel zo precies mogelijk afstellen om steeds, zij het met een zo beperkt mogelijk ingrijpen, tussen te komen waar dit daadwerkelijk nodig is om het ‘stelen’ van inspanningen te vermijden, zonder daarbij evenwel de mogelijkheid uit te sluiten om eventueel af te wijken van deze afstelling in zoverre er duidelijk

indicaties zijn dat een dergelijk afwijking nodig is om daadwerkelijk te bereiken dat mensen hun ‘plichten’ naleven en dat de ‘natuurlijke rechten’ van personen gerespecteerd worden.

c. Uitwerking van de concrete richtlijn rond het na te streven resultaat

Vervolgens werkt de ‘imitatievoordeel’-benadering dan ook hier een richtlijn uit rond het concrete resultaat dat, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, na te streven is aan de hand van het *middel* van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, in termen van bepaalde personen een bevoegdheid verlenen om in het licht van bepaalde feitelijke omstandigheden bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden. Voor deze richtlijn vertrekt de ‘imitatievoordeel’-benadering dan met name van haar zonet vermelde analyse dat een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, in wezen, het volgende resultaat moet nastreven conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen: personen een bevoegdheid geven om zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden ten aanzien van een groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties die hun geschiktheid om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, danken aan de toepassing van zijn ‘resultaat’ van inspanningen, in de mate dat deze bevoegdheid nodig is om te verzekeren dat deze personen niet geconfronteerd worden met het ‘stelen’ van hun inspanningen, meer bepaald, met handelingen van andere personen die zich, zonder zijn toestemming, zijn resultaat van inspanningen toe-eigenen en de daaraan te danken geschiktheid om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen. Om deze analyse uit te werken in een richtlijn rond het concrete resultaat dat overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen na te streven is door middel van het intellectuele eigendomsrecht gaat de ‘imitatievoordeel’-benadering dan in wezen als volgt te werk: ze ontwikkelt meer concrete criteria om de zintuiglijk waarneembare handeling te traceren waarrond, volgens deze analyse, daadwerkelijk een ingrijpen nodig is door het intellectuele eigendomsrecht (c.1. en c.2.) en gebruikt deze criteria dan vervolgens als basis voor een richtlijn rond het concrete resultaat dat overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen na te streven is door middel van het intellectuele eigendomsrecht (c.3.).

c.1. Het traceren van handelingen die een toepassing inhouden van het resultaat van inspanningen van een andere persoon

Met het oog op een richtlijn rond het concrete resultaat dat, conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, na te streven is via een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, legt de ‘imitatievoordeel’-benadering, in de eerste plaats, een concreet criterium vast om, in het licht van gevallen waar de toepassingen van het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, het volgende na te gaan: of een zintuiglijk waarneembare handeling van andere personen ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie inderdaad een toepassing inhoudt van de inspanningen, het ‘resultaat’ van inspanningen, van de betrokken persoon.

Om te beoordelen of, in het licht van gevallen waar de toepassingen van de inspanningen van een eerste persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, een zintuiglijk waarneembare handeling van een ander persoon ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie inderdaad een toepassing inhoudt van deze inspanningen, richt de ‘imitatievoordeel’-benadering zich dan met name naar het voldaan zijn van het volgende criterium: of deze handeling van een andere persoon daarbij steunt op een overname van de kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie dankt aan zijn vervaardiging door de betrokken eerste persoon, om deze andere persoon op die manier vervolgens toe te laten om, via ‘inadequate’ inspanningen dezelfde bewustzijnsfenomenen te realiseren op grond van gelijkaardige kenmerken⁷⁸⁸. Hierbij is dan met name opnieuw sprake van ‘inadequate’ inspanningen indien de

⁷⁸⁸ Hierbij is op te merken dat de kwalificatie van de inspanningen als ‘adequaat’ of ‘inadequaat’, zoals wij deze termen verstaan, niet bepaald is door de kwantiteit van de inspanningen maar enkel door de capaciteit van deze inspanningen om een bepaald resultaat op te leveren. Zo kan een persoon bijvoorbeeld, in termen van de geïnvesteerde tijd en moeite, kwantitatief meer inspanningen leveren in mislukte pogingen om een klomp te maken, als het een ervaren klompenmaker vraagt om een klomp te maken. De onhandigheid van de betrokken persoon maakt echter dat zijn concrete inspanningen niettemin ‘inadequaat’ zijn om een klomp te maken.

inspanningen om uiteindelijk tot de aanwending te komen van deze gelijkaardige kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, op zich genomen en zonder de mogelijkheid om kenmerken over te nemen die de bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie dankt aan het resultaat van inspanningen van de betrokken eerste persoon, niet zouden volstaan om tot een aanwending te komen van zintuiglijk waarneembare kenmerken met die capaciteit om het genot van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te verschaffen.

De geldigheid van het zonet beschreven criterium baseert de ‘imitatieoordeel’-benadering dan met name op de analyse dat, in de zonet beschreven constellatie van omstandigheden waarnaar dit criterium peilt, het gegeven dat handelingen van andere personen toelaten om, met ‘inadequate’ inspanningen daartoe, niettemin tot de betrokken capaciteit te komen tot het teweegbrengen van dezelfde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, betrouwbaar het volgende impliceert: dat deze andere personen blijkbaar een toepassing maakten van de eerdere inspanningen die de betrokken eerste persoon leverde om een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie te voorzien van bepaalde kenmerken en de daaruit volgende capaciteit tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, om vervolgens op hun beurt tot een aanwending te komen van gelijkende kenmerken met de betrokken capaciteit tot het teweegbrengen van dezelfde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen. In dit verband kunnen we dan zoals aangegeven bijvoorbeeld opnieuw denken aan een persoon die met behulp van een cd-writer een kopie maakt van een cd-rom die de meetresultaten bevat van een onderzoek waarbij een onderzoeker aan de hand van algemeen gekende proefopstelling noteerde welke inkrimping en uitzetting duizend metaallegeringen kennen bij elk interval van één graad Celsius tussen min en plus vijftig graden Celsius. Zonder de mogelijkheid om deze bestaande cd-rom met meetresultaten te gebruiken, zouden de concrete inspanningen om cd's in de cd-writer te stoppen en de stappen te doorlopen van het kopieerprogramma, niet volstaan om tot een cd-rom te komen die in staat is data te verschaffen rond de inkrimping en uitzetting van duizend metaallegeringen bij elk interval van één graad Celsius tussen min en plus vijftig graden Celsius.

Omgekeerd houdt het zonet beschreven criterium volgens de ‘imitatieoordeel’-benadering dan ook in dat een andere persoon geen toepassing maakt van de eerdere inspanningen die een eerste persoon leverde om een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie bepaalde kenmerken te geven en de daaraan gekoppelde capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen indien deze andere persoon op grond van eigen ‘adequate’ inspanningen, tot de aanwending komt van gelijkende kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit tot het teweegbrengen van dezelfde, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen. Eigen ‘adequate’ inspanningen verwijzen hierbij dan met name opnieuw naar inspanningen die ook, op zich genomen en zonder de mogelijkheid om kenmerken over te nemen die een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie dankt aan een eerder resultaat van inspanningen, zouden volstaan om tot een aanwending te komen van zintuiglijk waarneembare kenmerken met de betrokken capaciteit om het genot te verschaffen van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen. In dit verband kunnen we bijvoorbeeld opnieuw denken aan een onderzoeker die weliswaar kennis heeft van de bestaande cd-rom met meetresultaten rond de inkrimping en uitzetting van duizend metaallegeringen maar er niettemin voor opteert dezelfde algemeen gekende proefopstelling uit te voeren rond dezelfde metaallegeringen om zo tot data te komen rond hun inkrimping en uitzetting bij elk interval van één graad Celsius tussen min en plus vijftig graden Celsius. In dit verband acht de ‘imitatieoordeel’-benadering het dan met name ook hier belangrijk om te observeren dat in dit voorbeeld de hogere vaardigheid van deze tweede onderzoeker om de betrokken proefopstelling door te voeren, er zelfs kan voor zorgen dat zijn eigen ‘adequate’ inspanningen daartoe lager liggen dan de inspanningen die de initiële onderzoeker daartoe diende te leveren, zonder dat dit impliceert dat de tweede onderzoeker daarbij een toepassing maakte van de eerdere inspanningen van de initiële onderzoeker. Deze observatie is volgens de ‘imitatieoordeel’-benadering ook terug te vinden in de opvatting dat sprake is van een ‘eerlijke’ of ‘rechtmatige’ mededinging in de zin van het recht inzake oneerlijke mededinging, indien het gaat om een concurreren rond het betere resultaat, dat voortvloeit uit de eigen, zij het soms minimale, inspanningen, waarbij dit concurreren de vrijheid van andere personen onaangetast laat om ditzelfde te doen op grond van hun eigen inspanningen⁷⁸⁹. Dit standpunt is overigens ook terug te vinden in de omschrijving, die verschillende auteurs geven van wat, vanuit morele overwegingen, een

⁷⁸⁹ Vergelijk: F. GOTZEN, “De Norm van de Eerlijke Gebruiken en de Intellectuele Rechten” in P. WYTINCK en J. STUYCK, *De nieuwe wet handelspraktijken: wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, Brussel, Story-Scientia 1992, p. 261 e.v..

‘eerlijke’ of ‘rechtmatige’ mededinging uitmaakt in de zin van het recht inzake oneerlijke mededinging. Volgens deze auteurs is in dit verband met name sprake van een ‘eerlijke’ of ‘rechtmatige’ mededinging indien het gaat om een concurreren rond het betere resultaat, dat voortvloeit uit de eigen, zij het soms minimale, inspanningen, waarbij dit concurreren de vrijheid van andere personen onaangetast laat om ditzelfde te doen op grond van hun eigen inspanningen⁷⁹⁰.

c.2. Het traceren van handelingen waarrond een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht nodig is met het oog op het verhinderen van het ‘stelen’ van inspanningen

Met het oog op een richtlijn rond het concrete resultaat dat, conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, na te streven is door een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, legt de ‘imitatieoordeel’-benadering dan, in de tweede plaats, een concreet criterium vast om na te gaan of, in gevallen waar de toepassingen van de inspanningen van een persoon, niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, het volgende geldt rond een concrete zintuiglijk waarneembare handeling die een toepassing inhoudt van deze inspanningen: ten aanzien van deze concrete zintuiglijk waarneembare handeling is, met het oog op het ‘stelen’ van inspanningen verhinderen aan de hand van het toekennen van bevoegdheden aan individuen, daadwerkelijk een ingrijpen aan de orde van het intellectuele eigendomsrecht.

Om te beoordelen of, in gevallen waar de toepassingen van de inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, ook daadwerkelijk een ingrijpen nodig is van het intellectuele eigendomsrecht, ten aanzien van een concrete zintuiglijk waarneembare handeling die een toepassing inhoudt van deze inspanningen, richt de ‘imitatieoordeel’-benadering zich dan met name naar het voldaan zijn van het volgende criterium: laat deze handeling al dan niet een genot toe van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door de inspanningen van deze persoon, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van zijn inspanningen, die deze persoon, met zijn toestemming, in het verkeer bracht, zoals deze persoon deze in het verkeer bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken.

Om tot het zonet vermelde criterium te komen rond de daadwerkelijk nood aan een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, baseert de ‘imitatieoordeel’-benadering zich dan met name in de eerste plaats op haar analyse rond het volgende punt: wat het verhinderen van het ‘stelen’ van inspanningen met het oog op een passende bescherming van het natuurlijk recht van mensen op de ‘vruchten’ van de eigen arbeid, vraagt in gevallen waar de toepassingen van de inspanningen van een persoon, niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde. In dit verband neemt de ‘imitatieoordeel’-benadering dan met name aan dat een dergelijk verhinderen van het ‘stelen’ van inspanningen in deze gevallen, vraagt om het volgende te verzekeren: dat andere personen niet in staat zijn om zich de inspanningen van de betrokken persoon en de daaraan te danken geschiktheid tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen toe te eigenen, *zonder* zijn toestemming. Dit houdt volgens de ‘imitatieoordeel’-benadering daarbij dan ook in dat er, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, geen daadwerkelijke nood is aan een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht tegen handelingen van andere personen die een aanwending inhouden van de inspanningen van de betrokken persoon en de daaraan te danken geschiktheid tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, waarmee de betrokken persoon, in wezen, toestemde⁷⁹¹. Als initieel punt van houvast om in dit verband dan zo objectief mogelijk de reikwijdte te

⁷⁹⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld KÖHLER die “Sinn und Zweck des Wirtschaftlichen Wettbewerbs” omschrijft als “...den Mitbewerber durch die bessere Leistung zu überflügeln..” H. KÖHLER, “1. Abschnitt. Wettbewerb und Wettbewerbskonzeptionen” in H. KÖHLER en J. BORNKAMM, *Wettbewerbsrecht. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz*, München, Beck, 2007, p.22; Zie in dit verband ook: W. SCHÜNEMANN, “Kapitel 1. Allgemeine Bestimmungen” in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p. 479 e.v..

⁷⁹¹ Vergelijk op dit punt, uitgebreid met betrekking tot de rol van toestemming in het licht van deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, bijvoorbeeld: D. JOHNSTON, “A History of Consent in Western Thought” in F.

bepalen van de toestemming die een persoon geeft aan andere personen rond toepassingen van zijn inspanningen en de daaraan te danken geschiktheid tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, in gevallen waar de toepassingen van de inspanningen van een persoon, niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, richt de ‘imitatieoordeel’-benadering zich dan naar het volgende: de ruimtelijke en temporele limieten van het genot van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door zijn inspanningen, via het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van zijn inspanningen, die deze persoon, met zijn *toestemming*, ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze persoon deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken. De redenering hierbij vertrekt dan met name opnieuw van de assumptie dat, op het ogenblik dat de betrokken persoon toestemt in de initiële afgifte van een incorporatie van zijn inspanningen, de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken die de betrokken incorporatie dankt aan zijn inspanningen, hem ook toelaten om zich een beeld te vormen van de ruimtelijke en temporele limieten van het genot dat enkel het gebruik van deze specifieke incorporatie, met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken, toelaat van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan zijn inspanningen. Indien de betrokken persoon de initiële afgifte van zijn feitelijke macht over een specifieke incorporatie van zijn inspanningen, afhankelijk kan maken van zijn toestemming en inderdaad zonder meer toestemt in de definitieve afgifte van deze feitelijke macht aan een andere persoon, dan is volgens de ‘imitatieoordeel’-benadering dus ook principieel uit te gaan van het volgende: dat de betrokken persoon toestemt met elke toepassing die deze andere persoon, via het gebruik van de afgegeven incorporatie, maakt van zijn inspanningen om tot een genot te komen van de aan zijn inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat geen overschrijding inhoudt van de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel de specifieke, vrijwillig afgegeven incorporatie van zijn inspanningen, zoals afgegeven, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken.

In de tweede plaats laat de ‘imitatieoordeel’-benadering zich bij haar vaststelling van het zonet vermelde criterium rond de daadwerkelijk nood aan een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht dan leiden door haar analyse rond de mate waarin, ook in gevallen waar de toepassingen van de inspanningen van een persoon niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, het verhinderen van het ‘stelen’ van inspanningen zich reeds laat bereiken indien enkel het volgende gegeven is: de betrokken persoon kan de initiële afgifte van zijn feitelijke macht over een specifieke door hem vervaardigde incorporatie van zijn inspanningen, afhankelijk maken van zijn toestemming en het eventuele betalen van een prijs hierrond in het kader van een vrijwillige ruiltransactie. Bij deze analyse onderzoekt de ‘imitatieoordeel’-benadering dus in wezen de mogelijkheden om in dergelijke gevallen via een zo beperkt mogelijk ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht een passende bescherming te verlenen rond het natuurlijk recht op de ‘vruchten’ van de eigen arbeid.

Eenzijds, komt de ‘imitatieoordeel’-benadering dan tot de analyse dat, ook in gevallen waar de toepassingen van de inspanningen van een persoon A niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon A zelf vervaardigde, het volgende geldt vanuit de optiek van het verhinderen van het ‘stelen’ van inspanningen, indien deze persoon A de initiële afgifte van zijn feitelijke macht over een specifieke door hem vervaardigde incorporatie van zijn inspanningen inderdaad afhankelijk kan maken van zijn toestemming én ook zonder meer toestemt in de definitieve afgifte van deze feitelijke macht: het genot van door het resultaat van inspanningen van deze persoon A mogelijk gemaakte, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, dat *in concreto* plaatsvindt op grond van de afgegeven, specifieke incorporatie ervan en dat *binnen* de ruimtelijke en temporele limieten blijft van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen op grond van de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken waarmee deze persoon de specifieke incorporatie vrijwillig afgaf, is in beginsel te beschouwen als gedekt door de toestemming van deze persoon A. De achterliggende redenering hierbij is dan met name, in essentie, dat het zonet gepreciseerde genot in te calculeren was door persoon A bij het geven van zijn toestemming rond de initiële afgifte van de feitelijke macht over de betrokken, specifieke incorporatie,

met name op grond van de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken die de betrokken incorporatie op dat ogenblik dankte aan zijn inspanningen. Het gaat er daarbij dan in wezen om dat een persoon, op het ogenblik dat hij bijvoorbeeld toestemt in de afgifte van zijn feitelijke macht over een digitaal bestand dat toelaat om zijn lied vijf maal te beluisteren, zich ook een beeld kan vormen van de ruimtelijke en temporele limieten van het genot van het beluisteren van dit lied dat mogelijk is door enkel gebruik te maken van dit ongewijzigde, digitale bestand.

Anderzijds, komt de ‘imitatievoordeel’-benadering dan tot de analyse dat, in gevallen waar de toepassingen van de inspanningen van een persoon A niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon A zelf vervaardigde, het volgende geldt vanuit de optiek van het verhinderen van het ‘stelen’ van inspanningen, indien deze persoon A de initiële afgifte van zijn feitelijke macht over een specifieke door hem vervaardigde incorporatie van zijn inspanningen inderdaad afhankelijk kan maken van zijn toestemming én ook zonder meer toestemt in de definitieve afgifte van deze feitelijke macht: het genot van door het resultaat van inspanningen van deze persoon A mogelijk gemaakte, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, dat de ruimtelijke en temporele limieten *overschrijdt* van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen op grond van het gebruik van enkel die specifieke, door deze persoon vervaardigde en ongewijzigde incorporaties van zijn resultaat van inspanningen die hij vrijwillig afgaf, is in beginsel te beschouwen als een ‘stelen’ van de inspanningen van persoon A dat *niet* gedekt is door zijn toestemming. De redenering hierbij is dan met name, in essentie, dat het zonet gepreciseerde genot niet in te calculeren was door persoon A, toen hij zijn toestemming gaf rond de initiële afgifte van de feitelijke macht over specifieke, door hem vervaardigde incorporaties van zijn resultaat van inspanningen. Op dat ogenblik kon deze persoon A immers niet incalculeren *hoe* en *in welke mate* alle mogelijke handelingen rond de betrokken, specifieke incorporaties van zijn resultaat van inspanningen, zoals duplicaties of wijzigingen van deze incorporaties, ook aanleiding zouden geven tot een genot van, door het resultaat van zijn inspanningen mogelijk gemaakte, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke, door hem vervaardigde incorporaties van zijn resultaat van inspanningen die hij vrijwillig afgaf. Het gaat er daarbij dan in wezen om dat een persoon, op het ogenblik dat hij bijvoorbeeld toestemt in de afgifte van zijn feitelijke macht over een digitaal bestand dat toelaat om zijn lied vijf maal te beluisteren, zich geen beeld kan vormen van de ruimtelijke en temporele limieten van het genot van het beluisteren van dit lied dat mogelijk is door dit digitale bestand te wijzigen of te dupliceren.

Op grond van haar zonet vermelde analyses komt de ‘imitatievoordeel’-benadering vervolgens dan enerzijds tot de bevinding dat, in gevallen waar de toepassingen van de inspanningen van een persoon A niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, dan ook steeds, met het oog op het ‘stelen’ van inspanningen verhinderen door middel van het toekennen van bevoegdheden aan individuen, daadwerkelijk een ingrijpen aan de orde is van het intellectuele eigendomsrecht tegen concrete zintuiglijk waarneembare handelingen van andere personen B die de inspanningen van persoon A aanwenden om het volgende mogelijk te maken: een *genot* van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door de inspanningen van deze persoon A, dat de ruimtelijke en temporele limieten *overschrijdt* van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van deze inspanningen, dit resultaat van inspanningen, die deze persoon A, met zijn toestemming, ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze persoon A deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken. De verklaring hiervoor volgens de ‘imitatievoordeel’-benadering is dan met name dat rond de zonet gepreciseerde zintuiglijk waarneembare handelingen van personen B immers het volgende geldt: 1.) deze handeling houden in dat deze personen B zich de inspanningen van persoon A en de daaraan te danken geschiktheid tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen toe-eigenen, zonder de toestemming van persoon A, en 2.) deze handelingen kan persoon A niet verhinderen door de inzet van zakenrechtelijke exclusieve rechten over de unieke, door hem vervaardigde incorporaties van zijn inspanningen.

Hierbij is dan op te merken dat de zonet beschreven analyse rond de gevallen waarin een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, volgens de ‘imitatievoordeel’-benadering, daadwerkelijk aan de orde is, toepassing vindt in verschillende situaties. Ten eerste is dan met name te denken aan het geval waar andere personen B die kenmerken van de door persoon A vrijwillig in het verkeer gebrachte incorporatie van zijn inspanningen, die de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen mogelijk maken die te danken zijn aan deze inspanningen van

persoon A, dupliceren in een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie. Deze duplicatie van de betrokken kenmerken laat dan immers steeds een *genot* toe van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door de inspanningen van deze persoon A, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van deze inspanningen, dit resultaat van inspanningen, die deze persoon A, met zijn toestemming, ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze persoon A deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken. Ten tweede is in dit verband dan ook rekening te houden met de situatie waar andere personen B die kenmerken van de door persoon A vrijwillig in het verkeer gebrachte incorporatie van zijn inspanningen, die de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen mogelijk maken die te danken zijn aan deze inspanningen, wijzigen op een manier die een *genot* toelaat van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door de inspanningen van deze persoon A, dat de ruimtelijke en temporele limieten overschrijdt van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van deze inspanningen, dit resultaat van inspanningen, die deze persoon A, met zijn toestemming, ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze persoon A deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken. Ten derde is in deze context, in beginsel, ook te denken aan de situatie waarbij andere personen B gebruik maken van een door persoon A vervaardigde incorporatie van zijn inspanningen, die deze persoon A nog niet vrijwillig in het verkeer bracht. Dit gebruik laat immers eveneens een *genot* toe van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door de inspanningen van deze persoon A, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van deze inspanningen, dit resultaat van inspanningen, die deze persoon A, met zijn toestemming, ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze persoon A deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken.

Op grond van haar zonet vermelde analyses komt de ‘imitatievoordeel’-benadering anderzijds tot de bevinding dat, in gevallen waar de toepassingen van de inspanningen van een persoon A niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, dan ook, met het oog op het ‘stelen’ van inspanningen verhinderen door middel van het toekennen van bevoegdheden aan individuen, geen ingrijpen daadwerkelijk aan de orde is van het intellectuele eigendomsrecht tegen concrete zintuiglijk waarneembare handelingen van andere personen B die de inspanningen van persoon A aanwenden om het volgende mogelijk te maken: een *genot* van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door de inspanningen van deze persoon A, het resultaat van zijn inspanningen, *binnen* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van deze inspanningen, dit resultaat van inspanningen, die deze persoon A, met zijn toestemming, ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze persoon A deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken. De verklaring hiervoor volgens de ‘imitatievoordeel’-benadering is dan met name dat de zonet gepreciseerde zintuiglijk waarneembare handelingen van persoon B een aanwending inhouden van de inspanningen van A en de daaraan gekoppelde mogelijkheid om de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten, waarrond de inzet van zakenrechtelijke exclusieve rechten van persoon A over de unieke, door hem vervaardigde incorporaties van zijn inspanningen, in principe, reeds volstaat om te verhinderen dat langs deze weg sprake zou zijn van een ‘stelen’ van zijn inspanningen. Het feit op zich dat persoon A de initiële afgifte van zijn feitelijke macht over een specifieke door hem vervaardigde incorporatie van zijn inspanningen inderdaad afhankelijk kan maken van zijn toestemming, zorgt volgens de ‘imitatievoordeel’-benadering, zoals aangegeven, immers reeds voor het volgende: dat het genot van de door deze inspanningen mogelijk gemaakte, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, *binnen* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporatie van zijn inspanningen, die persoon A vrijwillig afgaf, zoals persoon A deze afgaf, ook gedekt is de toestemming van persoon A.

Hierbij is dan ten eerste opnieuw op te merken dat de ‘imitatievoordeel’-benadering aanneemt dat haar zonet beschreven analyse rond de gevallen waarin een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, *niet* daadwerkelijk aan de orde is, ook toepassing vindt in het volgende geval: de zintuiglijk waarneembare handelingen die andere personen B stellen ten aanzien van een door persoon A reeds met zijn toestemming in het verkeer gebrachte incorporatie van zijn inspanningen, houden een wijziging in van de zintuiglijk waarneembare kenmerken van deze

incorporatie *zonder* daarbij tot een *genot* toe te laten van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door de inspanningen van deze persoon A, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporatie, met de zintuiglijk waarneembare kenmerken waarmee persoon A deze in het verkeer bracht. Volgens de ‘imitatievoordeel’-benadering is in het zonet omschreven geval dan immers aan te nemen dat deze handeling geen aanleiding geeft tot een aanwending van de inspanningen van persoon A, die persoon A niet reeds kon incalculeren en afhankelijke maken van zijn toestemming rond de initiële afgifte van zijn feitelijke macht over de betrokken incorporatie.

Hierbij is dan ten tweede ook hier op te merken dat de ‘imitatievoordeel’-benadering aanneemt dat haar zonet beschreven analyse rond de gevallen waarin een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, *niet* daadwerkelijk aan de orde is, met name ook toepassing vindt in het volgende geval dat raakt aan de gevallen waarin binnen het intellectuele eigendomsrecht de uitputtingsleer toepassing vindt: de zintuiglijk waarneembare handelingen die andere personen B stellen ten aanzien van een door persoon A reeds met zijn toestemming in het verkeer gebrachte incorporatie van zijn inspanningen, houden een loutere afgifte in van de feitelijke macht over deze specifieke incorporatie aan een persoon C, *zonder* daarbij, door een duplicatie of wijziging van de zintuiglijk waarneembare kenmerken van de betrokken incorporatie, een *genot* toe te laten van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door de inspanningen van deze persoon A, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporatie, met de zintuiglijk waarneembare kenmerken waarmee persoon A deze in het verkeer bracht. Belangrijk in de verklaring hiervoor is volgens de ‘imitatievoordeel’-benadering dan met name het gegeven dat in het zonet omschreven geval, persoon A de betrokken incorporatie van de positieve effecten van zijn inspanningen, op het ogenblik dat hij toestemde in de initiële afgifte van zijn feitelijke macht hierover aan persoon B, blijkbaar zintuiglijk waarneembare kenmerken meegegeven had die toelieten om de feitelijke macht erover af te staan aan persoon C⁷⁹². Volgens de ‘imitatievoordeel’-benadering houdt dit gegeven dan met name in dat, in het zonet omschreven geval, de mogelijkheid van persoon C om, via zijn gebruik van de betrokken, initieel door persoon A afgegeven incorporatie, de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten die mogelijk gemaakt zijn door de inspanningen van persoon A, ook in te calculeren was voor persoon A op het ogenblik dat deze zijn toestemming gaf tot deze initiële afgifte van zijn feitelijke macht over deze incorporatie en in die zin ook te beschouwen is als gedekt door zijn toestemming rond deze afgifte.

Ten derde is, ten slotte, op te merken dat de ‘imitatievoordeel’-benadering aanneemt dat haar zonet beschreven analyse rond de gevallen waarin een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, *niet* daadwerkelijk aan de orde is, ook toepassing vindt in het volgende geval: de zintuiglijk waarneembare handelingen die andere personen B stellen ten aanzien van een door persoon A reeds met zijn toestemming in het verkeer gebrachte incorporatie van zijn inspanningen, overtreden een ‘gebruiksbeperking’ rond de betrokken specifieke incorporatie die hem opgelegd is op grond van zakenrechtelijke exclusieve rechten of het verbintenissenrecht, *zonder* daarbij echter, door een duplicatie of wijziging van de zintuiglijk waarneembare kenmerken van de betrokken incorporatie, een *genot* toe te laten van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door de inspanningen van deze persoon A, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporatie, met de zintuiglijk waarneembare kenmerken waarmee persoon A deze in het verkeer bracht. Hierbij is dan bijvoorbeeld opnieuw te denken aan het geval waarbij persoon B de verplichting niet naleeft om een gehuurde DVD na drie dagen terug te geven aan persoon A maar ook op de vierde dag niet meer doet met deze DVD dan deze eenvoudigweg bekijken. In de zonet gepreciseerde situatie, geldt volgens de ‘imitatievoordeel’-benadering dan met name dat het afdwingen van de naleving van de betrokken ‘gebruiksbeperking’ op grond van de betrokken zakenrechtelijke rechten of het verbintenissenrecht, in principe, reeds volstaat met het oog op het verhinderen van een zich zonder toestemming

⁷⁹² Dit volgt in wezen uit het feit dat de afgifte van de feitelijke macht van persoon B over deze incorporatie aan persoon C, in het zonet omschreven geval plaatsvindt *zonder* daarbij, door een duplicatie of wijziging van de zintuiglijk waarneembare kenmerken van de betrokken incorporatie, een *genot* toe te laten van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door de inspanningen van deze persoon, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporatie, met de zintuiglijk waarneembare kenmerken waarmee persoon A deze in het verkeer bracht.

van persoon A toe-eigenen van zijn inspanningen en is een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht niet daadwerkelijk nodig daartoe. De zonet gepreciseerde situatie is volgens de ‘imitatievoordeel’-benadering, vanuit de optiek van een passende bescherming rond het natuurlijk recht op de ‘vruchten’ van de eigen arbeid, dan immers vergelijkbaar met de situatie waarin er op toe te zien is dat een gehuurde spade op tijd teruggebracht wordt bij de doe-het-zelf zaak.

De ‘imitatievoordeel’-benadering komt dus met andere woorden tot de bevinding dat, in gevallen waar de toepassingen van de inspanningen van een persoon A niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, de volgende taakverdeling aan te houden is met het oog op een passende bescherming van het natuurlijk recht op de ‘vruchten’ van de eigen arbeid door middel van een zo beperkt mogelijk toekennen van bevoegdheden aan individuen:

- 1.) het intellectuele eigendomsrecht is aan de orde om een ingrijpen te voorzien ten aanzien van zintuiglijk waarneembare handelingen van personen B die de inspanningen van persoon A aanwenden om een genot toe te laten van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door deze inspanningen van persoon A, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van deze inspanningen, die persoon A met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals persoon A deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken en
- 2.) het systeem van zakenrechtelijke exclusieve rechten is dan aan de orde om een ingrijpen te voorzien rond zintuiglijk waarneembare handelingen van personen B rond de specifieke, door persoon A vervaardigde incorporaties van zijn inspanningen die *geen* aanleiding geven tot een genot van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door deze inspanningen van persoon A, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke, ongewijzigde incorporaties van deze inspanningen.

Voor het intellectuele eigendomsrecht is het volgens de ‘imitatievoordeel’-benadering, met het oog op het vervullen van zijn zonet omschreven taak in het kader van een passende bescherming van het natuurlijk recht op de ‘vruchten’ van de eigen arbeid door middel van een zo beperkt mogelijk toekennen van bevoegdheden aan individuen in gevallen waar de toepassingen van de inspanningen van een persoon A niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, dan met name aangewezen om persoon A meer concreet een bevoegdheid te geven om zintuiglijk waarneembare handelingen van personen B te verbieden ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties die hun geschiktheid tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan zijn inspanningen, indien deze zintuiglijk waarneembare handelingen:

- 1.) hem hinderen om het ‘in verkeer brengen’ van de door hem vervaardigde specifieke incorporaties van zijn inspanningen, met name dus de *initiële afgifte van de feitelijke macht* over deze incorporaties, steeds afhankelijk te kunnen maken van zijn toestemming⁷⁹³ of
- 2.) een genot mogelijk maken van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen zijn inspanningen mogelijk maken, *buiten* de temporele en ruimtelijke limieten van het mogelijk genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties die hij met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals hij deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken⁷⁹⁴.

⁷⁹³ Hier vormt het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht dan met name een aanvulling van het systeem van zakenrechtelijke exclusieve rechten dat persoon A, indien deze inderdaad zakenrechtelijke exclusieve rechten heeft over de zintuiglijk waarneembare manifestatie waarin hij zijn inspanningen incorporeert, in de regel reeds toelaat om het ‘in verkeer brengen’ van deze door hem vervaardigde specifieke incorporatie van zijn inspanningen, afhankelijk te maken van zijn toestemming.

⁷⁹⁴ Hier vormt het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht dan met name een aanvulling van het systeem van zakenrechtelijke exclusieve rechten dat persoon A niet toelaat om dit genot van zijn inspanningen, afhankelijk te maken van zijn toestemming en het eventuele betalen van een prijs hierrond.

c.3. *Synthese: het traceren van 'imitatievoordeel' als leidraad voor het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht*

De beide zonet besproken criteria gebruikt de 'imitatievoordeel'-benadering dan vervolgens als basis voor een richtlijn rond het concrete resultaat dat, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, na te streven is aan de hand van het *middel* van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht. In deze richtlijn stelt de 'imitatievoordeel'-benadering zoals aangegeven dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht vanuit die optiek, in beginsel, het volgende concrete *resultaat* moet nastreven: personen een bevoegdheid geven om zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties die hun geschiktheid tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan hun resultaat van inspanningen, in de mate dat dit nodig is om te vermijden dat derden 'imitatievoordeel' kunnen genieten ten aanzien van deze zintuiglijk waarneembare manifestaties. Binnen de zonet geformuleerde richtlijn verwijst 'imitatievoordeel' dan met name opnieuw naar de specifieke omstandigheid waarin een overname of aanwending van de kenmerken en de daaruit volgende, gekende capaciteit om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, die een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestaties dankt aan een bepaald resultaat van inspanningen van een eerste persoon, gepaard gaat met het volgende: een andere persoon kan via 'inadequate' inspanningen een genot van dezelfde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen realiseren op grond van gelijkaardige kenmerken, *buiten* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het genot van dezelfde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat mogelijk is door het gebruik van enkel de ongewijzigde incorporaties van het betrokken resultaat van inspanningen die deze eerste persoon, met zijn toestemming, in het verkeer bracht⁷⁹⁵. Ook hier houdt de 'imitatievoordeel'-benadering er dus echter, zoals aangegeven, rekening mee dat deze richtlijn onder omstandigheden bij te sturen is indien er ook daadwerkelijke indicaties zijn dat een bepaalde bijsturing nodig is om er, in concrete gevallen, over te waken dat mensen hun 'plichten' naleven en dat de 'natuurlijke rechten' van personen gerespecteerd worden.

B.2.2. Evaluatie

De richtlijn die onze 'imitatievoordeel'-benadering verdedigt rond het concrete resultaat dat, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, na te streven is aan de hand van het *middel* van een investeringsbescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, is volgens ons beter dan de richtlijn die de hierboven vermelde 'balans'-benadering in dit verband naar voor schuift. In vergelijking met de richtlijnen die de 'balans'-benadering in dit verband verdedigt is de richtlijn die de 'imitatievoordeel'-benadering hierrond naar voor schuift, volgens ons, met name beter geschikt om het intellectuele eigendomsrecht zo af te stellen dat zijn ingrijpen personen een passende bescherming verleent rond hun natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid zonder daarbij te verzaken aan de plicht om de natuurlijke rechten te respecteren van de andere personen die geconfronteerd worden met dit ingrijpen. De 'imitatievoordeel'-benadering is, naar onze mening, met name in staat om een betere richtlijn te formuleren rond het concrete resultaat dat, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, na te streven op grond van het intellectuele eigendomsrecht, omdat het een correctere analyse maakt van wat regelgeving, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, moet kunnen verzekeren met het oog op het verlenen van een passende bescherming rond het natuurlijk recht van

⁷⁹⁵ Vergelijk op dit punt de noties 'kopieergemak' en 'copying advantage' bij respectievelijk QUAEDVLIET en LUNNEY. QUAEDVLIET omschrijft 'kopieergemak' als volgt: "...*kopieergemak ofwel overnamegemak in ruime zin: het kost moeite, tijd en geld om een geestelijke prestatie tot stand brengen, en het kost maar een fractie van al die investeringen om de prestatie over te nemen, met als hoogtepunt de razendsnelle en perfecte digitale kopie.*" A. QUAEDVLIET, "Beschermingsdrift: Een studie naar feiten en achtergronden rond sweat of the brow- of prestatiebescherming", B.I.E. 1996, (Deel II) p. 53; LUNNEY spreekt in de volgende zin over een 'disproportionate or undue copying advantage': "*In determining whether actual copying has gone too far and thereby become an infringement, the central issue in either case is whether the copying would enable a competitor to obtain a savings in terms of the time and money required to create and market a competing work significantly greater than the savings we tolerate for creative nonwork product generally. Only if such a disproportionate or undue copying advantage would otherwise result should copyright step in and prohibit the copying at issue.*" G. LUNNEY, "Lotus v. Borland: Copyright and Computerprograms", *Tulane Law Review* 1995-1996, p. 2435-2436.

een persoon op de ‘vruchten’ van de eigen arbeid: dat een persoon in zijn mogelijkheden om de ‘vruchten’ te plukken van zijn inspanningen zich niet geconfronteerd ziet met handelingen van andere personen die zich, zonder zijn toestemming, zijn inspanningen toe-eigenen, anders gezegd, met handelingen van andere personen die zijn inspanningen ‘stelen’.

Het essentiële probleem met de ‘balans’-benadering is, volgens ons, dat deze bij het formuleren van richtlijnen rond het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, overschat wat regelgeving, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, moet kunnen verzekeren met het oog op het verlenen van een passende bescherming rond het natuurlijk recht van een persoon op de ‘vruchten’ van de eigen arbeid. De ‘balans’-benadering vertrekt hierbij immers zoals aangegeven van het idee dat regelgeving daartoe het volgende moet kunnen verzekeren: dat de betrokken persoon in staat zal zijn om daadwerkelijk het genot van de ‘vrucht’ van de eigen arbeid te controleren, althans in de mate dat, na het toekennen van deze controle, nog ‘genoeg van dezelfde waarde’ overblijft voor de anderen. Vanuit dit idee komt de ‘balans’-benadering dan tot de bevinding dat voor een passende bescherming van het natuurlijk recht op de ‘vruchten’ van de eigen arbeid, in gevallen waar de toepassingen van de betrokken inspanningen van een persoon, niet enkel te genieten zijn via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde, het intellectuele eigendomsrecht in beginsel het volgende moet zien te bereiken: de betrokken persoon een absolute exclusieve bevoegdheid verlenen over het ‘resultaat’ van inspanningen die ook een absolute exclusieve bevoegdheid toelaat over toepassingen van de toepassingen van dit ‘resultaat’ van inspanningen, aangezien deze het genot toelaten van de ‘vruchten’ van zijn arbeid. Wat de ‘balans’-benadering daarbij met name over het hoofd ziet, geredeneerd vanuit de ‘imitatieoordeel’-benadering, is dat zij op die manier ook aanstuurt op een ingrijpen ten aanzien van handelingen waarbij andere personen toepassingen maken van de toepassingen van dit ‘resultaat’ van inspanningen van de betrokken persoon, die in wezen gedekt zijn door zijn toestemming en waarbij dus geen sprake is van een ‘stelen’ van inspanningen dat om een ingrijpen vraagt met oog op het beschermen van zijn natuurlijk recht op de ‘vruchten’ van de eigen arbeid. Zoals de ‘imitatieoordeel’-benadering aantoont, gaat het bij de zonet aangehaalde handelingen dan met name concreet om, zintuiglijk waarneembare handelingen van andere personen die inhouden dat zij de door de betrokken persoon ‘in het verkeer gebrachte’ (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) toepassingen van zijn resultaat van inspanningen aanwenden om het volgende mogelijk te maken: een *genot* van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door de toepassingen van de inspanningen van de betrokken persoon, *binnen* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van deze positieve effecten, dit resultaat van inspanningen, die deze persoon, met zijn toestemming, ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze persoon deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken.

Als de ‘balans’-benadering dan geconfronteerd wordt met de beperkingen die de natuurlijke rechten van andere personen dreigen te ondergaan door de ruime bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht die ze in beginsel nodig acht om bepaalde personen een passende bescherming te verlenen van hun natuurlijk recht op de ‘vruchten’ van de eigen arbeid, acht ze het dan, zoals aangegeven, nodig om het verlenen van bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht bij te sturen in het licht van een belangenafweging rond de impact ervan op de natuurlijke rechten van alle betrokkenen maar slaagt ze er niet meteen in om voor het doorvoeren van deze belangenafweging duidelijke criteria naar voor te schuiven. Volgens de ‘imitatieoordeel’-benadering is het aangewezen om een dergelijk belangenafweging zoveel mogelijk te vermijden door van meet af aan een beperkte bescherming te verlenen op grond van het intellectuele eigendomsrecht die focust op handelingen die het ‘stelen’ van inspanningen inhouden en waarrond, zoals aangegeven, een duidelijk rechtvaardiging bestaat om op te treden, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen. Volgens de ‘imitatieoordeel’-benadering voert de belangenafweging die de ‘balans’-benadering voorstaat immers al snel tot consequentialistische overwegingen rond de concrete effecten van het verlenen van bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, terwijl deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen in wezen net vragen om het verlenen van bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht als ‘goed’ of ‘slecht’ te beoordelen puur in het licht van zijn *conformiteit* met

het naleven van ‘plichten’, onder meer het respecteren van natuurlijk rechten, maar *niet* in het licht van zijn concrete gevolgen⁷⁹⁶

1.2. Een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften

Naast de zonet besproken doelstelling van een optimale inhoud van gedragsvoorschriften, dienen we echter, zoals aangegeven, ook aandacht te hebben voor een doelstelling op het vlak van de ‘formulering van gedragsvoorschriften. Een tweede doelstelling van het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, die in het licht van de focus van onderzoek centraal komt te staan, is, zoals aangegeven, immers de volgende: het streven om een optimale ‘differentiatie’ en ‘precisering’ te bereiken bij het formuleren van gedragsvoorschriften die gericht zijn op het verschaffen van de betrokken specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen dit ingrijpen. De mate van ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften verwijst daarbij, zoals aangegeven, naar de mate waarin een regelgeving rond een bepaald thema meerdere gedragsvoorschriften omvat die én een onderscheiden criterium of set van criteria formuleren voor de vaststelling van hun toepassingsgebied én daarbij een formulering geven van de voorgeschreven gedragingen binnen de feitelijke situaties onder hun toepassingsgebied⁷⁹⁷. De mate van ‘precisering’ van gedragsvoorschriften betreft voor ons de mate waarin regelgevende bepalingen, de uiteindelijke ‘inhoud’ die hun gedragsvoorschriften krijgen in concrete gevallen, definitief afstellen en vastleggen in het licht van het al dan niet voorliggen van door hen omschreven, specifieke feitelijke omstandigheden, dan wel, afhankelijk maken van een beoordeling of de betrokken feitelijke omstandigheden al dan niet maken dat voldaan is aan een door hen vastgelegd criterium⁷⁹⁸. De mate van ‘differentiatie’ en ‘precisering’ van gedragsvoorschriften wordt, zoals aangegeven, in de regel als optimaal beschouwd, indien de bijdrage, die de ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften leveren tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen, maximaal de inspanningen overstijgt, die uit deze ‘precisering’ en ‘differentiatie’ volgen, om de betrokken regelgevende bepalingen toepassing te laten vinden⁷⁹⁹.

In dit onderdeel gaan we nu dieper in op de doelstelling van een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften. Daarbij gaan we ditmaal concreet na hoe deze *doelstelling* van een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften zich laat vertalen naar richtlijnen die, in het licht van de betrokken soorten *feitelijke omstandigheden* en de daarin voor te schrijven soort *gedragingen*, het na te streven *resultaat* aangeven op het vlak van de te hanteren mate van ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften. Om tot deze richtlijnen te komen, baseren we ons dan met name op een systematisering en een verklaring van de

⁷⁹⁶ Zie in dit verband bijvoorbeeld BUNNIN en YU, die ‘deontological ethics’ omschrijven als: “...any system which does not appeal to the consequences of our actions, but which appeal to conformity with certain rules of duty” N. BUNNIN en J. YU, *The Blackwell Dictionary of Western Philosophy*, Malden (Mass.), Blackwell Publishing, 2004, p.172; Zie ook: H. WILLEMSSEN, *Woordenboek filosofie*, Assen/Maastricht, Van Gorcum, 1992, p. 132.

⁷⁹⁷ Binnen de rechtstheoretische analyse is er geen eenvormige terminologie om het fenomeen aan te duiden dat wij omschrijven als differentiatie. Zie wat dit fenomeen betreft, echter bijvoorbeeld: KAPLOW, die schrijft: “The precision of a legal command is taken here to refer to the degree of detail or differentiation involved. For example, an environmental regulation is more precise if more types of pollutants or sources of pollution are distinguished. A negligence regime is more precise if the standard of care is more finely tailored to different types of actors in different contexts.” L. KAPLOW, “General Characteristics of Rules” in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p.503; en KOROBKIN, die schrijft: “It is possible for lawmakers who wish to treat situations with subtle factual variations differently to do so with rules. Accommodating factual variation requires increasing the complexity of the rules by modifying basic rules with exceptions and sub-rules.” R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 36.

⁷⁹⁸ Zie wat dit fenomeen betreft, bijvoorbeeld, EHRLICH en POSNER, die met name schrijven: “We emphasize, however, that the concept of legal precision is unambiguous - the fewer and simpler the facts to which definite legal consequences attach, the more precise is a legal obligation.” I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 261.

⁷⁹⁹ In dit verband baseren we ons op: R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 31; I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 272 en L. KAPLOW, “A Model of the Optimal Complexity of Legal Rules”, *The Journal of Law, Economics, & Organization* 1995, p.150-151 en p. 161.

effecten van de ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften. Bij de vaststelling van deze richtlijnen streven we er daarbij ook telkens naar om de soorten *feitelijke omstandigheden* en de daarin voor te schrijven soort *gedragingen*, die deze richtlijnen bepalend achten voor de te hanteren mate van ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften, zo veel mogelijk te typeren in termen van de kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties. Het is langs deze weg dat we de betrokken *doelstelling* willen ontleden in termen van de kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties.

De zonet omschreven analyse van de doelstelling van een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften, bespreken we in wat volgt nu concreet in twee stappen. Eerst (1.2.1.) gaan we dieper in op de effecten van een ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften. Vervolgens (1.2.2.) gebruiken we de inzichten uit deze analyse dan om de beoogde richtlijnen vast te stellen rond de optimale mate van ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften.

1.2.1. Effecten van een ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften

De rechtstheoretische analyse geeft, zoals gezegd, aan dat de mate van ‘precisering’ en de mate van ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften binnen regelgeving, een invloed uitoefenen op twee elementen: enerzijds, op de mogelijkheden om, op grond van de betrokken formulering binnen de regelgevende bepalingen, tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen te komen en, anderzijds, op de inspanningen om de betrokken regelgevende bepalingen toepassing te laten vinden.

Bij de mogelijkheden om tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen te komen, gaat het dan, zoals reeds vermeld, om de invloed, die de ‘differentiatie’ en de ‘precisering’ van gedragsvoorschriften uitoefenen op twee factoren: 1.) de mogelijkheid om op grond van de formulering van het gedragsvoorschrift steeds de optimale, inhoudelijke afstelling van dit gedragsvoorschrift te bereiken ten aanzien van concrete gevallen en 2.) de capaciteit van de formulering om gedragingen teweeg te brengen die conform zijn aan de inhoud van het betrokken gedragsvoorschrift.

Wat de inspanningen betreft om regelgevende bepalingen toepassing te laten vinden gaat het dan, zoals aangegeven, om de invloed van de ‘differentiatie’ en de ‘precisering’ van gedragsvoorschriften, op twee soorten inspanningen: 1.) de inspanningen, die nodig zijn om initieel gepaste gedragsvoorschriften te *formuleren* in regelgevende bepalingen, met het oog op het bereiken van de nagestreefde coördinatie van gedragingen, en 2.) de inspanningen om de geformuleerde regelgevende bepalingen te *interpreteren* bij hun toepassing ten aanzien van een concreet geval⁸⁰⁰. Wat deze tweede soort inspanningen betreft gaat het dan zoals aangegeven, concreet om de inspanningen om te bepalen of gedragsvoorschriften toepassing vinden binnen een concrete situatie, en, indien dit het geval is, om vervolgens dan te achterhalen welk soort handeling, ten aanzien van welk voorwerp de naleving van het gedragsvoorschrift in de betrokken concrete situatie verlangt van welke persoon.

In dit onderdeel gaan we nu over tot een systematisering en verklaring van de zonet vermelde effecten van de ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften. Eerst (A.) doen we dit voor de effecten van de mate van ‘precisering’ van gedragsvoorschriften binnen regelgeving. Daarna (B.) doen we dit dan ook voor de effecten van de mate van ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften binnen regelgeving.

⁸⁰⁰ Zie bijvoorbeeld KAPLOW, die in dit verband spreekt van “*the costs of formulating legal commands and applying them in adjudication and of parties interpreting them for purposes of deciding how to conform behavior to the law.*” L. KAPLOW, “General Characteristics of Rules” in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 503; Zie in die zin ook: I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 272.

A. De effecten van een 'precisering' van gedragsvoorschriften

De 'precisering' van gedragsvoorschriften beïnvloedt, volgens de rechtstheoretische analyse, zoals aangegeven, zowel (A.1.) de inspanningen om de betrokken regelgevende bepalingen toepassing te laten vinden, als (A.2.) de mogelijkheden om op grond van de betrokken regelgevende bepalingen tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen te komen.

A.1. De inspanningen om regelgevende bepalingen toepassing te laten vinden

De rechtstheoretische analyse geeft aan dat in de regel te verwachten is dat een bepaalde mate van precisering van gedragsvoorschriften binnen regelgevende bepalingen, de inspanningen om de betrokken regelgevende bepalingen toepassing te laten vinden, op uiteenlopende wijze zal beïnvloeden. In dit verband is, volgens de rechtstheorie, met name een onderscheid te maken tussen de invloed van de betrokken mate van precisering van gedragsvoorschriften op: (A.1.1.), de inspanningen om de betrokken regelgevende bepalingen initieel te formuleren en (A.1.2.) de inspanningen om de betrokken regelgevende bepalingen vervolgens te interpreteren en toe te passen.

A.1.1. Inspanningen om regelgevende bepalingen initieel te formuleren

In de regel geldt dat een hogere 'precisering' van gedragsvoorschriften de inspanningen doet toenemen om regelgevende bepalingen initieel te formuleren. Het initieel formuleren van 'regels' vraagt in beginsel dus meer inspanningen dan het formuleren van 'standaarden'.

De verklaring voor dit fenomeen gaat terug op de onderscheiden hoeveelheid kennis die bij het initiële formuleren moet vergaard worden rond het volgende: de specifieke feiten binnen mogelijke constellaties van feitelijke omstandigheden, die bepalen of een bepaalde inhoudelijke afstelling van gedragsvoorschriften in die constellaties van feitelijke omstandigheden ook tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen zal leiden.

Bij een hogere precisering van gedragsvoorschriften is op dit vlak veel kennis vereist bij het initieel formuleren. Een dergelijke hogere precisering houdt immers in dat de concrete toepasselijkheid van gedragsvoorschriften of het door deze gedragsvoorschriften concreet voorgeschreven gedrag, meer definitief vastgelegd wordt in het licht van binnen de betrokken regelgevende bepalingen omschreven specifieke feiten, is op dit vlak veel kennis vereist bij het initieel formuleren. Dit *a priori* vastleggen van de inhoudelijke afstelling van gedragsvoorschriften, vraagt met andere woorden reeds op het moment van het initieel formuleren van de betrokken gedragsvoorschriften, voldoende inzicht in de specifieke feiten, die doorheen onderscheiden concrete constellaties van feitelijke omstandigheden, bepalend zullen zijn voor de aangewezen inhoudelijke afstelling van gedragsvoorschriften. Bij een 'regel' bijvoorbeeld, die verbiedt om sneller dan 120 kilometer per uur te rijden op autosnelwegen, moet bij zijn formulering in beginsel reeds de kennis voorliggen, dat doorheen de onderscheiden feitelijke omstandigheden, die zich kunnen voordoen op autosnelwegen, een verbod om niet sneller te rijden dan 120 kilometer per uur, uiteindelijk zal resulteren in een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen.

Bij een lagere precisering van gedragsvoorschriften daarentegen is bij het initieel formuleren veel minder kennis vereist rond de specifieke feiten, die doorheen onderscheiden constellaties van feitelijke omstandigheden, bepalend zijn voor de aangewezen inhoudelijke afstelling van gedragsvoorschriften. Een lagere precisering op dit vlak houdt immers in dat de concrete toepasselijkheid van gedragsvoorschriften of het door deze gedragsvoorschriften concreet voorgeschreven gedrag, afhankelijk zal zijn van een beoordeling of de specifiek feitelijke omstandigheden binnen een concrete constellatie van feitelijke omstandigheden, al dan niet voldoen aan een door hen vastgelegd criterium⁸⁰¹. Concreet betekent dit dat, op het moment van het initieel formuleren van de betrokken gedragsvoorschriften, enkel kennis nodig is rond het criterium, dat een passende leidraad biedt om later, in het licht van de specifieke feitelijke omstandigheden van één bepaalde constellatie van omstandigheden, de betrokken gedragsvoorschriften *ex post* hun uiteindelijke, aangewezen inhoudelijke afstelling te geven. Bij een 'standaard' bijvoorbeeld, die verbiedt om op autosnelwegen onredelijk snel te rijden, is op het moment van zijn formulering

⁸⁰¹ Zie wat dit fenomeen betreft, bijvoorbeeld, EHRLICH en POSNER, die met name schrijven: "We emphasize, however, that the concept of legal **precision** is unambiguous - the fewer and simpler the facts to which definite legal consequences attach, the more precise is a legal obligation." I. EHRLICH en R. POSNER, "An Economic Analysis of Legal Rulemaking", *Journal of Legal Studies* 1974, p.261

in beginsel enkel de kennis vereist, dat ‘redelijkheid’ een criterium is dat er toe bijdraagt om later *ex post* te achterhalen of het rijden met een bepaalde snelheid, binnen een concrete constellatie van omstandigheden op een autosnelweg, al dan niet aansluit bij een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen⁸⁰².

A.1.2. Inspanningen om regelgevende bepalingen te interpreteren en toe te passen

In de regel geldt echter ook dat een hogere ‘precisering’ van gedragsvoorschriften de inspanningen doet afnemen om de geformuleerde regelgevende bepalingen te *interpreteren* bij hun toepassing ten aanzien van een concreet geval. De interpretatie van ‘regels’, in het licht van hun toepassing ten aanzien van een concreet geval, vraagt dus minder inspanningen, dan de interpretatie van ‘standaarden’.

De verklaring voor dit fenomeen is dat naarmate gedragsvoorschriften een hogere ‘precisering’ kennen, dan ook het volgende geldt: de beoordeling rond hun concrete toepasselijkheid en rond de concrete gedraging, die zij voorschrijven, is in toenemende mate te beslechten louter op grond van het al dan niet voorliggen van door het gedragsvoorschrift omschreven specifieke feiten binnen een concrete constellatie van omstandigheden en vraagt in mindere mate om nog het geheel van de specifieke feiten binnen de concrete constellatie van omstandigheden in overweging te nemen.

Bij een *hogere ‘precisering’* of een hoger ‘regel’-karakter van gedragsvoorschriften, vraagt de toepassing van het betrokken gedragsvoorschrift immers, in beginsel enkel nog de inspanningen om na te gaan of binnen een concrete constellatie van feitelijke omstandigheden, inderdaad de specifieke feiten voorliggen, die dit gedragsvoorschrift omschrijft en die maken dat dit gedragsvoorschrift met die bepaalde inhoudelijke afstelling toepassing vindt. In principe, is dan ook aan te nemen dat, bij een gedragsvoorschrift met een dergelijke hogere ‘precisering’ of hoger ‘regel’-karakter, het traceren van de omschreven specifieke feiten en daaraan de toepassing koppelen van de vastgelegde inhoudelijke afstelling van het betrokken gedragsvoorschrift, ook volstaan om te garanderen dat deze toepassing van het betrokken gedragsvoorschrift in het concrete geval ook bijdraagt tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen. Bij de toepassing van een dergelijk gedragsvoorschrift kan dan in principe, immers gebruik gemaakt worden van het onderzoek, dat bij het initieel formuleren van dit gedragsvoorschrift uitgevoerd werd om *ex ante*, doorheen de mogelijke constellaties van feitelijke omstandigheden, die specifieke feiten te identificeren die bepalen of een bepaalde inhoudelijke afstelling van gedragsvoorschriften in de betrokken constellaties van feitelijke omstandigheden ook tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen zal leiden. Gedragsvoorschriften met een hogere ‘precisering’ of hoger ‘regel’-karakter genieten bij hun toepassing dus in beginsel het voordeel dat het resultaat van dit onderzoek, vervat ligt in de omschrijving van de specifieke feiten, die maken dat hun inhoudelijke afstelling toepassing vindt. De toepassing van bijvoorbeeld de ‘regel’, die met het oog op verkeersveiligheid sneller dan 120 kilometer per uur rijden op autosnelwegen verbiedt en beboet, vraagt in beginsel enkel nog om het volgende specifieke feit na te gaan alvorens dit verbod af te dwingen en een boete op te leggen: reed het voertuig inderdaad sneller dan 120 kilometer per uur op een autosnelweg. In beginsel, is er bij de toepassing van deze ‘regel’ dan ook van uit te gaan, dat het niet nodig is om na te gaan hoe het concrete rijgedrag van iemand, die sneller reed dan 120 kilometer per uur, in het licht van de concrete omstandigheden op de autosnelweg, de verkeersveiligheid beïnvloedde. Bij een dergelijke ‘regel’ is er dan, in principe, immers van uit te gaan is dat een goede wetgever deze enkel zal geformuleerd hebben, na *ex ante* vastgesteld te hebben dat, doorheen de onderscheiden feitelijke omstandigheden die zich kunnen voordoen op autosnelwegen, het aangewezen is om sneller dan 120 kilometer per uur rijden steeds te verbieden en te beboeten, met het oog op de verkeersveiligheid.

⁸⁰² Zie bijvoorbeeld KOROBKIN, die schrijft: “*Promulgating rules will usually require more up-front costs, because rule promulgation requires decision makers to match a variety of possible actions to their legal consequences. For example, to establish a speed limit rule, decision makers must consider what consequences should arise not just if a citizen drives 75 mph during the day in dry weather, but also the consequences if a citizen drives the same speed in inclement weather, a faster speed in dry weather, and so forth. Only after considering a range of possible factual situations can lawmakers establish the boundaries of the rule. Promulgating standards, on the other hand, requires less precise analysis prior to disputes arising, because the matching of facts to legal outcomes is left to a later determination.*” R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 32.

Bij een *lagere 'precisering'* of een hoger 'standaard'-karakter van gedragsvoorschriften, vraagt de toepassing van het betrokken gedragsvoorschrift, daarentegen de inspanningen om het geheel van de specifieke feiten van een concrete constellatie van omstandigheden, te toetsen aan het criterium dat dit gedragsvoorschrift naar voorschijft als leidraad voor de uiteindelijke inhoudelijke afstelling van het betrokken gedragsvoorschrift ten aanzien van concrete gevallen. Uit de *ex post* beoordeling rond dit criterium, dit wil zeggen nadat de specifieke feiten van een concrete constellatie van omstandigheden zich voordeden, volgt dan de uiteindelijke inhoudelijke afstelling van het betrokken gedragsvoorschrift. Daarbij is dan, in beginsel, telkens opnieuw te verifiëren of de beoordeling rond het voorgeschreven criterium en de uiteindelijke inhoudelijke afstelling, die het betrokken gedragsvoorschrift daardoor krijgt, ook daadwerkelijk bijdraagt tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen binnen de betrokken concrete constellatie van feitelijke omstandigheden. De toepassing van bijvoorbeeld een 'standaard' die, met het oog op verkeersveiligheid, 'onredelijk' snel rijden op autosnelwegen verbiedt en beboet, vraagt telkens een veel uitgebreider onderzoek. De toepassing van deze 'standaard' vraagt dan in principe om de concreet gereden snelheid, in het licht van de concrete constellatie van omstandigheden op de autosnelweg, bijvoorbeeld de weersomstandigheden, staat van het wegdek en de verkeersdrukte, te beoordelen in het licht van het criterium van 'redelijkheid'. Op grond van deze beoordeling is dan te beslissen of, bijvoorbeeld 140 kilometer per uur rijden op een lege autosnelweg, door de betrokken 'standaard' verboden is en beboet wordt. Bij deze beoordeling rond de 'redelijkheid' is dan in wezen telkens te verifiëren of de uiteindelijke inhoudelijke afstelling, die het betrokken gedragsvoorschrift daardoor krijgt, bijvoorbeeld 140 kilometer per uur rijden op een lege autosnelweg toelaten, bijdraagt tot of minstens verenigbaar is met het nastreven van verkeersveiligheid. Uit de 'standaard' zelf blijkt immers nog niet welke precieze snelheid doorheen de onderscheiden feitelijke omstandigheden, die zich kunnen voordoen op autosnelwegen, uiteindelijk zal resulteren in een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen, maar enkel dat 'redelijkheid' een geschikt criterium is om die snelheid te achterhalen in het licht van de betrokken feitelijke omstandigheden.

A.2. De mogelijkheden om tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen te komen

In de regel, is volgens de rechtstheoretische analyse, te verwachten dat een bepaalde mate van precisering van gedragsvoorschriften binnen regelgevende bepalingen, ook een uiteenlopende invloed zal hebben op de mogelijkheden, om op grond van de betrokken regelgevende bepalingen tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen te komen. In dit verband is, volgens de rechtstheorie, een onderscheid te maken tussen de invloed van de mate van precisering van gedragsvoorschriften binnen regelgevende bepalingen, op twee grootheden: (A.2.1.) de mogelijkheid om steeds de optimale inhoudelijke afstelling van gedragsvoorschriften te bereiken ten aanzien van concrete gevallen en (A.2.2.) de capaciteit om gedragingen teweeg te brengen die conform zijn aan de gedragingen die de inhoud van de betrokken gedragsvoorschriften voorschrijft.

A.2.1. De mogelijkheden tot een optimale inhoudelijke afstelling van gedragsvoorschriften

Bij de invloed van de mate van 'precisering' van gedragsvoorschriften op de mogelijkheden om deze gedragsvoorschriften steeds de optimale inhoudelijke afstelling te geven ten aanzien van concrete gevallen, is volgens de rechtstheoretische analyse, een onderscheid te maken tussen de theorie en de praktijk.

In *theorie*, is een formulering van gedragsvoorschriften met een lagere 'precisering' of een hoger 'standaard'-karakter, volgens de rechtstheoretische analyse, altijd beter geschikt om gedragsvoorschriften steeds de optimale inhoudelijke afstelling te geven ten aanzien van concrete gevallen. De verklaring hiervoor is in essentie dat de mate van 'precisering' van gedragsvoorschriften, uit zijn aard, ook een invloed heeft op de mogelijkheden om alle bijzonderheden van een concreet geval in rekening te nemen bij de uiteindelijke inhoudelijke afstelling van het betrokken gedragsvoorschrift ten aanzien van dit concrete geval.

Gedragsvoorschriften met een lagere 'precisering' of een hoger 'standaard'-karakter, bieden namelijk inherent steeds grote mogelijkheden om de uiteindelijke, inhoudelijke afstelling die het betrokken gedragsvoorschrift krijgt ten aanzien van een concreet geval, rekening te laten houden met alle bijzonderheden van dit concreet geval. Eigen aan gedragsvoorschriften met een lagere 'precisering' of een hoger 'standaard'-karakter, is immers, zoals gezegd, dat de concrete toepasselijkheid van deze gedragsvoorschriften of het door deze gedragsvoorschriften concreet voorgeschreven gedrag, afhankelijk is van een beoordeling of in het licht van een concrete constellatie van feitelijke omstandigheden al dan niet voldaan is aan een door hen vastgelegd criterium. Gedragsvoorschriften met

een lagere ‘precisering’ of een hoger ‘standaard’-karakter kenmerken zich dus door het feit dat ze hun uiteindelijke inhoudelijke afstelling ten aanzien van een concreet geval dus krijgen, nadat dit concrete geval zich voordeed, en in het licht van een beoordeling van het geheel van de betrokken constellatie van omstandigheden. Deze beide karakteristieken, afstelling *ex post* en in het licht van het geheel van de betrokken constellatie van omstandigheden, resulteren dan telkens in grote mogelijkheden om de uiteindelijk inhoudelijke afstelling van het betrokken gedragsvoorschrift ten aanzien van een concreet geval optimaal af te stemmen op de meest gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen in dit geval⁸⁰³. In het kader van de ‘standaard’, die bijvoorbeeld verbiedt om op autosnelwegen onredelijk snel te rijden, kan de bijzonderheid van een glad wegdek probleemloos ingecalculereerd worden bij de beoordeling of het rijden met een bepaalde snelheid in het licht van de concrete constellatie van omstandigheden op de autosnelweg redelijk te noemen is.

Gedragsvoorschriften met een hogere ‘precisering’ of een hoger ‘regel’-karakter zijn daarentegen steeds inherent beperkt in hun mogelijkheden om alle bijzonderheden van een concreet geval te laten meespelen in de uiteindelijke, inhoudelijke afstelling, die het betrokken gedragsvoorschrift krijgt ten aanzien van dit concrete geval. Eigen aan gedragsvoorschriften met een hogere ‘precisering’ of een hoger ‘regel’-karakter, is namelijk, zoals aangegeven, dat de concrete toepasselijkheid van deze gedragsvoorschriften of het door deze gedragsvoorschriften concreet voorgeschreven gedrag, *ex ante* definitief afhankelijk gemaakt is van het al dan niet voorliggen, binnen een concrete constellatie van feitelijke omstandigheden, van door hen omschreven specifieke feitelijke omstandigheden⁸⁰⁴. Gedragsvoorschriften met een hogere ‘precisering’ of een hoger ‘regel’-karakter kenmerken zich dus door het feit dat ze specifieke feiten binnen een concrete constellatie van omstandigheden traceren om daarop dan te reageren met een inhoudelijke afstelling, die *ex ante* vastgelegd werd voor dergelijke gevallen, nog voor dit concrete geval zich daadwerkelijk voordeed. Dit kenmerk, *ex ante* vastgelegde afstelling als reactie op specifieke feiten, resulteert dan ook in beperkingen om de uiteindelijke, inhoudelijke afstelling van het betrokken gedragsvoorschrift ten aanzien van een concreet geval, optimaal af te stemmen op de meest gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen in dit geval.

In de eerste plaats zal het veelal onmogelijk blijken om bij de initiële formulering van een ‘regel’ de specifieke feiten en de daaraan gekoppelde inhoudelijke afstelling van dit gedragsvoorschrift, *ex ante* zo vast te leggen dat het betrokken gedragsvoorschrift, in alle concrete constellaties van omstandigheden, waarin het toepassing vindt steeds die gedraging voorschrijft die nodig is om tot de meest gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen te komen⁸⁰⁵. Bij hun initiële formulering stoten regels in dit verband vooral op twee soorten moeilijkheden. Ten eerste is er de moeilijkheid over voldoende kennis te beschikken rond alle mogelijke toekomstige feitelijke scenario’s en rond de gedragingen die daarin voor te schrijven zijn met het oog op een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen. Ten tweede is er de moeilijkheid om een taalkundige formulering van specifieke feiten en voorgeschreven gedragingen te vinden die, eenduidig alle concrete situaties identificeert waar een ingrijpen nodig is en dan ook eenduidig die concrete gedragingen aangeeft, die aansluiten bij de meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen in die concrete situatie⁸⁰⁶.

⁸⁰³ Vergelijk bijvoorbeeld: R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 38 (“*In theory, standards can avoid all over- and underinclusion because adjudicators can draw the optimal legal boundaries on a case-by-case basis, protecting socially desirable conduct and punishing socially undesirable conduct*”).

⁸⁰⁴ Zie bijvoorbeeld: KOROBKIN, die schrijft: “*Rules state a determinate legal result that follows from one or more triggering facts.*” R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 23; Zie bijvoorbeeld: EHRLICH en POSNER, die een ‘rule’ als volgt omschrijven: “*A rule withdraws from the decision maker's consideration one or more of the circumstances that would be relevant to decision according to a standard.*” I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 258; LEE die stelt: “*Rules represent the definitive approach, deciding things broadly and for a wide range of cases.*” E. LEE, “Rules and Standards for Cyberspace”, *Notre Dame Law Review* 2001-2002, p. 1277.

⁸⁰⁵ Zie KOROBKIN, die stelt: “*...by their very nature, that is, because rules are specified ex ante, even complex rules will sometimes fail to take account of all factual variations that might arise ex post which might be relevant to optimal tailoring of legal boundaries*”. R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 36.

⁸⁰⁶ Zie bijvoorbeeld EHRLICH en POSNER, die schrijven: “*The inherent ambiguity of language and the limitations of human foresight and knowledge limit the practical ability of the rulemaker to catalog accurately and*

In de tweede plaats biedt de formulering van het gedragsvoorschrift als ‘regel’ dan niet meteen aanknopingspunten om rekening te houden met de bijzonderheden van een concreet geval, naast de specifieke feiten die de formulering van het gedragsvoorschrift aanduidt als bepalend voor de concrete toepasselijkheid van dit gedragsvoorschrift of het door dit gedragsvoorschrift concreet voorgeschreven gedrag. De ‘regel’ bijvoorbeeld die sneller dan 120 kilometer per uur rijden op autosnelwegen verbiedt en beboet, laat de vaststelling van een snelheidsovertreding definitief afhangen van het specifieke feit of de snelheid al dan niet 120 kilometer per uur overstijgt. Op zich biedt deze regel weinig aanknopingspunten om voor de vaststelling van een snelheidsovertreding ook rekening te houden met de omstandigheid dat het wegdek glad was of dat de autosnelweg zo goed als leeg was.

De zonet aangehaalde beperkingen van een *ex ante* vastgelegde inhoudelijke afstelling als reactie op specifieke feiten, zorgen er dan bijna altijd voor dat een gedragsvoorschrift geformuleerd als ‘regel’ in sommige concrete situaties zal aansturen op gedragingen, die niet perfect aansluiten bij een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen in de betrokken concrete situatie⁸⁰⁷. Ten aanzien van de concrete situatie waar er dichte mist over de weg hangt, zal de bepaling die de snelheidslimiet vastlegt op 120 kilometer per uur, op zich bijvoorbeeld de concrete inhoud van het gedragsvoorschriften niet zo afstellen dat dit aanstuurt op de gedragingen die in die concrete situatie aansluiten bij de meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen⁸⁰⁸.

In sommige gevallen zal het met het oog op een passende coördinatie van gedragingen, zelfs geen geldige optie zijn om de inhoudelijke gedragsvoorschriften daartoe te formuleren als ‘regels’, omwille van de zonet besproken beperkingen van een formulering als ‘regel’ om telkens een passende inhoudelijke afstelling van het gedragsvoorschrift te bereiken ten aanzien van concrete gevallen⁸⁰⁹. Dit zal met name het geval zijn indien de te regelen constellatie van feitelijke omstandigheden, doorheen haar feitelijke variaties en de daarin, met het oog op het bereiken van een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen voor te schrijven inhoudelijke gedragingen, te ‘heterogeen’ is, om haar identificatie en de erin inhoudelijk voor te schrijven gedragingen, voldoende betrouwbaar, definitief af te stellen in het licht van het al dan niet voorliggen van specifieke feitelijke omstandigheden⁸¹⁰. Omgekeerd, geldt dus dat een formulering van gedragsvoorschriften als ‘regels’ pas daadwerkelijk kan bijdragen tot een passende coördinatie van gedragingen, indien de te regelen constellatie van feitelijke omstandigheden, doorheen haar feitelijke variaties en de daarin, met het oog op het bereiken van een

exhaustively the circumstances that should activate the general standard.” I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 268.

⁸⁰⁷ Het is gebruikelijk om in dit verband te spreken van ‘overinclusion’ en ‘underinclusion’ bij ‘regels’. Zo schrijft bijvoorbeeld KOROBKIN: “..., rules will often be overinclusive and underinclusive, that is, whatever the underlying policy goal of the legal pronouncements, rules will often permit some undesirable conduct and prohibit some desirable conduct.” R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 36; In dezelfde zin: I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 268.

⁸⁰⁸ EHRLICH en POSNER stellen in dit verband bijvoorbeeld: “*The problems of overinclusion and underinclusion are more serious the greater the heterogeneity (or ambiguity, or uncertainty) of the conduct intended to be affected. If speeding were a homogeneous phenomenon - as it would be, for example, if driving at a speed of more than 70 miles per hour were always unreasonably fast and driving at a lesser speed never unreasonably fast - it could be effectively proscribed by a uniform speed limit of 70 with no residual prohibition of unreasonably fast driving. But speeding is in fact heterogeneous. It includes some driving at very low speeds and excludes some very fast driving, depending on a multitude of particular circumstances. A single speed limit or even a large number of separate speed limits must exclude a great deal of conduct that is really speeding and include a great deal that is not really speeding.*” I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 270.

⁸⁰⁹ L. KAPLOW, “Rules versus Standards: an economic analysis”, *Duke Law Journal* 1992-1993, p. 599

⁸¹⁰ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 33-34 (“*Just as standards will be relatively more efficient than rules when there is factual heterogeneity across disputes, they will be relatively more efficient when the appropriate resolution of disputes with identical facts changes rapidly over time, a circumstance that might be termed “chronological heterogeneity.”*” en anderzijds “*Rules have lower undesirable behavior costs when factual circumstances are homogenous, because a single line drawn between permitted and prohibited acts for an entire range of circumstances will be appropriate most of the time.*”) en I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 270: “*The problems of overinclusion and underinclusion are more serious the greater the heterogeneity (or ambiguity, or uncertainty) of the conduct intended to be affected.*”).

passende coördinatie van gedragingen, voor te schrijven inhoudelijke gedragingen, ook voldoende ‘homogeen’ is. KAPLOW geeft in dit verband het voorbeeld van het verwerken van gevaarlijk afval, waarbij de aangewezen verwerking zo kan verschillen naargelang het concrete afval, dat gedragsvoorschriften om gevaarlijk afval te verwerken, zich enkel lenen tot een formulering met een lagere ‘precisering’ of een hoger ‘standaard’-karakter⁸¹¹. De zonet beschreven fenomenen maken, volgens de rechtstheoretisch analyse, dat een formulering van gedragsvoorschriften met een lagere ‘precisering’ of een hoger ‘standaard’-karakter, in theorie, dus altijd beter geschikt zijn om gedragsvoorschriften steeds de optimale inhoudelijke afstelling te geven ten aanzien van concrete gevallen.

In de *praktijk* echter, zal een formulering van gedragsvoorschriften met een lagere ‘precisering’ of een hoger ‘standaard’-karakter, volgens de rechtstheoretisch analyse, niet altijd beter geschikt zijn om gedragsvoorschriften steeds de optimale inhoudelijke afstelling te geven ten aanzien van concrete gevallen. Onder omstandigheden kunnen integendeel gedragsvoorschriften met een hogere ‘precisering’ of een hoger ‘regel’-karakter betere resultaten opleveren op dit vlak. De rechtstheorie baseert deze stelling hierbij op de analyse dat, in de praktijk, twee elementen een rol spelen als het er op aankomt om gedragsvoorschriften hun inhoudelijke afstelling te geven ten aanzien van concrete gevallen. Het eerste element, betreft dan de theoretische mogelijkheden om alle bijzonderheden van een concreet geval in rekening te nemen bij de uiteindelijke inhoudelijke afstelling van het betrokken gedragsvoorschrift, om in dit concrete geval tot de meest gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen te komen. Dit element kwam zonet aan bod. Het tweede element, betreft dan echter de inspanningen, die nodig zijn om de uiteindelijke inhoudelijke afstelling van een gedragsvoorschrift ook daadwerkelijk af te stemmen op de bijzonderheden van het concrete geval, zodat in dit concrete geval de meest gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen bereikt wordt. In dit verband wijzen verschillende auteurs er op dat de inschatting rond het aantal concrete gevallen waarop de inhoudelijke afstelling van het gedragsvoorschrift zal aangewend worden, ook een invloed heeft op de bereidheid om inspanningen te leveren om inderdaad die inhoudelijke afstelling te achterhalen die tot de meest gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen voert. Bij een gedragsvoorschrift met een lagere ‘precisering’ of een hoger ‘standaard’-karakter, kan de wetenschap dat de uiteindelijke inhoudelijke afstelling van dit gedragsvoorschrift *ex post* in het licht van één concreet geval, telkens slechts gevolgen heeft voor dit éne concrete geval, volgens deze auteurs, dan met name ook telkens aanzetten tot de overweging dat de vaststelling van de optimale inhoudelijk afstelling daarbij slechts een beperkt hoeveelheid inspanningen mag kosten⁸¹². Omgekeerd, halen de betrokken auteurs aan dat de inschatting, dat een gedragsvoorschrift met een hogere ‘precisering’ of een hoger ‘regel’-karakter gevolgen zal hebben voor vele concrete gevallen, dan kan aanzetten tot de bereidheid om bij de initiële formulering van deze regel, veel inspanningen te leveren om de optimale inhoudelijke afstelling van het betrokken gedragsvoorschrift vast te stellen in het licht van de te verwachten variaties van de te regelen constellatie van feitelijke omstandigheden⁸¹³. In de praktijk, kunnen deze afwegingen er, volgens de betrokken auteurs, dan toe leiden dat gedragsvoorschriften met een hogere ‘precisering’ of een hoger ‘regel’-karakter, in sommige gevallen, betere mogelijkheden bieden om steeds de optimale inhoudelijke afstelling van gedragsvoorschriften te bereiken ten aanzien van concrete gevallen.

A.2.2. De mogelijkheden om gedragingen conform te maken aan de inhoudelijke gedragsvoorschriften

⁸¹¹ KAPLOW schrijft in dit verband met name: “*It would appear that some legal commands cannot plausibly be formulated as rules.*”... “*Or we may be unable to specify in advance proper disposal techniques for all hazardous substances because we cannot foresee all potential hazards-whereas some hazards, and how best to address them, may become apparent when they arise. Because of such factors, rules may seem not only to be inferior to standards, but an entirely infeasible option.*” L. KAPLOW, “Rules versus Standards: an economic analysis”, *Duke Law Journal* 1992-1993, p. 599-600.

⁸¹² Zie in die zin bijvoorbeeld: R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 38-39 en L. KAPLOW, “Rules versus Standards: an economic analysis”, *Duke Law Journal* 1992-1993, p. 511.

⁸¹³ Zie in die zin bijvoorbeeld: KOROBKIN, die schrijft: “...*that precision is costly, and adjudicators will often determine that the marginal administrative costs of applying a standard precisely (rather than haphazardly) based on its underlying principles will not always exceed the marginal benefit of doing so.*” KAPLOW die stelt: “*But if the cases are anticipated to arise frequently and have important recurring characteristics, rules will not only be preferable, but might be expected to be more precise. In such instances, it is worth investing substantial effort to fine-tune a rule system.*” L. KAPLOW, “Rules versus Standards: an economic analysis”, *Duke Law Journal* 1992-1993, p. 622.

Daarnaast is van de mate van ‘precisering’ van gedragsvoorschriften, volgens de rechtstheoretische analyse, ook een invloed te verwachten op de capaciteit van het betrokken gedragsvoorschrift om in de praktijk, die coördinatie van gedragingen teweeg te brengen, die de inhoud van de betrokken gedragsvoorschriften oplegt. De rechtstheoretische analyse geeft in dit verband met name aan dat naarmate gedragsvoorschriften een hogere ‘precisering’ of een hoger ‘regel’-karakter hebben, zij in de regel ook beter in staat zijn om individuen in concrete situaties aan te zetten tot die gedragingen, die conform zijn aan de coördinatie van gedragingen, waar hun inhoudelijke afstelling op aanstuurt.

De verklaring hiervoor is in wezen dat, zoals aangegeven, de interpretatie van gedragsvoorschriften met een hogere ‘precisering’ of een hoger ‘regel’-karakter minder inspanningen vraagt dan de interpretatie van gedragsvoorschriften met een lagere ‘precisering’ of een hoger ‘standaard’-karakter. De lagere inspanningen bij de interpretatie van een gedragsvoorschriften met een hogere ‘precisering’ of een hoger ‘regel’-karakter zorgen er dan immers voor dat individuen sneller en beter op de hoogte zijn van het feit dat dit gedragsvoorschrift van toepassing is in een concrete situatie of van de concrete gedraging die dit gedragsvoorschrift in de concrete situatie van hen verwacht. Dit zorgt er dan voor dat deze individuen in minder mate onbedoeld het gedragsvoorschrift zullen schenden als het geval is bij gedragsvoorschriften met een lagere ‘precisering’ of een hoger ‘standaard’-karakter⁸¹⁴. Bij de ‘regel’ bijvoorbeeld, die verbiedt om sneller dan 120 kilometer per uur te rijden op autosnelwegen, is het voor het individu gemakkelijker om te achterhalen welke snelheid het op de autosnelweg behoort aan te houden en om zijn gedrag aan dit gedragsvoorschrift te conformeren, dan het geval is bij de ‘standaard’, die verbiedt om op autosnelwegen onredelijk snel te rijden. Bij de ‘standaard’, die verbiedt om op autosnelwegen onredelijk snel te rijden, zal het bijvoorbeeld vaker voorvallen dat individuen in het licht van hun interpretatie van wat ‘redelijk’ is, vervolgens te snel of te traag rijden in verhouding tot de snelheid, die in de betrokken omstandigheden aansluit bij een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen.

Hierbij is ten slotte op te merken dat de capaciteit van een gedragsvoorschrift om in de praktijk, die coördinatie van gedragingen teweeg te brengen die de inhoud van de betrokken gedragsvoorschriften oplegt, te onderscheiden is van de capaciteit van een gedragsvoorschrift om in de praktijk de meest gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen teweeg te brengen. De ‘regel’ bijvoorbeeld die verbiedt om sneller dan 120 kilometer per uur te rijden op autosnelwegen, kan dan wel zeer geschikt zijn om ‘regelconform’ gedrag teweeg te brengen, of deze ‘regel’ daarmee ook resulteert in een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen, hangt er van af of de gedragingen om niet sneller rijden dan 120 kilometer per uur doorheen de onderscheiden feitelijke omstandigheden, die zich kunnen voordoen op autosnelwegen, ook daadwerkelijk aansluit bij de meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen.

⁸¹⁴ Zie in dit verband KAPLOW, die met betrekking tot ‘regels’ stelt dat: “...*the ease of application suggests that rules will tend to produce behavior more in conformity with legal norms than would equivalent standards. Because parties will be able to learn the governing norms more cheaply and accurately in advance, they will tend to behave more in accord with such norms.*” L. KAPLOW, “General Characteristics of Rules” in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 510; KOROBKIN stelt in dit verband: “*However, the lack of ex ante clarity associated with standards will lead to some well-intentioned undesirable behavior on the part of citizens, and errors in applying standards might cause them to be over- or underinclusive as applied.*” R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 43.

B. De effecten van een ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften

De ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften heeft, volgens de rechtstheoretische analyse, zoals aangegeven, eveneens een invloed op zowel (B.1.) de mogelijkheden om op grond van de betrokken regelgevende bepalingen tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen te komen, als (B.2.) de inspanningen om de betrokken regelgevende bepalingen toepassing te laten vinden.

B.1. De mogelijkheden om op grond van de betrokken regelgevende bepalingen tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen te komen

De rechtstheoretische analyse geeft aan dat een hogere ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften binnen een bepaalde regelgeving, omwille van twee redenen, een gunstige invloed kan hebben op de mogelijkheden om op grond van de betrokken regelgevende bepalingen tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen te komen.

In de eerste plaats kan een hogere mate van ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften, de betrokken regelgevende bepalingen beter geschikt maken voor een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen, omdat een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen vraagt om de *inhoud* van de geldende gedragsvoorschriften verder te gaan differentiëren, met name meer op maat van onderscheiden feitelijke situaties. Een dergelijke bijdrage van de ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften kan dan met name voorliggen, indien zich het volgende voordoet: het bijkomende gedragsvoorschrift, dat de hogere differentiatie van gedragsvoorschriften teweegbrengt, wijst in de onderscheiden formulering van zijn toepassingsgebied, een feitelijke situatie aan, waarin het bereiken van een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen, het voorschrijven vraagt van een gedragsvoorschrift met een andere inhoud, als de inhoud, die daartoe vereist is binnen de feitelijke situaties, aangeduid door de omschrijving van het toepassingsgebied van de overige, bestaande gedragsvoorschriften binnen de betrokken regelgeving⁸¹⁵. In dit verband is bijvoorbeeld te denken aan een regelgeving die voortaan de noties ‘autosnelwegen’, ‘gewestwegen’, ‘straten binnen woongebieden’ en ‘speelstraten’ gaat definiëren en die voor elk van de constellaties van omstandigheden onder deze noties, afzonderlijk de maximumsnelheid gaat voorschrijven. Dit kan een mogelijkheid bieden om het voorgeschreven rijgedrag op elk van die soorten wegen, nauwer te laten aansluiten, bij het rijgedrag dat een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen op elk van die soort wegen vraagt, die beter is dan de mogelijkheid daartoe, indien deze regelgeving in één gedragsvoorschrift rond ‘wegen’, de maximumsnelheid dient vast te leggen voor al de zonet vermelde soorten wegen samen.

In de tweede plaats kan een hogere mate van ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften, de betrokken regelgevende bepalingen beter geschikt maken voor een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen, omdat het voor het realiseren van een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen aangewezen is om inhoudelijk dezelfde gedragsvoorschriften ten aanzien van onderscheiden situaties te formuleren met een onderscheiden mate van precisering. Een dergelijke bijdrage van de ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften kan dan met name voorliggen, indien zich het volgende voordoet: het bijkomende gedragsvoorschrift, dat de hogere differentiatie van gedragsvoorschriften teweegbrengt, wijst in de onderscheiden formulering van zijn toepassingsgebied, een feitelijke situatie aan, waarin het voor het bereiken van een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen, aangewezen is om bij het voorschrijven van dezelfde gedragingen, die ook andere gedragsvoorschriften binnen deze regelgeving voorschrijven ten aanzien van de feitelijke situaties omschreven in hun toepassingsgebied, een andere mate van precisering van gedragsvoorschriften te hanteren, als de mate van precisering, die deze andere gedragsvoorschriften hanteren⁸¹⁶.

Hierbij is overigens op te merken dat de hogere mate van ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften op zich, steeds enkel een *mogelijkheid* creëert om via de betrokken regelgevende bepalingen tot een meer gerechtvaardigde

⁸¹⁵ Vergelijk op dit punt KAPLOW: “Rules that are more complex can be tailored to acts more precisely, thereby allowing better control of behavior. Thus, an environmental regulation with finer distinctions may be able to prevent more of the most harmful pollution or avoid imposing excessive costs in the effort to control less harmful pollutants.” L. KAPLOW, “A Model of the Optimal Complexity of Legal Rules”, *The Journal of Law, Economics, & Organization* 1995, p. 150.

⁸¹⁶ Zie in dit verband bijvoorbeeld: L. KAPLOW, “Rules versus Standards: an economic analysis”, *Duke Law Journal* 1992-1993, p. 557 e.v..

coördinatie van gedragingen te komen. Bij deze hogere ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften op zich, gaat het immers om het enkele feit dat binnen een regelgeving een bijkomend gedragsvoorschrift geïntroduceerd wordt dat op het vlak van de formulering van zijn toepassingsgebied een onderscheiden criterium of set van criteria hanteert als de overige, bestaande gedragsvoorschriften binnen deze regelgeving. Of deze hogere mate van ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften ook daadwerkelijk resulteert in een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen, zal concreet afhangen van het volgende: de mate waarin de concrete inhoud en de concrete mate van precisering van het bijkomende gedragsvoorschrift ook werkelijk geschikt is om een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen teweeg te brengen, in de situaties onder het toepassingsgebied van dit gedragsvoorschrift.

Uit de beschrijving van de zonet vermelde, redenen, waarom een hogere ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften een gunstige invloed kan hebben op de mogelijkheden om via de betrokken regelgevende bepalingen tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen te komen, is, volgens ons, meteen ook af te leiden dat er gevallen zijn waarin uit te sluiten is dat een hogere differentiatie van gedragsvoorschriften een gunstige invloed kan hebben op dit vlak. Een dergelijke positieve invloed is, naar onze mening, met name uit te sluiten indien zich het volgende voordoet: het bijkomende gedragsvoorschrift, dat de hogere differentiatie van gedragsvoorschriften teweegbrengt, wijst in zijn toepassingsgebied een feitelijke situatie aan, waarin de meest gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen, in verhouding tot wat geldt voor de feitelijke situaties, aangewezen door het toepassingsgebied van een ander, reeds bestaand gedragsvoorschrift binnen deze regelgeving, geen andere combinatie van voorgeschreven gedrag en mate van precisering vraagt, als reeds terug te vinden is in dit ander, reeds bestaande gedragsvoorschrift. Het volgende voorbeeld kan dit illustreren. Laten we bijvoorbeeld aannemen dat de meest gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen bijvoorbeeld blijkt in te houden dat zowel in alle ‘straten binnen woongebieden’ als in alle ‘speelstraten’ niet sneller gereden wordt dan 40 kilometer per uur. In dit geval is dan geen bijdrage tot het bereiken van een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen te verwachten, indien de formulering, *“In speelstraten en straten binnen woongebieden is het verboden sneller te rijden dan 40 kilometer per uur.”*, moet wijken voor een verdere differentiatie van gedragsvoorschriften, waarbij de ene regelgevende bepaling stelt: *“In speelstraten is het verboden sneller te rijden dan 40 kilometer per uur”*; en de ander regelgevende bepaling luidt: *In straten binnen woongebieden is het verboden sneller te rijden dan 40 kilometer per uur.”*

B.2. De inspanningen om regelgevende bepalingen toepassing te laten vinden

De rechtstheoretische analyse geeft bovendien aan dat, naarmate de ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften binnen een regelgeving toeneemt, in de regel te verwachten is dat deze hogere ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften op zich, ook de inspanningen doet toenemen om de betrokken regelgeving toepassing te laten vinden. De verklaring hiervoor gaat terug op twee fenomenen. Ten eerste speelt hierbij met name het verschijnsel dat bij een hogere ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften meer constellaties van omstandigheden en voorgeschreven gedragingen moeten vastgelegd en omschreven worden bij het formuleren van de betrokken regelgeving. In principe, is daarom te verwachten dat de hogere ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften op zich, hogere inspanningen impliceert om de betrokken gedragsvoorschriften initieel te formuleren. Ten tweede speelt daarbij dan ook het fenomeen dat bij een hogere ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften, het, minsten initieel, meer inspanningen vraagt, om de onderscheiden specifieke situaties en het daarrond voorgeschreven gedrag te leren kennen, al was het maar om ze simpelweg te lezen. In beginsel, is dus ook te verwachten dat de hogere ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften op zich, hogere inspanningen impliceert om de betrokken gedragsvoorschriften initieel te interpreteren⁸¹⁷. Uiteraard is hierbij dan meteen op te merken dat, naast de hogere ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften op zich, de mate van ‘precisering’ van de ‘gedifferentieerde’ gedragsvoorschriften een belangrijke zo niet bepalende invloed zal hebben op de invloed die de concrete

⁸¹⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld KAPLOW, die wat wij aanduiden als ‘differentiatie’ aanduidt met de term ‘precision’ en die in dit verband uitdrukkelijk stelt: *“The greater the degree of precision, the greater will be the costs of formulating legal commands and applying them in adjudication and of parties interpreting them for purposes of deciding how to conform behavior to the law”*. L. KAPLOW, “General Characteristics of Rules” in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 504.

differentiatie van gedragsvoorschriften heeft op de inspanningen om de betrokken regelgeving toepassing te laten vinden⁸¹⁸.

De concrete invloed van de gedragsvoorschriften, die resulteren uit de hogere mate van ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften, op de inspanningen om de regelgevende bepalingen van de betrokken regelgeving toepassing te laten vinden, zal natuurlijk niet alleen afhangen van de gehanteerde mate van ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften maar ook van de mate van ‘precisering’ van de betrokken gedragsvoorschriften en van de frequentie waarmee zich de constellaties van feitelijke omstandigheden voordoen, waarrond de betrokken gedragsvoorschriften een regeling voorzien⁸¹⁹. De ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften op zich, met name het introduceren van een bijkomend gedragsvoorschrift binnen regelgeving dat op het vlak van de formulering van zijn toepassingsgebied een onderscheiden criterium of set van criteria hanteert als de overige, bestaande gedragsvoorschriften binnen deze regelgeving, zal echter, in principe, steeds aanleiding geven tot een toename van de inspanningen om de betrokken regelgeving toepassing te laten vinden.

1.2.2. Richtlijnen rond een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften

Vervolgens bespreken we nu in welke mate we omvattende richtlijnen kunnen vaststellen rond de optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften. Met dergelijke omvattende richtlijnen rond de optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften bedoelen we dan met name richtlijnen, die als leidraad kunnen dienen, om, in het licht van de betrokken soorten *feitelijke omstandigheden* en de daarin voor te schrijven soort *gedragingen*, steeds, die mate van ‘precisering’ en ‘differentiatie’ vast te stellen in de formulering van inhoudelijk passende gedragsvoorschriften, die het volgende verzekert: dat de betrokken regelgevende bepalingen, doorheen de betrokken feitelijke omstandigheden, een bijdrage leveren tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen, die maximaal de inspanningen overstijgt om de betrokken regelgevende bepalingen toepassing te laten vinden⁸²⁰.

De hierboven beschreven systematisering en verklaring van de effecten van een ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften laat daar bij uiteindelijk nog niet toe om tot dergelijke omvattende richtlijnen te komen rond de optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften. In dit verband heeft ook de rechtstheoretische analyse, zoals gezegd, reeds aangegeven dat ze niet in staat is om vanuit deze algemene richtlijn ook gedetailleerde richtlijnen te formuleren, die als leidraad kunnen dienen, om in concrete gevallen steeds de optimale mate van ‘precisering’ en ‘differentiatie’ vast te stellen in de formulering van concrete, inhoudelijk passende gedragsvoorschriften⁸²¹. De verklaring hiervoor is volgens ons, zoals aangegeven, in wezen dat het

⁸¹⁸ Voor een uitgebreide behandeling van de interactie op dit punt tussen ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften, in verwijzen we naar: L. KAPLOW, “Rules versus Standards: an economic analysis”, *Duke Law Journal* 1992-1993, p. 557 e.v..

⁸¹⁹ Voor een uitgebreide behandeling van de interactie op dit punt tussen ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften, in verwijzen we naar: L. KAPLOW, “Rules versus Standards: an economic analysis”, *Duke Law Journal* 1992-1993, p. 557 e.v..

⁸²⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: KOROBKIN, die schrijft: “*The normatively appropriate legal form will minimize net social costs of the resulting behavior. The considerations that inform the normative evaluation of legal form from this perspective can be grouped into three categories: administrative costs, undesirable behavior costs, and private transaction costs.*” R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 31; EHRlich en POSNER die met betrekking tot hun formeel model rond “*the optimum number (precision) of statutory and of judge-made rules*” schrijven: “*The model is based on a social loss function having, as its principal components, the social loss from activities that society wants to prevent, the social loss from the (undesired) deterrence of socially desirable activities, and the costs of producing and enforcing statutory and judge-made rules, including litigation costs.*” I. EHRlich en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 272; Zie ook: L. KAPLOW, “A Model of the Optimal Complexity of Legal Rules”, *The Journal of Law, Economics, & Organization* 1995, p.150-151 en p. 161.

⁸²¹ Met betrekking tot de precisering van gedragsvoorschriften, zie bijvoorbeeld: KOROBKIN, die uitdrukkelijk schrijft: “*Economic analysis does not lead inexorably to a simple rule, or even a complex set of rules, that can guide lawmakers faced with a choice between legal forms. Instead, insights derived from economic analysis at best can form the basis for a multi-factored standard for choosing a form, in which the relevant considerations are specified but their relative weights are left for case-by-case balancing.*”. R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 42 Met betrekking tot de differentiatie van gedragsvoorschriften, zie bijvoorbeeld: de uiterst voorzichtige en partiële conclusies bij L.

vaststellen van dergelijke gedetailleerde richtlijnen ook vraagt om een onnoemelijk groot aantal variabelen in te calculeren rond de impact van het hanteren van een bepaalde mate van ‘precisering’ en ‘differentiatie’ bij het formuleren van concrete gedragsvoorschriften.

De hierboven beschreven systematisering en verklaring van de effecten van een ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften laat, volgens ons, echter wel toe om enkele belangrijke ‘vuistregels’ vast te stellen rond de optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften. Bij dergelijke ‘vuistregels’ gaat het dan met name om praktische inzichten rond de gevallen waarin zeer aannemelijk of net uit te sluiten is dat een bepaalde mate van ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften beter geschikt is om inhoudelijk passende gedragsvoorschriften ook een bijdrage te laten leveren tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen, die maximaal de inspanningen overstijgt om de betrokken regelgevende bepalingen toepassing te laten vinden. In wat volgt, bespreken we welke dergelijke ‘vuistregels’ volgens ons gelden rond (A.) de mate van ‘precisering’ van gedragsvoorschriften en (B.) de mate van ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften.

A. Vuistregel rond een optimale ‘precisering’ van gedragsvoorschriften

De systematisering en verklaring van de effecten van een mate van ‘precisering’ van gedragsvoorschriften, laten, volgens ons, de volgende vuistregel toe: indien de te regelen constellaties van feitelijke omstandigheden, voldoende ‘frequent’ en ‘homogeen’ is, is het in principe dan ook aangewezen om inhoudelijk passende gedragsvoorschriften rond deze constellaties van feitelijke omstandigheden te formuleren als ‘regels’, eerder dan als ‘standaarden’⁸²². Het voldoende ‘frequent’ zijn van de te regelen constellaties van feitelijke omstandigheden, verwijst binnen deze vuistregel dan met name naar het feit dat deze constellaties van feitelijke omstandigheden vaak genoeg voorkomen. Het voldoende ‘homogeen’ zijn van de te regelen constellaties van feitelijke omstandigheden verwijst binnen deze vuistregel naar het feit dat, doorheen de vele feitelijke variaties in de betrokken constellaties van feitelijke omstandigheden, in wezen steeds het al dan niet voorliggen van een relatief beperkte set van specifieke feiten determinerend is voor de gedragingen die voor te schrijven zijn om, doorheen deze feitelijke variaties in de betrokken constellaties van feitelijke omstandigheden, tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen te komen⁸²³. Het al dan niet voorliggen van de betrokken set van specifieke feiten kunnen regelgevende bepalingen dan met name als aanknopingspunt nemen om de uiteindelijke ‘inhoud’ van hun gedragsvoorschriften om de betrokken constellaties van feitelijke omstandigheden te regelen, definitief af te stellen en vast te leggen.

Deze vuistregel, dat gedragsvoorschriften met een hogere ‘precisering’ of een hoger ‘regel’-karakter aangewezen zijn als de te regelen constellatie van feitelijke omstandigheden voldoende ‘frequent’ en ‘homogeen’ is, steunt dan met name op de volgende inzichten rond de effecten van de ‘precisering’ van gedragsvoorschriften.

Het eerste inzicht is dat gedragsvoorschriften met een hogere ‘precisering’ of een hoger ‘regel’-karakter slechts daadwerkelijk gaan bijdragen tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen, indien zij ingezet worden om constellaties van omstandigheden te regelen die ook, in de zonet vermelde zin, voldoende ‘homogeen’ zijn. Worden gedragsvoorschriften met een hogere ‘precisering’ of een hoger ‘regel’-karakter ingezet om constellaties van omstandigheden te regelen die te ‘heterogeen’ zijn, dan zal dit gedragsvoorschrift immers, zoals

KAPLOW, "A Model of the Optimal Complexity of Legal Rules", *The Journal of Law, Economics, & Organization* 1995, p. 163.

⁸²² Deze vuistregel laat zich met name vaststellen op grond van bijvoorbeeld: R. KOROBKIN, "Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited", *Oregon Law Review* 2000, p.33, 38 en 43 en L. KAPLOW, "Rules versus Standards: an economic analysis", *Duke Law Journal* 1992-1993, p. 511 en I. EHRLICH en R. POSNER, "An Economic Analysis of Legal Rulemaking", *Journal of Legal Studies* 1974, p. 270.

⁸²³ Vergelijk in die zin ook: R. KOROBKIN, "Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited", *Oregon Law Review* 2000, p. 37 ("Rules have lower undesirable behavior costs when factual circumstances are homogenous, because a single line drawn between permitted and prohibited acts for an entire range of circumstances will be appropriate most of the time.").

aangegeven, al te vaak gedragingen voorschrijven in gevallen, waar de meest gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen vraagt om gedragingen anders te coördineren⁸²⁴.

Het tweede inzicht waarop de zonet vermelde vuistregel steunt is dat, te verwachten is dat de inspanningen om gedragsvoorschriften toepassing te laten vinden, per bijkomende toepassing in een concreet geval, dalen bij 'regels' terwijl ditzelfde fenomeen niet te verwachten is bij 'standaarden'. De verklaring hiervoor luidt als volgt. De inspanningen om regelgevende bepalingen initieel te formuleren zijn, zoals aangegeven, in de regel, hoger bij gedragsvoorschriften met een hogere 'precisering' of een hoger 'regel'-karakter, dan bij gedragsvoorschriften met een lagere 'precisering' of een hoger 'standaard'-karakter. De verklaring hiervoor is, zoals gezegd, dat bij het initiële formuleren van 'regels' verhoudingsgewijs veel meer kennis moet vergaard worden, met name rond het volgende: de specifieke feiten binnen mogelijke constellaties van feitelijke omstandigheden, die bepalen of een bepaalde inhoudelijke afstelling van gedragsvoorschriften in die constellaties van feitelijke omstandigheden ook tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen zal leiden. Daartegenover staat dan echter dat de inspanningen om de betrokken regelgevende bepalingen vervolgens te interpreteren en toe te passen ten aanzien van een concreet geval, in de regel, lager is bij gedragsvoorschriften met een hogere 'precisering' of een hoger 'regel'-karakter, dan bij gedragsvoorschriften met een lagere 'precisering' of een hoger 'standaard'-karakter. De verklaring hiervoor is, zoals aangegeven, in essentie dat de interpretatie en toepassing van 'regels', in principe, enkel nog vraagt om na te gaan of al dan niet specifieke feiten voorliggen binnen een concrete constellatie van omstandigheden terwijl de interpretatie en toepassing van 'standaarden' daarentegen telkens opnieuw vraagt om het geheel van de specifieke feiten binnen de concrete constellatie van omstandigheden in overweging te nemen en te toetsen aan een bepaald criterium. Indien de te regelen constellatie van omstandigheden zich dus voldoende frequent voordoet, is met andere woorden te verwachten dat zich op een bepaalde punt het volgende zal voordoen: de relatieve besparing aan inspanningen, die een formulering als 'regel' in plaats van als 'standaard' mogelijk maakt bij elke concrete interpretatie en toepassing van het betrokken gedragsvoorschrift, zal de relatieve extra inspanningen gaan overstijgen, die nodig waren bij de initiële formulering als 'regel' in plaats van als 'standaard'⁸²⁵. Naarmate de te regelen constellatie van omstandigheden zich frequenter voordoet, is het vanuit het oogpunt van het minimaliseren van de inspanningen om de betrokken regelgeving toepassingen te laten vinden dus ook steeds meer aangewezen om te opteren voor gedragsvoorschriften met een hogere 'precisering' of een hoger 'regel'-karakter.

Het laatste inzicht waarin de zonet vermelde vuistregel steun meent te vinden is dan met name de, eerder vermelde, analyse dat in de praktijk de verwachting, dat de formulering van een 'regel' vele concrete gevallen zal beheersen, er kan toe leiden dat bij de initiële formulering, zoveel meer zorg besteed wordt aan de passende inhoudelijke afstelling, als het geval is bij de interpretatie en toepassing van een standaard ten aanzien van één concreet geval, dat 'regels' uiteindelijk betere mogelijkheden bieden om steeds de optimale inhoudelijke afstelling van gedragsvoorschriften te bereiken ten aanzien van concrete gevallen⁸²⁶.

⁸²⁴ Zie in die zin ook bijvoorbeeld: R. KOROBKIN, "Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited", *Oregon Law Review* 2000, p. 37 en I. EHRLICH en R. POSNER, "An Economic Analysis of Legal Rulemaking", *Journal of Legal Studies* 1974, p. 270 ("The problems of overinclusion and underinclusion are more serious the greater the heterogeneity (or ambiguity, or uncertainty) of the conduct intended to be affected. If speeding were a homogeneous phenomenon-as it would be, for example, if driving at a speed of more than 70 miles per hour were always unreasonably fast and driving at a lesser speed never unreasonably fast-it could be effectively proscribed by a uniform speed limit of 70 with no residual prohibition of unreasonably fast driving. But speeding is in fact heterogeneous. It includes some driving at very low speeds and excludes some very fast driving, depending on a multitude of particular circumstances. A single speed limit or even a large number of separate speed limits must exclude a great deal of conduct that is really speeding and include a great deal that is not really speeding.").

⁸²⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld KOROBKIN, die schrijft: "Because of different administrative cost structures of rules and standards, rules will be relatively cheaper (and thus more desirable) in areas of law where identical disputes arise frequently. In such circumstances, the cost of matching a set of facts to a legal consequence is borne only once, when the rule is promulgated, and that cost is then amortized over a large number of transactions. In high-frequency disputes, standards are relatively less efficient because adjudicators must match the same facts to legal consequences over and over, effectively reinventing the wheel every time." R. KOROBKIN, "Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited", *Oregon Law Review* 2000, p. 33.

⁸²⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: KOROBKIN, die schrijft: "...that precision is costly, and adjudicators will often determine that the marginal administrative costs of applying a standard precisely (rather than haphazardly) based

B. Vuistregel rond een optimale ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften

De systematisering en verklaring van de effecten van een mate van ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften, laten, volgens ons, de volgende vuistregel toe: een hoger ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften is niet aangewezen als het bijkomende gedragsvoorschrift, dat daaruit volgt in zijn toepassingsgebied een feitelijke situatie aanwijst, waarin de meest gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen, in verhouding tot wat geldt voor de feitelijke situaties, aangewezen door het toepassingsgebied van een ander, reeds bestaand gedragsvoorschrift binnen deze regelgeving, geen andere combinatie van voorgeschreven gedrag en mate van precisering vraagt, als reeds terug te vinden is in dit ander, reeds bestaande gedragsvoorschrift.

Deze vuistregel steunt dan met name op de volgende, hierboven reeds vermelde inzichten rond de effecten van de ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften. Ten eerste knoopt deze vuistregel aan bij het inzicht dat geen bijdrage tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen te verwachten is van een hogere differentiatie van gedragsvoorschriften binnen regelgeving, die leidt tot bijkomende gedragsvoorschriften, die ten aanzien van dezelfde situaties, met dezelfde graad van precisering, dezelfde gedragingen voorschrijven, als reeds bestaande gedragsvoorschriften binnen deze regeling. Het tweede inzicht waarop deze vuistregel steunt, is dan dat in de regel te verwachten is dat een hogere ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften op zich, de inspanningen doet toenemen om de betrokken regelgeving toepassing te laten vinden.

2. Het middel van een ingrijpen van intellectuele rechten en van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’

Om de meest correcte en geschikte ‘systematiek’ te bepalen van het optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht ontlede we nu, zoals aangegeven, in de tweede plaats ook het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ van het recht inzake oneerlijke mededinging dat als *middel* dient om de specifieke soort investeringsbescherming te verlenen die de rode draad vormt doorheen dit ingrijpen.

Hierboven kwamen reeds de grote lijnen aan bod van het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ van het recht inzake oneerlijke mededinging als *middel* om in de betrokken specifieke soort investeringsbescherming te voorzien. Zoals aangegeven, hanteren zowel intellectuele rechten als het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ in essentie steeds een zelfde, typische werkwijze om de betrokken investeringsbescherming te realiseren: personen, in het licht van bepaalde feitelijke omstandigheden, een verbod opleggen om bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen te stellen ten aanzien van bepaalde incorporaties van de inspanningen van een andere persoon en ten aanzien van bepaalde daaraan gelijkende, andere zintuiglijk waarneembare manifestaties. In beginsel hanteren intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, zoals gezegd, echter wel een onderscheiden juridisch concept en een onderscheiden focus bij de concrete implementatie van de betrokken specifieke soort investeringsbescherming.

In dit onderdeel voeren we nu met name een verdere analyse door van het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ dat als *middel* dient om de betrokken specifieke soort investeringsbescherming te verlenen. Deze verdere analyse houdt met name in dat we dit ingrijpen ontlede in het licht van de gemeenschappelijke grootheid van de kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties. Met het oog op deze ontleding, gaan we met name in op de verklaringen of theorieën rond de ‘mechaniek’ van het betrokken ingrijpen, specifiek in het licht van dit referentiepunt van de kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties. Bij deze verklaringen of theorieën rond de ‘mechaniek’ van het betrokken ingrijpen gaat het dan met name om analyses rond het volgende: de wijze waarop de concrete bepalingen en beginselen van intellectuele rechten of van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, hun coördinatie van gedragingen in werking stellen en afstellen in het licht van de kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties. In wat volgt, bespreken we vanuit die optiek met name eerst (2.1.) de ‘mechaniek’

*on its underlying principles will not always exceed the marginal benefit of doing so.” KAPLOW die stelt: “But if the cases are anticipated to arise frequently and have important recurring characteristics, rules will not only be preferable, but might be expected to be more precise. In such instances, it is worth investing substantial effort to fine-tune a rule system.” L. KAPLOW, “Rules versus Standards: an economic analysis”, *Duke Law Journal* 1992-1993, p. 622.*

van het ingrijpen van de intellectuele rechten. Daarna (2.2.) gaan we dan in op de ‘mechaniek’ van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’.

2.1. De ‘mechaniek’ van intellectuele rechten

Wat de ‘mechaniek’ van het ingrijpen van intellectuele rechten betreft, stellen we vast dat er in essentie twee onderscheiden, geldige theorieën te verdedigen zijn. De wijze waarop de concrete bepalingen en beginselen van intellectuele rechten hun coördinatie van gedragingen in werking stellen en afstellen in het licht van de kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties laat zich immers geldig verklaren op grond van zowel een ‘theorie rond immateriële goederen’ als een ‘theorie rond intellectueelrechtelijk lasten’.

De theorie rond ‘immateriële goederen’ stelt in essentie dat een intellectueel recht de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid verleent naar aanleiding en ten aanzien van een bepaald soort ‘immaterieel goed’⁸²⁷ waarbij deze exclusieve bevoegdheid ten aanzien van dit ‘object’, het betrokken concrete ‘immaterieel goed’ dus, dan ook de leidraad vormt om de verhoudingen tussen personen te regelen rond zintuiglijk waarneembare manifestaties die dit ‘immateriële goed’ belichamen⁸²⁸. Binnen deze theorie verwijst een ‘immaterieel goed’ dan met name naar een geestelijke realiteit die resulteert uit de inspanningen van een persoon en die een autonoom bestaan heeft naast zintuiglijk waarneembare objecten of handelingen⁸²⁹. Dit ‘autonoom’ bestaan van ‘immateriële goederen’ houdt daarbij met name in dat een concreet ‘immaterieel goed’ wat zijn bestaan of kenmerken betreft als geestelijke realiteit, nooit te reduceren is tot het bestaan en de kenmerken van één van zijn incorporaties⁸³⁰ en wat zijn bestaan of kenmerken betreft als geestelijke realiteit, al evenmin beperkingen ondervindt van gebeurtenissen die enkel de zintuiglijk waarneembare realiteit betreffen van zijn incorporaties⁸³¹. Volgens deze theorie werkt het ingrijpen van

⁸²⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: R. KRAßER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht* – , München, C.H. Beck, 2009, Kapitel I, II. Die Erfindung als Gegenstand des Patents, Nr. 2 ; S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 377 e.v.; A. KOPFF, "Die Schutzsysteme im Immaterialgüterrecht", *GRURInt* 1983, p.352 ("Wichtig ist nur, hervorzuheben, daß Gegenstand des Immaterialgüterrechts ein immaterielles Gut ist das man von dem physischen Träger zu unterscheiden hat, der freilich manchmal, aber nicht immer, sein Seinsfundament bildet."); J. KOHLER, *Musterrecht. Geschmacks- und Gebrauchsmusterrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1909, p. 40 and p.66; J. KOHLER, *Urheberrecht an schriftwerken und verlagsrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1907, (nieuwe druk: Aalen, Scientia Verlag, 1980), p. 1 ("Immaterialgüterrecht, d. h. ein Recht a einem außerhalb des Menschen stehenden, aber nicht körperlichen, nicht faß- und greifbaren Rechtsgute.").

⁸²⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. SAMBUC, "Einleitung" in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Gesetz gegen de unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p.407 ("Immaterialgüterrechte: D. h. der Gegenstand des Rechts ist an sich ein unkörperlicher. Der schutz erstreckt sich jedoch auf körperliche Gegenstände (Werkexemplare)."); A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Basel en Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p. 58-59; Vergelijk op dit punt ook: P. DRAHOS, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth Publishing Company, Aldershot, 1996, p. 157 ("Abstract objects function as gateways to valuable physical objects.")

⁸²⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Basel en Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p. 55 en J. KOHLER, *Urheberrecht an schriftwerken und verlagsrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1907, (nieuwe druk: Aalen, Scientia Verlag, 1980), p. 1.

⁸³⁰ Uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: J. KOHLER, *Urheberrecht an schriftwerken und verlagsrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1907 (nieuwe druk: Aalen, Scientia Verlag, 1980), p.10 ("Auch das Erfinderrecht ist nicht ein Recht an einer spekulativen Idee, sondern an einer Idee, welche den Boden der Wirklichkeit betreten hat, welche also der Erfinder zu verwirklichen vermag: wer eine Idee aufstellt, ohne eine Möglichkeit der Verkörperung darzulegen ist kein Erfinder; allerdings beschränkt sich sein Recht nicht auf diese Verwirklichungsform, sondern erstreckt sich auf alle sonstigen Weisen der Verwirklichung,...So ist es nun auch im Urheberrecht: der Maler eines Bildes muß das in im lebende imaginäre Bild verwirklicht haben, erst dann hat er ein Autorrecht, hat er es aber verwirklicht, so ist sein Autorrecht nicht auf diese Verwirklichungsform beschränkt, und es ist Anderen nicht gestattet, seine Idee in Gestalt des Kupfertisches oder Steindruckes zu vervielfältigen.") Vergelijk echter ook: O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht. Band 1: Allgemeiner Teil u. Personenrecht*, Leipzig (o.a.), 1895, p. 854.

⁸³¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Basel en Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p. 58-59; S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers*

intellectuele rechten dus in eerste instantie in op de autonome geestelijke realiteit van de ‘immateriële goederen’ en vormt dit ingrijpen de leidraad voor de wijze, waarop het intellectuele recht de verhoudingen tussen personen regelt rond zintuiglijk waarneembare manifestaties. Deze theorie rond ‘immateriële goederen’ neemt ook aan dat de concrete bepalingen van intellectuele rechten het ingrijpen van deze intellectuele rechten daarbij dus, in eerste instantie, afstellen op de kenmerken van ‘immateriële goederen’, om intellectuele rechten dan, in het licht van deze afstelling, ook hun effect te laten resulteren ten aanzien van zintuiglijk waarneembare objecten en handelingen die er bepaalde kenmerken op nahouden. Deze theorie rond ‘immateriële goederen’ zette zich eind 19^e eeuw door⁸³² en vormt tot op heden de dominante verklaring rond de wijze waarop intellectuele rechten ingrijpen in de verhoudingen tussen personen rond zintuiglijk waarneembare manifestaties⁸³³.

De theorie rond ‘intellectueelrechtelijk lasten’ stelt daarentegen in essentie dat intellectuele rechten de rechthebbende, via intellectueelrechtelijke lasten, een exclusieve bevoegdheid verlenen over bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van die zintuiglijk waarneembare manifestaties die samen het ‘object’ uitmaken van de verleende exclusieve bevoegdheid omdat deze zintuiglijk waarneembare manifestaties hun capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan een bepaald resultaat van intellectuele arbeid. Voor het zonet omschreven ingrijpen laten intellectuele rechten zich, volgens deze theorie, dan met name leiden door de zintuiglijk waarneembare kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare handelingen en manifestaties, daarbij in het bijzonder rekening houdend met de hypothesen die de archetypische analyses die ze preciseren en opleggen ten aanzien van de zintuiglijk

Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres, Brussel, Larcier, 2005, p.377 e.v. (Waar deze auteur aangeeft dat, op grond van “*Le principe d’indépendance de la propriété corporelle et de la propriété intellectuelle*”, het verkrijgen van eigendomsrecht over een belichaming van het ‘immateriële goed’ geen invloed heeft op de exclusieve rechten ten aanzien van dit ‘immateriële goed’); U. JOOS, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz*, München, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p. 52 (Waar deze auteur eveneens aangeeft dat het verkrijgen van eigendomsrecht over een belichaming van het ‘immateriële goed’ geen invloed heeft op de exclusieve rechten ten aanzien van dit ‘immateriële goed’); Vergelijk ook F. GOTZEN, *Het Bestemmingsrecht van de auteur*, Brussel, Larcier, 1975, p. 71 (Waar deze auteur onder meer aangeeft dat de theorie rond ‘immateriële goederen’ als ‘denktechniek’ helpt verklaren waarom de exclusieve bevoegdheid van de rechthebbende ten aanzien van het ‘immateriële goed’ geen invloed ondervindt van de eventuele vernietiging of wijziging van de belichaming van het betrokken het ‘immateriële goed’).

⁸³² Zie in dit verband bijvoorbeeld: J. KOHLER, *Urheberrecht an schriftwerken und verlagsrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1907, (nieuwe druk: Aalen, Scientia Verlag, 1980), 515 p.; J. KOHLER, *Musterrecht. Geschmacks- und Gebrauchsmusterrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1909, 164 p.; J. KOHLER, *Handbuch des Deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung*, Mannheim, Bensheimer, 1900, 971 p.; O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht. Band 1: Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig, Dunker & Humblot, 1895, p. 749 e.v.; E. PICARD, "Introduction. Des éléments Primitifs et essentiels d'un droit. – De la classification originaire des droits. – Des droits intellectuels à ajouter comme quatrième terme a la division classique des droits en personnels, réels et d'obligation." in E. PICARD en N. D'HOFFSCHMIDT (eds.) *Pandectes Belges : encyclopédie de législation, de doctrine et de jurisprudence belges*, Brussel, Larcier, 1879, tome 2, p.XXVII ; Zie voor een overzicht van de wijze waarop een theorie rond ‘immateriële goederen’ zich in de Europees Continentale en Angelsaksische rechtstraditie zich wist door te zetten binnen het domein van de intellectuele rechten, bijvoorbeeld: V. JÄNICH, *Geistiges Eigentum – eine Komplementärerscheinung zum Sacheigentum?*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2002, p. 82 e.v. en P. DRAHOS, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth Publishing Company, Aldershot, 1996, p. 16 e.v..

⁸³³ Zie op dit vlak het belang dat de volgende auteurs hechten aan een verklaring van het ingrijpen van intellectuele rechten volgens de theorie rond ‘immateriële goederen’: R. KRAßER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht –*, München, C.H. Beck, 2009, Kapitel I, II. Die Erfindung als Gegenstand des Patents, Nr. 2; N. BRONZO, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, Parijs, Editions L'Harmattan, 2007, p. 82; S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 377 (“*Le principe d’indépendance de la propriété corporelle et de la propriété intellectuelle*”); U. JOOS, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz*, München, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p. 52.

waarneembare kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare handelingen en manifestaties aannemelijk maken rond relevante, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen⁸³⁴. Bij deze relevante, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen gaat het dan in het bijzonder om het leveren van intellectuele arbeid en het ervaren van een bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen op grond van zintuiglijk waarneembare manifestaties die mogelijk gemaakt zijn door de geleverde intellectuele arbeid. De ‘intellectueelrechtelijke lasten’ die intellectuele rechten opleggen⁸³⁵, vertonen hierbij dan in het bijzonder de volgende twee kenmerken. Ten eerste wegen deze ‘intellectueelrechtelijke lasten’, op derden tegenstelbare wijze, op elke zintuiglijk waarneembare manifestatie die tot het ‘object’ behoort van de door een intellectuele recht verleende exclusieve bevoegdheid, ongeacht het in bezit of eigendom geven van deze zintuiglijk waarneembare manifestatie. Ten tweede strekken deze ‘intellectueelrechtelijke lasten’ er daarbij telkens toe om, binnen de grenzen aangegeven door het betrokken intellectuele recht, de ‘rechthebbende’ een exclusieve en derden tegenstelbare⁸³⁶ bevoegdheid te verlenen rond bepaalde soorten feitelijke handelingen ten aanzien van de bezwaarde, zintuiglijk waarneembare manifestaties⁸³⁷. Het eigenlijke ingrijpen van intellectuele rechten werkt, volgens deze theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dus echter steeds in naar aanleiding en ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties. Volgens deze ‘theorie rond intellectueelrechtelijk lasten’ stellen de concrete bepalingen van intellectuele rechten dit ingrijpen van deze intellectuele rechten daarbij in beginsel ook steeds af op de kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties, maar houden ze dus wel rekening met de hypothesen die deze kenmerken aannemelijk maken rond aan de mens interne bewustzijnsfenomenen. Deze theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ vormt daarbij onze, alternatieve verklaring rond de wijze waarop intellectuele rechten de verhoudingen regelen tussen personen met betrekking tot zintuiglijk waarneembare manifestaties. Deze theorie baseren wij hierbij vooral op de fundamentele kritiek die een minderheid binnen de rechtsleer reeds formuleerde ten aanzien van de verklaring van het ingrijpen van intellectuele rechten vanuit de ‘theorie rond immateriële goederen⁸³⁸’.

Hét onderscheid in de verklaring die de ‘theorie rond immateriële goederen’ en de ‘theorie rond intellectueelrechtelijk lasten’ geven rond de ‘mechaniek’ van intellectuele rechten, is dus de ‘realiteit’ waarop intellectuele rechten inwerken en die zij als leidraad nemen om hun ingrijpen af te stellen. Volgens de ‘theorie

⁸³⁴ Op dit punt inspireert de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ zich bijvoorbeeld op de analyse van KOKTVEDGAARD die intellectuele rechten ontleedt als ‘gestructureerde vergelijkingsregels’. M. KOKTVEDGAARD, *Konkurrencepraegede Immaterialretspositioner. Bidrag til loeren om de lovsbestemte enerettigheder og ders forhold til den almene kokurrenceret*, Kopenhagen, Juristforbundets Forlag, 1965, p. 124.

⁸³⁵ Voor deze analyse dat intellectuele rechten in wezen ingrijpen door zintuiglijk waarneembare manifestaties te bezwaren met ‘intellectueelrechtelijke lasten’ baseert de ‘theorie rond intellectueelrechtelijk lasten’ zich met name op: O. MAGNUSSEN, *Naboretlige Studier*, Kopenhagen, Gads, 1950, p. 36 e.v. en p.45 e.v. (Deze auteur ontleedt het ingrijpen van intellectuele rechten als zintuiglijk waarneembare manifestaties bezwaren met ‘negatieve erfdiensbaarheden’) en C. SCHRAMM, *Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen rechtsschutzes und Urheberrechtes*, C. Heymanns Verlag KG, Berlijn, Keulen, 1954, p. 368 (Deze auteur ontleedt het ingrijpen van intellectuele rechten als zintuiglijk waarneembare manifestaties ‘belasten’ met een ‘Vorbehalt’ met ‘dingliche Wirkung’).

⁸³⁶ Vergelijk op dit vlak VAN GERVEN, die hun principiële tegenstelbaarheid aan derden aanduidt als een gemeenschappelijk kenmerk van zakelijke rechten en intellectuele rechten, W. VAN GERVEN, “Algemeen Deel” in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (ed.), *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, p. 97.

⁸³⁷ Vergelijk op dit punt SCHRAMM, die schrijft: “Alle körperlichen Gegenstände, welche einen Schutzrechtsgegenstand konkretisieren, sind vom Augenblick der Erzeugung an mit dem Vorbehalt des alleinigen Nutzungsrechtes durch den Schutzrechtsinhaber belastet. Die Belastung ist eine dingliche und bleibt so lange an dem Gegenstand haften, gleichgültig, durch wie viele Hände er geht, bis die Belastung ‘verbraucht’ ist.” C. SCHRAMM, *Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen rechtsschutzes und Urheberrechtes*, C. Heymanns Verlag KG, Berlijn, Keulen, 1954, p. 368.

⁸³⁸ Zie met betrekking tot deze fundamentele kritiek bijvoorbeeld: M. KOKTVEDGAARD, *Konkurrencepraegede Immaterialretspositioner. Bidrag til loeren om de lovsbestemte enerettigheder og ders forhold til den almene kokurrenceret*, Kopenhagen, Juristforbundets Forlag, 1965, 463 p.; S. STRÖMHOLM, “Der urheberrechtliche Werkbegriff in der neueren nordischen Rechtslehre”, *GRUR Int.* 1963, Deel I: p. 433-443 en Deel II: p. 481-489; A. ROSS, “Ophavsrettens grundbegreben”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1945, p. 340 e.v.; Zie op dit punt ook: B. GODENHIELM, “Ist die Erfindung etwas Immaterielles?”, *GRUR Int* 1996, p.327-330; P. DRAHOS, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth Publishing Company, Aldershot, 1996, p. 18.

rond immateriële goederen' is deze 'realiteit', in eerste instantie, de autonome, geestelijke realiteit van 'immateriële goederen' en dient dit ingrijpen rond 'immateriële goederen' vervolgens dan als leidraad voor de wijze waarop intellectuele rechten de verhoudingen tussen personen regelen rond zintuiglijk waarneembare manifestaties. De 'theorie rond intellectueelrechtelijk lasten' daarentegen verklaart het inwerken en het afstellen van het ingrijpen van intellectuele rechten over gans de lijn binnen de 'realiteit' van zintuiglijke waarneembare manifestatie en aan de mens interen bewustzijnsfenomenen.

De rode draad doorheen de 'theorie rond immateriële goederen' en de 'theorie rond intellectueelrechtelijk lasten' is hun opvatting rond het juridische concept en de focus die het ingrijpen van intellectuele rechten beheersen. Beide theorieën nemen aan dat intellectuele rechten, bij het in werking stellen en afstellen van hun ingrijpen, aansluiten bij het juridische concept van het verlenen van 'subjectieve rechten'⁸³⁹ en daarbij focussen op het al dan niet voorliggen van specifieke feiten binnen een bepaalde constellatie van feitelijke omstandigheden. Naargelang de betrokken theorie houden deze specifiek feiten dan met name verband met een bepaald soort 'immaterieel goed' dan wel met bepaalde kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties en de hypothesen die deze kenmerken toelaten rond aan bepaalde aan de mens interne bewustzijnsfenomenen⁸⁴⁰.

In dit onderdeel gaan we nu dieper in op de verklaring die (2.1.1.) de 'theorie rond immateriële goederen' en de (2.1.2.) de 'theorie rond intellectueelrechtelijk lasten' geven rond de 'mechaniek' van het ingrijpen van intellectuele rechten. Deze bespreking⁸⁴¹ moet ons de nodige achtergrond geven om later te bepalen welke opvatting rond de 'mechaniek' van het ingrijpen van intellectuele rechten, de meest coherente en 'geschikte' criteria en referentiepunten oplevert voor de comparatieve toetsing die wij op het oog hebben om de specialisatie te evalueren die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht.

⁸³⁹ Vanuit Continentaal Europese rechtstraditie is het vrij algemeen aanvaard dat intellectuele rechten bij het verlenen van een exclusieve bevoegdheid of een exclusief recht, aansluiten bij het juridische concept van het verlenen van een 'subjectief recht'. In die zin bijvoorbeeld: T. SAMBUC, "Einleitung" in H. HARTEBAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p. 407 (Als één van de "Wesensmerkmale geistigen Eigentums" vermeldt deze auteur dat het om "Subjektive Rechte" gaat); V. JÄNICH, *Geistiges Eigentum – eine Komplementärscheinung zum Sacheigentum?*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2002, p. 189 e.v.; J. DABIN, *Le Droit Subjectif*, Parijs, Dalloz, 1952, p.190 ("Compte tenu de la diversité de nature et de destination des 'choses' en présence, on n'aperçoit pas de raison de ne pas admettre, sous la rubrique commune de droit sur les choses une catégorie de jura in re corporali (droit réels) et une catégorie de jura in re incorporali (droits intellectuels), traduisant mutatis mutandis l'appartenance-maîtrise caractéristique du droit subjectif.") Wat de Common Law rechtstraditie betreft is het daarentegen gebruikelijk om aan te nemen dat intellectuele rechten bij het verlenen van een exclusieve bevoegdheid of een exclusief recht, aansluiten bij het juridische concept van een 'property right'. Zie bijvoorbeeld: K. GARNETT, G. DAVIES, G. HARBOTTLE, *Copinger and Skone James on Copyright*, London, Sweet & Maxwell, 2005, nr. 7-01 ("Copyright is a statutory property right, the rights of property granted being the exclusive right to do various "restricted acts" in relation to the copyright work. Being a property right, the rights of a copyright owner can be sold or licensed. ... As to enforcement of those rights, the remedy for invasion of a copyright owner's exclusive rights by a third party is, by statutory definition, an action for infringement."); Zie ook V. JÄNICH, *Geistiges Eigentum – eine Komplementärscheinung zum Sacheigentum?*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2002, p. 59 e.v. (m.b.t. "Der Property-Begriff").

⁸⁴⁰ Vergelijk in die zin bijvoorbeeld: R. HILTY, "The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces" in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p. 45 ("Überwindet das Investitionsergebnis hingegen die Hürde der spezifisch immaterialgüterrechtlichen Schutzvoraussetzungen, ..."); A. KOPFF, "Die Schutzsysteme im Immaterialgüterrecht", *GRURInt* 1983, p. 351-352.

⁸⁴¹ Bij deze bespreking focussen we niet op de gelijkenissen maar wel op de verschillpunten in de verklaringen, die de 'theorie rond immateriële goederen' en de 'theorie rond intellectueelrechtelijk lasten' in dit verband bieden. Dit houdt in dat we in wat volgt niet verder ingaan op de wijze waarop deze onderscheiden theorieën het ingrijpen van intellectuele rechten laten aansluiten bij het juridische concept van een 'subjectief recht'. In wat volgt, gaan we echter wel na in welke mate de onderscheiden situering van de 'realiteit' van het ingrijpen van intellectuele rechten, binnen beide theorieën, een invloed uitoefent op hoe omvattend en correct hun verklaringen zijn rond wijze, waarop de betrokken concrete bepalingen van intellectuele rechten te verstaan zijn als aanwijzingen naar kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties.

2.1.1. De theorie rond ‘immateriële goederen’

De theorie rond ‘immateriële goederen’ levert, zoals aangegeven, de dominante verklaring rond het ingrijpen van intellectuele rechten. In dit onderdeel lichten we deze theorie en haar verklaring verder toe. Voor deze toelichting opteren we voor de volgende aanpak. Eerst (A.) bespreken we wat de theorie rond ‘immateriële goederen’ als de moeilijkheid ziet bij het verklaren van het ingrijpen van intellectuele rechten. Daarna (B.) volgt dan een meer gedetailleerde bespreking van de verklaring die deze theorie geeft rond het ingrijpen van intellectuele rechten. Ten slotte (C.) lichten we dan ook nog eens uitdrukkelijk toe hoe deze theorie haar verklaring rond het ingrijpen van intellectuele rechten als oplossing ziet voor de moeilijkheden die ze identificeert rond het verklaren van dit ingrijpen.

A. Analyse van de moeilijkheden bij het verklaren van het ingrijpen

De ‘theorie rond immateriële goederen’ is er in wezen op gericht om een coherente verklaring te geven rond twee bijzonderheden van het ingrijpen van intellectuele rechten. De eerste bijzonderheid is dat een intellectueel recht een rechthebbende, naar aanleiding van een bepaalde incorporatie van inspanningen, een exclusieve bevoegdheid verleent die uiteindelijk niet alleen deze incorporatie van inspanningen betreft maar ook bepaalde daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties⁸⁴². De tweede bijzonderheid is dat een intellectueel recht uiteindelijk ook een exclusieve bevoegdheid verleent rond soorten handelingen ten aanzien van bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestaties, ongeacht of deze zintuiglijk waarneembare manifestaties, zakenrechtelijk gezien, andere personen toebehoren of gaan toebehoren⁸⁴³.

B. Verklaring rond het ingrijpen

Om nu tot een coherente verklaring te komen rond de wijze, waarop intellectuele rechten ingrijpen in de onderlinge verhoudingen tussen personen met betrekking tot zintuiglijk waarneembare manifestaties, schuift de theorie rond ‘immateriële goederen’, zoals aangegeven, in essentie de volgende analyse naar voor: deze theorie stelt dat intellectuele rechten de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid verlenen naar aanleiding en ten aanzien van een ‘immaterieel goed⁸⁴⁴’, waarbij deze exclusieve bevoegdheid ten aanzien van dit ‘object’, het betrokken concrete ‘immaterieel goed’ dus, dan ook de leidraad vormt om de verhoudingen tussen personen te regelen rond zintuiglijk waarneembare manifestaties die dit ‘immateriële goed’ belichamen⁸⁴⁵.

⁸⁴² Vergelijk: R. KRAßER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht –*, München, C.H. Beck, 2009, Kapitel I, II. Die Erfindung als Gegenstand des Patents, Nr. 2; Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld, ook: B. SHERMAN en L. BENTLEY, *The Making of Modern Intellectual Property Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 32-33.

⁸⁴³ Zie in dit verband bijvoorbeeld: S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 378 e.v.; F. GOTZEN, *Het Bestemmingsrecht van de auteur*, Brussel, Larcier, 1975, p. 72 e.v..

⁸⁴⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: R. KRAßER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht –*, München, C.H. Beck, 2009, Kapitel I, II. Die Erfindung als Gegenstand des Patents, Nr. 2; S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 377 e.v.; A. KOPFF, "Die Schutzsysteme im Immaterialgüterrecht", *GRURInt* 1983, p.352 ("Wichtig ist nur, hervorzuheben, daß Gegenstand des Immaterialgüterrechts ein immaterielles Gut ist das man von dem physischen Träger zu unterscheiden hat, der freilich manchmal, aber nicht immer, sein Seinsfundament bildet."); J. KOHLER, *Musterrecht. Geschmacks- und Gebrauchsmusterrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1909, p. 40 and p.66; J. KOHLER, *Urheberrecht an schriftwerken und verlagsrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1907, (nieuwe druk: Aalen, Scientia Verlag, 1980), p. 1 ("Immaterialgüterrecht, d. h. ein Recht a einem außerhalb des Menschen stehenden, aber nicht körperlichen, nicht faß- und greifbaren Rechtsgute.").

⁸⁴⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. SAMBUC, "Einleitung" in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Gesetz gegen de unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p.407 ("Immaterialgüterrechte: D. h. der Gegenstand des Rechts ist an sich ein unkörperlicher. Der schutz erstreckt sich jedoch auf körperliche Gegenstände (Werkexemplare)."); A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Basel en Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p. 58-59; Vergelijk op dit punt ook: P. DRAHOS, A

Intellectuele rechten gaan, volgens de theorie rond theorie rond ‘immateriële goederen’, met name over tot het verlenen van een exclusieve bevoegdheid, indien uit een incorporatie van inspanningen blijkt, dat de inspanningen hierrond aanleiding gaven tot een ‘immaterieel goed’ van de soort waarrond het betrokken intellectuele recht bescherming toekent. De theorie rond ‘immateriële goederen’ gaat er daarbij met name van uit dat intellectuele rechten het toekennen van hun bescherming afhankelijk maken van het voorliggen van een bepaald soort ‘immaterieel goed’⁸⁴⁶. In de regel blijkt de theorie rond ‘immateriële goederen’ daarbij dan aan te nemen dat vooral de volgende kenmerken van immateriële goederen de onderscheiden soorten ‘immateriële goederen’ typeren waarrond onderscheiden intellectuele rechten hun ingrijpen organiseren: de ‘aard’ van de betrokken ‘immateriële goederen’, het ‘aanwendingsscala’ van de betrokken ‘immateriële goederen’ en het ‘inspanningsniveau’ van de betrokken ‘immateriële goederen’. Bij de ‘aard’ van een ‘immaterieel goed’ gaat het er volgens de theorie rond ‘immateriële goederen’ dan met name om of de betrokken autonome geestelijke realiteit gericht is op het ‘esthetische’ dan wel op een andere functie⁸⁴⁷. Het ‘aanwendingsscala’ van een ‘immaterieel goed’, verwijst binnen de theorie rond ‘immateriële goederen’ dan met name naar de reikwijdte van de potentiële incorporatie-wijzen of realisatie-vormen die de betrokken autonome geestelijke realiteit heeft binnen de kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties⁸⁴⁸. Binnen de theorie rond ‘immateriële goederen’ is het in dit verband bijvoorbeeld gebruikelijk om een onderscheid te maken tussen ‘immateriële goederen’ die een ‘vormgeving’ betreffen en ‘immateriële goederen’ die een ‘leer’ of zelfs een ‘idee’ betreffen. Het gaat er dan met name om dat een ‘vormgeving’, een ‘leer’ of een ‘idee’ het ‘aanwendingsscala’ aangeven van het betrokken ‘immaterieel goed’, in de zin dat een ‘vormgeving’ een ‘leer’ of een ‘idee’ het passende referentiepunt is om de potentiële incorporatie-wijzen of realisatie-vormen te traceren van de betrokken autonome geestelijke realiteit binnen zintuiglijk waarneembare manifestaties. In het licht van hun onderscheiden ‘aard’ en ‘aanwendingsscala’, maakte bijvoorbeeld KOHLER de volgende typering van de ‘immateriële goederen’ die centraal staan binnen het auteursrecht, het octrooirecht en het omvattende modellenrecht dat hij vooropstelde. Het soort immateriële goederen dat centraal staat binnen het octrooi, de ‘uitvindingen’, typeerde hij als technische ‘Naturkräfteideen’⁸⁴⁹. De immateriële goederen die het voorwerp vormen van het auteursrecht, de ‘werken’, typeerde hij als esthetische ‘Weltschöpfungsideoen’⁸⁵⁰. Het soort immateriële goederen dat centraal staat binnen het omvattende modellenrecht dat KOHLER voorstond, typeerde hij als technische of esthetische ‘Raum’- of ‘Formideoen’⁸⁵¹. Bij het ‘inspanningsniveau’ van een ‘immaterieel goed’ gaat het volgens de theorie rond ‘immateriële goederen’ dan met name om de drempel aan bepaalde soort inspanningen die te bereiken is met oog op het creëren van een bepaald soort ‘immateriële goed’. In het kader van de theorie rond ‘immateriële goederen’ is het in dit verband bijvoorbeeld gebruikelijk om aan te nemen dat het creëren van het soort ‘immateriële goederen’ dat centraal staat binnen het octrooirecht met name ‘uitvindingen’ het bereiken van een hogere drempel aan inspanningen veronderstelt dan nodig is voor het creëren van ‘werken’, het soort ‘immateriële goederen’ dat centraal staat binnen het

Philosophy of Intellectual Property, Dartmouth Publishing Company, Aldershot, 1996, p. 157 (“*Abstract objects function as gateways to valuable physical objects.*”).

⁸⁴⁶ A. KOPFF, “Die Schutzsysteme im Immaterialgüterrecht”, *GRURInt* 1983, p.352 (“*Die immateriellen Güter sind, unabhängig davon, welchem Tätigkeitsbereich sie angehören, im Schöpfungsakt verankert, haben jedoch eine selbständige, von der Person des Schöpfers unabhängige Existenz. Dabei unterscheiden sie sich untereinander sowohl in ihrer Struktur, was uns erlaubt, von Werken, Erfindungen, Mustern, Warenzeichen und Leistungen der ausübenden Künstler zu sprechen, als auch bezüglich der Arten und Gebiete ihrer Nutzung, also den einzelnen Bereichen des geistigen Eigentums.*”).

⁸⁴⁷ J. KOHLER, *Urheberrecht an schriftwerken und verlagsrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1907 (nieuwe druk: Aalen, Scientia Verlag, 1980), p. 10.

⁸⁴⁸ KOHLER bijvoorbeeld spreekt in dit verband met name van de ‘uitdeining’ van de betrokken ‘immateriële goederen’ (“*Ausdehnung dieser Idee*”) die volgens hem anders is naargelang het gaat om bijvoorbeeld een ‘Naturkräfteidee’ dan wel een louter ‘Formidee’. J. KOHLER, *Musterrecht. Geschmacks- und Gebrauchsmusterrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1909, p. 66.

⁸⁴⁹ J. KOHLER, *Urheberrecht an schriftwerken und verlagsrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1907 (nieuwe druk: Aalen, Scientia Verlag, 1980), p. 10.

⁸⁵⁰ J. KOHLER, *Urheberrecht an schriftwerken und verlagsrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1907 (nieuwe druk: Aalen, Scientia Verlag, 1980), p. 6.

⁸⁵¹ J. KOHLER, *Musterrecht. Geschmacks- und Gebrauchsmusterrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1909, p. 52.

auteursrecht⁸⁵². Hierbij is dan echter meteen op te merken dat het echter ook in het kader van de theorie rond ‘immateriële goederen’ onwenselijk geacht wordt om het concrete ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon te onderwerpen aan directe waardeoordelen, bijvoorbeeld rond zijn esthetische kwaliteiten⁸⁵³.

Indien een intellectueel recht nu, op grond van de vaststelling rond het voorliggen van een bepaald soort ‘immaterieel goed’, een exclusieve bevoegdheid verleent, doet het betrokken intellectuele recht, volgens de theorie rond ‘immateriële goederen’, dan het volgende: het verleent een rechthebbende een exclusieve bevoegdheid met als ‘object’, het betrokken ‘immateriële goed⁸⁵⁴’, waarbij deze exclusieve bevoegdheid ten aanzien van dit ‘immaterieel goed’ ook de leidraad vormt voor de wijze, waarop het betrokken intellectuele recht de verhoudingen tussen personen regelt rond zintuiglijk waarneembare manifestaties. De exclusieve bevoegdheid, die het intellectuele recht de rechthebbende verleent ten aanzien van het ‘immaterieel goed’, houdt daarbij, volgens de theorie rond ‘immateriële goederen’, met name ook een exclusieve bevoegdheid in voor deze rechthebbende om, ten aanzien van die zintuiglijk waarneembare manifestatie, die op te vatten zijn als belichamingen van dit ‘immateriële goed⁸⁵⁵’, bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare handelingen te stellen, die, door hun inwerking ten aanzien van deze incorporaties van het ‘immateriële goed’, ook raken aan dit ‘immateriële goed⁸⁵⁶’.

C. Toelichting bij de verklaring rond het ingrijpen

In de zonet beschreven analyse van het ingrijpen van intellectuele rechten, acht de ‘theorie rond immateriële goederen’ de volgende elementen dan cruciaal om tot een coherente verklaring te komen rond de wijze waarop

⁸⁵² Vergelijk in die zin bijvoorbeeld, vanuit een meer praktische invalshoek: R. BAKELS en P. HUGENHOLTZ, *The Patentability of Computer Programs, Discussion of European-level legislation in the field of patents for software* (Studie in opdracht van het Europees Parlement), Luxemburg, Europees Parlement, 2002, 48 p. (“*The requirement of inventive step distinguishes patents from copyrights. Patent protection being much stronger and further-reaching, it is only logical to impose (considerably) stricter prerequisites. If novelty would suffice, patents would be available on conditions similar to the low-level originality requirement of copyright. In our view, this clearly demonstrates that in addition to novelty, a substantial level of non-obviousness must be required.*”).

⁸⁵³ Zie in dit verband bijvoorbeeld: U. LOEWENHEIM, "Abschnitt 2. Das Werk" in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p. 54 en M. BUYDENS, *La Protection de la Quasi-Creation*, Brussel, Larcier, 1993, p. 57.

⁸⁵⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. KOPFF, “Die Schutzsysteme im Immaterialgüterrecht”, *GRURInt* 1983, p.352 (“*Wichtig ist nur, hervorzuheben, daß Gegenstand des Immaterialgüterrechts ein immaterielles Gut ist das man von dem physischen Träger zu unterscheiden hat, der freilich manchmal, aber nicht immer, sein Seinsfundament bildet.*”); In diezelfde zin schrijft ook bijvoorbeeld Kraßer met betrekking tot de ‘uitvinding’: “*Sie ist jedoch unkörperlicher Natur. Als Immaterialgut muß sie gedanklich unterschieden werden nicht nur von körperlichen Mitteilungsträgern wie schriftlichen Beschreibungen und dergleichen, sondern auch von Sachen, in denen sie verwirklicht ist, ... Das bedeutet aber nicht, daß die Sachen selbst Gegenstand des Schutzes wären.*” R. KRABER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht –*, München, C.H. Beck, 2009, Kapitel I, II. Die Erfindung als Gegenstand des Patents, Nr. 2.

⁸⁵⁵ Zie bijvoorbeeld: T. SAMBUC, “Einleitung” in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p.407 (“*Immaterialgüterrechte: D. h. der Gegenstand des Rechts ist an sich ein unkörperlicher. Der schutz erstreckt sich jedoch auf körperliche Gegenstände (Werkexemplare).*”); A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Basel en Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p. 58-59; GOTZEN bestemmingsrecht: p.72 De scheiding ts immaterieel substraat en concreet voorwerp is en blijft nochtans slecht een denktechniek. In de werkelijkheid immers zal men met de Duitse auteursrecht deskundige HUBMANN moeten opmerken "dass beim Urheberrecht zwar das geistige Gut im Vordergrund steht, dass es aber auch die körperliche Sache, durch die dieses in Erscheinung tritt, mit erfasst, soweit es zum Schutze der Zuordnung des Immaterialgutes an den Urheber erforderlich ist. Dies entspricht der engen Verbindung von geistiger und körperlicher Schicht, wie sie beim Werk vorliegt." (HUBMANN I, p.58 zie ook p. 49, 57 e IV, p.82).

⁸⁵⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: G. EBERSTEIN, *Den svenska författarrätten (Deel I)*, Stockholm, P.A. Norstedt, 1923, p. 102; Volgens STRÖMHOLM gaat het er hierbij om "*die Grenze zu ziehen zwischen solchen Handlungen mit Werkstücken, die urheberrechtlich relevant sind, und anderen, nur das Sachenrecht interessierenden Verfügungen über körperliche Festlegungen eines Geisteswerkes.*" S. STRÖMHOLM, "Der urheberrechtliche Werkbegriff in der neueren nordischen Rechtslehre", *GRUR Int.* 1963, Deel I: p. 435

intellectuele rechten de onderlinge verhoudingen regelen tussen personen met betrekking tot zintuiglijk waarneembare manifestaties: 1.) het feit dat een concreet ‘immaterieel goed’ het eigenlijk ‘object’ uitmaakt van de exclusieve bevoegdheid die intellectuele rechten verlenen, 2.) de eigenschappen die immateriële goederen kenmerken en 3.) aanvaarden dat het ingrijpen van intellectuele rechten ten aanzien zintuiglijk waarneembare manifestaties zich richt naar een welbepaalde wisselwerking tussen de autonome geestelijke realiteit van het concrete ‘immaterieel goed’ en omstandigheden of gebeurtenissen op het niveau van de zintuiglijk waarneembare objecten en handelingen.

Om tot een coherente verklaring te komen rond de wijze waarop intellectuele rechten de onderlinge verhoudingen regelen tussen personen met betrekking tot zintuiglijk waarneembare manifestaties, acht de ‘theorie rond immateriële goederen’ het in de eerste plaats dus cruciaal om aan te nemen dat intellectuele rechten een persoon, een exclusieve bevoegdheid verlenen met als eigenlijk ‘object’ een concreet ‘immaterieel goed’⁸⁵⁷. De aanvaarding van dit gegeven vormt uiteindelijk de spil van de ‘theorie rond immateriële goederen’.

Het tweede element dat volgens de ‘theorie rond immateriële goederen’ cruciaal is om het ingrijpen van intellectuele rechten te verklaren, is dan het volgende: aannemen dat de ‘immateriële goederen’ een geestelijke realiteit vormen, naast de zintuiglijk waarneembare realiteit⁸⁵⁸, en de bijzondere eigenschappen vertonen van ‘ubiquiteit’ en ‘autonomie’ tegenover de zintuiglijk waarneembare realiteit. De ‘ubiquiteit’ van ‘immateriële goederen’ houdt dan met name in dat een concreet ‘immaterieel goed’, vrij van de beperkingen van tijd en plaats en zonder daarbij aan zijn substantie in te boeten, een belichaming kan krijgen in meerdere zintuiglijk waarneembare manifestaties tegelijk, die dan allen te beschouwen zijn als incorporaties van ditzelfde ‘immateriële goed’⁸⁵⁹. De ‘autonomie’ van ‘immateriële goederen’ houdt met name in dat een concreet ‘immaterieel goed’, wat zijn bestaan of kenmerken betreft als geestelijke realiteit, nooit te reduceren is tot het bestaan en de kenmerken van één van zijn incorporaties⁸⁶⁰ en, wat zijn bestaan of kenmerken betreft als geestelijke realiteit, al evenmin

⁸⁵⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. KOPFF, “Die Schutzsysteme im Immaterialgüterrecht”, *GRURInt* 1983, p. 352 (“Wichtig ist nur, hervorzuheben, daß Gegenstand des Immaterialgüterrechts ein immaterielles Gut ist das man von dem physischen Träger zu unterscheiden hat, der freilich manchmal, aber nicht immer, sein Seinsfundament bildet.”) en R. KRABER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht* – , München, C.H. Beck, 2009, Kapitel I, II. Die Erfindung als Gegenstand des Patents, Nr. 2.

⁸⁵⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld TROLLER, die aangeeft dat de geestelijke realiteit van ‘immateriële goederen’ naast de zintuiglijk waarneembare realiteit, concreet inhoudt dat zij niet te beschouwen zijn als louter begripsmatige verwijzingen of abstracties rond zintuiglijk waarneembare manifestaties. Bij dergelijke louter begripsmatige verwijzingen of abstracties geldt, volgens TROLLER, immers dat hun lot gebonden is aan gebeurtenissen rond de zintuiglijk waarneembare manifestaties waarnaar ze verwijzen terwijl dit bij de geestelijke realiteit van ‘immateriële goederen’ niet het geval is. A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Basel en Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p. 55.

⁸⁵⁹ Zie uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Basel en Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p. 59 (Waar deze auteur rond ‘immaterieel goederen’ stelt: “Sie sind also geistige Werte, die ohne Einbuße an Substanz und Qualität Dritten an beliebigem Ort, zu beliebiger Zeit und beliebig oft durch sinnlich wahrnehmbare Zeichen mitgeteilt werden können”); J. KOHLER, *Urheberrecht an schriftwerken und verlagsrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1907 (nieuwe druk: Aalen, Scientia Verlag, 1980), p.6 (“...der Kern der Frage ist der, inwieweit hinter dem als originell erkannten ersten Gebilde eine Seele, ein imaginäres Bild steht, das nicht in der einen Verwirklichungsform aufgeht, sondern eine vielleicht endlose Reihe von Verwirklichungsformen zuläßt.”); Vergelijk ook: N. BRONZO, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, Parijs, Editions L’Harmattan, 2007, p. 82.

⁸⁶⁰ Uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: J. KOHLER, *Urheberrecht an schriftwerken und verlagsrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1907 (nieuwe druk: Aalen, Scientia Verlag, 1980), p.10 (“Auch das Erfinderrecht ist nicht ein Recht an einer spekulativen Idee, sondern an einer Idee, welche den Boden der Wirklichkeit betreten hat, welche also der Erfinder zu verwirklichen vermag: wer eine Idee aufstellt, ohne eine Möglichkeit der Verkörperung darzulegen ist kein Erfinder; allerdings beschränkt sich sein Recht nicht auf diese Verwirklichungsform, sondern erstreckt sich auf alle sonstigen Weisen der Verwirklichung, ...So ist es nun auch im Urheberrecht: der Maler eines Bildes muß das in im lebende imaginäre Bild verwirklicht haben, erst dann hat er ein Autorrecht, hat er es aber verwirklicht, so ist sein Autorrecht nicht auf diese Verwirklichungsform beschränkt, und es ist Anderen nicht gestattet, seine Idee in Gestalt des Kupfertisches oder Steindruckes zu

beperkingen ondervindt van gebeurtenissen die enkel de zintuiglijk waarneembare realiteit betreffen van zijn incorporaties⁸⁶¹.

Het derde element dat volgens de ‘theorie rond immateriële goederen’ cruciaal is om het ingrijpen van intellectuele rechten te verklaren, is dan aanvaarden dat het ingrijpen van intellectuele rechten ten aanzien zintuiglijk waarneembare manifestaties zich richt naar een welbepaalde wisselwerking tussen de autonome geestelijke realiteit van het concrete ‘immaterieel goed’ en omstandigheden of gebeurtenissen op het niveau van de zintuiglijk waarneembare objecten en handelingen. Het gegeven dat de autonome, geestelijke realiteit van een ‘immaterieel goed’ het eigenlijke ‘object’ uitmaakt van de door intellectuele rechten verleende exclusieve bevoegdheid, betekent binnen de theorie rond ‘immateriële goederen’ immers nog niet dat intellectuele rechten geen effect zouden hebben op de onderlinge verhoudingen tussen personen rond zintuiglijk waarneembare manifestaties⁸⁶². Het ‘immaterieel goed’ als eigenlijk ‘object’ van de door intellectuele rechten verleende exclusieve bevoegdheid, blijkt de theorie rond ‘immateriële goederen’ immers veeleer als volgt uit te leggen: in de zin dat de exclusieve bevoegdheid ten aanzien van dit ‘immaterieel goed’ de leidraad vormt voor de wijze waarop intellectuele rechten de verhoudingen tussen personen regelen rond zintuiglijk waarneembare manifestaties.

Het eerste belangrijk aspect van het feit dat het ingrijpen van intellectuele rechten zich richt naar een welbepaalde wisselwerking tussen de autonome geestelijke realiteit van het concrete ‘immaterieel goed’ en omstandigheden of gebeurtenissen op het niveau van de zintuiglijk waarneembare objecten en handelingen, is dan met name het volgende: dat specifieke incorporaties van een concreet ‘immaterieel goed’ steeds de noodzakelijke basis vormen om een concreet immaterieel goed te leren kennen en om eventueel te kunnen overgaan tot het toekennen van een bescherming rond dit concrete immateriële goed. Ook de theorie rond ‘immateriële goederen’ kan daarbij immers niet om de vaststelling heen dat mensen aangewezen zijn op de kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties om het bestaan en de kenmerken van het daarin belichaamde ‘immateriële goed’ te leren kennen⁸⁶³.

verviëfältigen.”) Vergelijk echter ook: O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht. Band 1: Allgemeiner Teil u. Personenrecht*, Leipzig (o.a.), 1895, p. 854.

⁸⁶¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Basel en Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p. 58-59; S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p.377 e.v. (Waar deze auteur aangeeft dat, op grond van “*Le principe d'indépendance de la propriété corporelle et de la propriété intellectuelle*”, het verkrijgen van eigendomsrecht over een belichaming van het ‘immateriële goed’ geen invloed heeft op de exclusieve rechten ten aanzien van dit ‘immateriële goed’); U. JOOS, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p. 52 (Waar deze auteur eveneens aangeeft dat het verkrijgen van eigendomsrecht over een belichaming van het ‘immateriële goed’ geen invloed heeft op de exclusieve rechten ten aanzien van dit ‘immateriële goed’); Vergelijk ook F. GOTZEN, *Het Bestemmingsrecht van de auteur*, Brussel, Larcier, 1975, p. 71 (Waar deze auteur onder meer aangeeft dat de theorie rond ‘immateriële goederen’ als ‘denktechniek’ helpt verklaren waarom de exclusieve bevoegdheid van de rechthebbende ten aanzien van het ‘immateriële goed’ geen invloed ondervindt van de eventuele vernietiging of wijziging van de belichaming van het betrokken het ‘immateriële goed’).

⁸⁶² Zie in die zin bijvoorbeeld: T. SAMBUC, “Einleitung” in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p.407 (“*Immaterialgüterrechte: D. h. der Gegenstand des Rechts ist an sich ein unkörperlicher. Der schutz erstreckt sich jedoch auf körperliche Gegenstände (Werkexemplare).*”); A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Basel en Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p. 58-59; Vergelijk op dit punt ook: P. DRAHOS, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth Publishing Company, Aldershot, 1996, p. 157 (“*Abstract objects function as gateways to valuable physical objects.*”); F. GOTZEN, *Het Bestemmingsrecht van de auteur*, Brussel, Larcier, 1975, p. 72 De scheiding ts immaterieel substraat en concreet voorwerp is en blijft nochtans slecht een denktechniek. In de werkelijkheid immers zal men met de Duitse auteursrechtdeskundige HUBMANN moeten opmerken “dass beim Urheberrecht zwar das geistige Gut im Vordergrund steht, dass es aber auch die körperliche Sache, durch die dieses in Erscheinung tritt, mit erfasst, soweit es zum Schutze der Zuordnung des Immaterialgutes an den Urheber erforderlich ist. Dies entspricht der engen Verbindung von geistiger und körperlicher Schicht, wie sie beim Werk vorliegt.” (HUBMANN I, p.58 zie ook p. 49, 57 e IV, p. 82).

⁸⁶³ A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Basel und Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p. 58 (“*Weil sie nicht körperliche Erscheinungen vertreten, sondern lediglich durch diese wahrgenommen werden, benötigen*

In die zin is het gebruikelijk dat intellectuele rechten voor het toekennen van bescherming steeds vereisen dat een concrete incorporatie van inspanningen voorligt, die als basis kan dienen om te beoordelen of een concreet ‘immaterieel goed’ voorligt van de soort, waarrond zij bescherming verlenen⁸⁶⁴. Het zijn daarbij echter wel het bestaan en de kenmerken van het betrokken ‘immateriële goed’ dat blijkt uit een specifieke incorporatie ervan, die volgens de ‘theorie rond immateriële goederen’, determinerend zijn voor de vraag of een intellectueel overgaat tot het toekennen van bescherming.

Het tweede belangrijk aspect van het feit dat het ingrijpen van intellectuele rechten zich richt naar een welbepaalde wisselwerking tussen de autonome geestelijke realiteit van het concrete ‘immaterieel goed’ en omstandigheden of gebeurtenissen op het niveau van de zintuiglijk waarneembare objecten en handelingen, is dan met name het volgende: dat de exclusieve bevoegdheid die intellectuele verlenen ten aanzien van een concreet ‘immaterieel goed’ ook een exclusieve bevoegdheid impliceert om, ten aanzien van die zintuiglijk waarneembare manifestaties die op te vatten zijn als incorporaties van dit ‘immateriële goed’, bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare handelingen te stellen die, door hun inwerking ten aanzien van deze incorporaties van het ‘immateriële goed’, ook raken aan dit ‘immateriële goed’. Het zijn daarbij, in beginsel, wel de kenmerken van het betrokken concrete ‘immateriële goed’ die volgens de ‘theorie rond immateriële goederen’ determinerend zijn voor de vraag of een bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestatie eveneens op te vatten is als een belichaming van ditzelfde ‘immateriële goed’⁸⁶⁵. Geredeneerd vanuit de ‘theorie rond immateriële goederen’ is het in beginsel ook het concrete ‘immateriële goed’ dat het determinerende referentiepunt vormt om te oordelen of een concrete zintuiglijk waarneembare handeling ten aanzien van een belichaming van dit ‘immateriële goed’ langs deze weg ook ‘raakt’ aan dit concrete ‘immateriële goed’ dan wel enkel de zintuiglijk waarneembare realiteit betreft van de incorporatie ervan⁸⁶⁶.

Op grond van de drie zonet besproken elementen, komt de theorie rond ‘immateriële goederen’ dan in de eerste plaats tot een verklaring van de volgende bijzonderheid van het ingrijpen van intellectuele rechten: dat een intellectueel recht een rechthebbende, naar aanleiding van een bepaalde incorporatie van inspanningen, een exclusieve bevoegdheid verleent die uiteindelijk niet alleen deze incorporatie van inspanningen betreft maar ook bepaalde daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties. Op grond van de zonet vermelde drie elementen komt de theorie rond ‘immateriële goederen’ dan met name tot de volgende verklaring rond deze bijzonderheid van het ingrijpen van intellectuele rechten: de betrokken specifieke incorporatie van inspanningen en de betrokken andere, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties zijn in dit geval allen te beschouwen als incorporaties van éénzelfde ‘immaterieel goed’ en het toekennen van een exclusieve bevoegdheid die dit ‘immateriële goed’ als eigenlijke ‘object’ heeft, impliceert ook een exclusieve bevoegdheid ten aanzien van alle zintuiglijk waarneembare manifestaties die daartoe volgens het betrokken intellectuele recht te beschouwen zijn als relevante incorporaties van dit ‘immateriële goed’⁸⁶⁷. De verklaring rond deze bijzonderheid is dan in essentie dat de betrokken specifieke incorporatie van inspanningen en de betrokken andere, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties hierbij allen te beschouwen zijn als incorporaties van éénzelfde ‘immaterieel goed’

wir die sinnlichen Mitteilungsträger (Tone, Noten, Worte, Farben, Linien, Flächen, Körper usw.), um das Immaterialgut zu erkennen.”).

⁸⁶⁴ Zie bijvoorbeeld: J. KOHLER, *Urheberrecht an schriftwerken und verlagsrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1907 (nieuwe druk: Aalen, Scientia Verlag, 1980), p.10 (“*Auch das Erfinderrecht ist nicht ein Recht an einer spekulativen Idee, sondern an einer Idee, welche den Boden der Wirklichkeit betreten hat, welche also der Erfinder zu verwirklichen vermag: wer eine Idee aufstellt, ohne eine Möglichkeit der Verkörperung darzulegen ist kein Erfinder; ... So ist es nun auch im Urheberrecht: der Maler eines Bildes muß das in im lebende imaginäre Bild verwirklicht haben, erst dann hat er ein Autorrecht, ...*”).

⁸⁶⁵ Zie in dit verband: A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Basel en Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p. 58-59; J. KOHLER, *Musterrecht. Geschmacks- und Gebrauchsmusterrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1909, p. 66 en J. KOHLER, *Urheberrecht an schriftwerken und verlagsrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1907 (nieuwe druk: Aalen, Scientia Verlag, 1980), p. 10.

⁸⁶⁶ Zie in dit verband: S. STRÖMHOLM, "Der urheberrechtliche Werkbegriff in der neueren nordischen Rechtslehre", *GRUR Int.* 1963, Deel I: p. 435.

⁸⁶⁷ Vergelijk: R. KRABER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht –*, München, C.H. Beck, 2009, Kapitel I, II. Die Erfindung als Gegenstand des Patents, Nr. 2; A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Basel en Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p. 58-59.

en dat het toekennen van een exclusieve bevoegdheid, die dit ‘immateriële goed’ als eigenlijke ‘object’ heeft, ook een exclusieve bevoegdheid impliceert ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties, die volgens het betrokken intellectuele recht aan te merken zijn als incorporaties van dit ‘immateriële goed’.

In de tweede plaats komt de theorie rond ‘immateriële goederen’ dan op grond van de drie hierboven besproken elementen ook tot een verklaring van de volgende bijzonderheid van het ingrijpen van intellectuele rechten: dat een intellectueel recht uiteindelijk ook een exclusieve bevoegdheid verleent rond soorten handelingen ten aanzien van bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestaties, ongeacht of deze zintuiglijk waarneembare manifestaties, zakenrechtelijk gezien, andere personen toebehoren of gaan toebehoren⁸⁶⁸. Om deze bijzonderheid te verklaren doet de theorie rond ‘immateriële goederen’ dan in het bijzonder een beroep op het naast elkaar bestaan van een realiteit van immateriële goederen en een realiteit van zintuiglijk waarneembare manifestaties, en op het bestaan van een specifieke wisselwerking tussen deze realiteiten bij het ingrijpen ten aanzien van ‘immateriële goederen’. De verklaring rond deze tweede bijzonderheid omvat immers in wezen twee onderdelen. Het eerste onderdeel van de verklaring luidt dan met name dat het in bezit of eigendom zijn of geven van een belichaming van het ‘immateriële goed’ enkel deze incorporatie betreft en niet raakt aan het ‘immateriële goed’ dat in deze incorporatie belichaamd is⁸⁶⁹. Ook bij het in bezit of eigendom zijn of geven van een specifieke belichaming van het ‘immateriële goed’ blijft de rechthebbende, volgens de theorie rond ‘immateriële goederen’, dus de door het betrokken intellectuele recht verleende exclusieve bevoegdheid behouden ten aanzien van dit ‘immateriële goed’⁸⁷⁰. Het tweede onderdeel van de verklaring luidt dan als volgt: het gegeven, dat de incorporatie van een ‘immateriële goed’ onder het bezit of onder het zakenrechtelijk eigendomsrecht valt van een andere persoon dan de rechthebbende, neemt niet weg dat bepaalde soorten handelingen ten aanzien van deze incorporatie wel raken aan het in deze incorporatie belichaamde ‘immateriële goed’ en dus aan het ‘object’ van de exclusieve bevoegdheid van de rechthebbende⁸⁷¹. In het licht van deze zienswijze geldt dan ook dat, als handelingen ten aanzien van een incorporatie van het ‘immateriële goed’, én raken aan het in deze incorporaties belichaamde ‘immateriële goed’, én tot een soort handelingen behoren die het betrokken intellectuele recht een persoon exclusief voorbehoudt, deze handelingen dus ook na het in bezit of eigendom geven van deze incorporatie exclusief voorbehouden blijven aan de rechthebbende.

Om de verhouding te kunnen verklaren tussen aanspraken ten aanzien van eenzelfde zintuiglijk waarneembare manifestatie op grond van het zakenrecht en op grond van intellectuele rechten, is het volgens de theorie rond ‘immateriële goederen’ dus belangrijk om tegelijk de volgende punten te aanvaarden: ten eerste, dat deze aanspraken, omwille van de onderscheiden realiteiten van hun ‘object’, steeds onvermengd naast elkaar staan⁸⁷², en ten tweede dat er niettemin een specifieke wisselwerking bestaat tussen het ingrijpen van intellectuele rechten ten aanzien van ‘immateriële goederen’ en de realiteit van de zintuiglijk waarneembare manifestaties. Deze specifieke wisselwerking houdt in dit geval dan met name in de eerste plaats in dat de exclusieve bevoegdheid die het intellectuele recht verleent ten aanzien van het ‘immateriële goed’ ook resulteert in een exclusieve bevoegdheid

⁸⁶⁸ Zie in dit verband bijvoorbeeld: S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 378 e.v.; F. GOTZEN, *Het Bestemmingsrecht van de auteur*, Brussel, Larcier, 1975, p.72 e.v.

⁸⁶⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: Zie A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Basel en Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p. 58-59.

⁸⁷⁰ Zie bijvoorbeeld: S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 378 e.v..

⁸⁷¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: F. GOTZEN, *Het Bestemmingsrecht van de auteur*, Brussel, Larcier, 1975, p.72 e.v..

⁸⁷² Zie uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld JOOS, die schrijft: “..., weil Eigentumsrecht und Urheberrecht rechtlich unvermischt nebeneinander stehen, auch wenn sie im Werkstück eng mit einander verbunden sind. Aus der Wesensverschiedenheit der beiden Schutzgegenstände folgt, daß weder das Eigentum Grenze des Urheberrechts sein kann, noch das Recht am Werk die Befugnisse des Sacheigentümers rechtlich einschränken kann.” U. JOOS, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p. 52; Genuanceerder, maar evengoed uitgaand van het “*Le principe d'indépendance de la propriété corporelle et de la propriété intellectuelle*” bijvoorbeeld: S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 377 e.v..

rond bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van de zintuiglijk waarneembare manifestaties die te beschouwen zijn als belichamingen van dit ‘immateriële goed’. Het gaat daarbij in beginsel dan om een exclusieve bevoegdheid rond die zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van belichamingen van dit ‘immateriële goed’ die én raken aan het in deze incorporaties belichaamde ‘immateriële goed’ én tot een soort handelingen behoren die het betrokken intellectuele recht een persoon exclusief voorbehoudt. In de tweede plaats is aan te nemen dat deze specifieke wisselwerking ook inhoudt dat bepaalde omstandigheden rond een concrete belichaming van het beschermde ‘immateriële goed’ niettemin bepalend zijn voor de omvang van de exclusieve bevoegdheid van de rechthebbende rond deze concrete belichaming. In dit verband is dan met name bijvoorbeeld te denken aan de limiet van de uitputtingsleer. Deze ‘uitputtingsleer’ of ‘uitputtingsregel’ houdt daarbij in essentie in dat eenmaal de rechthebbende of iemand die daartoe zijn toestemming had, een incorporatie in het verkeer bracht van het resultaat van inspanningen dat bescherming geniet door een bepaald intellectueel recht, dit feit op zich van het in het verkeer brengen van deze incorporatie het volgende impliceert: de rechthebbende kan zich niet meer beroepen op de door het betrokken intellectuele recht verleende exclusieve bevoegdheid om fysische handelingen te controleren ten aanzien van die specifieke, in het verkeer gebrachte incorporatie die kwalificeren als de wettelijke categorieën voorbehouden handelingen die onder de toepassing vallen van de uitputtingsregel⁸⁷³. Concreet zorgt deze ‘uitputtingsregel’ er bijvoorbeeld voor dat, indien de rechthebbende een exemplaar verkocht van zijn auteursrechtelijk beschermde roman, dit feit op zich het volgende met zich meebrengt: de exclusieve bevoegdheid die het auteursrecht hem geeft om de ‘distributie’ te controleren van belichamingen van deze roman zal zich niet langer uitstrekken tot de herverkoop of de verspreiding van dat specifieke exemplaar, alhoewel zijn exclusieve bevoegdheid om de ‘distributie’ te controleren zich wel nog uitstrekt tot andere belichamingen van deze roman die hij nog niet in het verkeer bracht of liet brengen. Deze uitputtingsleer houdt dus met andere woorden in dat een gebeurtenis rond een concrete incorporatie van het ‘immateriële goed’, met name het in het verkeer brengen ervan, althans vanuit het perspectief van de betrokken concrete belichaming, een invloed heeft op de omvang van de exclusieve bevoegdheid van de rechthebbende om bepaalde soorten handelingen errond te controleren.

⁸⁷³ Zie met betrekking tot de regel van de uitputting of ‘uitputtingsleer’ bijvoorbeeld: V. VAN OVERMEIRE, "Enkel de communautaire uitputting van het distributierecht is toegestaan" noot bij H.v.J 12 september 2006, C-479/04 (*Laserdisken ApS t. Kulturministeriet*), A&M 2007, p. 74-78; M. VIVANT, *Le droit des brevets*, Parijs, Éditions Dalloz, 2005, p. 97 e.v.; R. HILTY, "Der Softwarevertrag - ein Blick in die Zukunft - Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software", *MMR* 2003, p. 9 e.v. (in het bijzonder p.12); R. SACK, "Der Erschöpfungsgrundsatz im deutschen Immaterialgüterrecht", *GRUR Int* 2000, p. 610 e.v.; M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Brussel, Larcier, 1999, p. 257; U. JOOS, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p. 30 e.v.; C. SCHRAMM, *Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen rechtsschutzes und Urheberrechtes*, Berlijn, Keulen, C. Heymanns Verlag KG, 1954, p. 376; Zie ook: B. CONDE CALLEGO, "The Principle of Exhaustion of Rights and Its Implications for Competition Law", *IIC* 2003, p. 474 e.v..

2.1.2. De theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’

De theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ die wij voorstellen, biedt nu een alternatief voor de zonet besproken theorie rond ‘immateriële goederen’ om een verklaring te geven rond de wijze, waarop intellectuele rechten ingrijpen in de onderlinge verhoudingen tussen personen met betrekking tot zintuiglijk waarneembare manifestaties. Deze theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ baseren we hierbij op een fundamentele en praktische kritiek ten aanzien van de ‘theorie rond immateriële goederen’⁸⁷⁴. Om in dit onderdeel de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ verder toe te lichten, gaan we daarom in twee stappen te werk. Eerst (A.) bespreken we de kritiek die te formuleren is ten aanzien van de ‘theorie rond immateriële goederen’. Daarna (B.) gaan we dan dieper in op de verklaring die de door ons voorgestelde theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ geeft rond de wijze, waarop intellectuele rechten ingrijpen.

A. Kritiek ten aanzien van de theorie rond ‘immateriële goederen’

De verklaring die de theorie rond ‘immateriële goederen’ geeft rond de ‘mechaniek’ van het ingrijpen van intellectuele rechten is niet vrij van kritiek. Ten eerste (A.1.) is er in dit verband het bezwaar dat de theorie rond ‘immateriële goederen’ uiteindelijk weinig houvast biedt als het er op aankomt om de bepalingen van intellectuele rechten toe te passen in concrete gevallen. Ten tweede (A.2.) is er ook een meer fundamentele kritiek mogelijk die twijfelt aan de geldigheid dan wel het nut om het ingrijpen van intellectuele rechten te verklaren vanuit het concept van een heerschappij over ‘immateriële goederen’. In wat volgt, gaan we dieper in op deze beide punten van kritiek.

A.1. Praktische kritiek op de ‘theorie rond immateriële goederen’

Een eerste bezwaar ten aanzien van de theorie rond ‘immateriële goederen’ is dat deze theorie ons er weliswaar toe dwingt om rekening te houden met het bestaan en de kenmerken van de autonome geestelijke realiteit van ‘immateriële goederen’ maar ons weinig praktische richtlijnen geeft rond hoe we dit dan moeten doen bij de toepassing van de bepalingen en beginselen van intellectuele rechten in concrete gevallen⁸⁷⁵. In wat volgt, illustreren we hoe deze praktische kritiek zich manifesteert bij: (A.1.1.) de vaststelling van de gevallen waarin intellectuele rechten dienen over te gaan tot het toekennen van bescherming, (A.1.2.) de afbakening van het ‘object’ van de exclusieve bevoegdheid die intellectuele rechten verlenen bij het toekennen van bescherming en (A.1.3.) de afbakening van de exclusieve bevoegdheid die intellectuele rechten verlenen ten aanzien van het ‘object’ indien zij hun bescherming toekennen. Daarna (A.1.4.) staan we kort stil bij de rode draad doorheen deze punten van kritiek.

⁸⁷⁴ Zie met betrekking tot deze fundamentele kritiek bijvoorbeeld: M. KOKTVEDGAARD, *Konkurrencepraegede Immaterialretspositioner. Bidrag til loeren om de lovsbestemte enerettigheder og ders forhold til den almene kokurrenceret*, Kopenhagen, Juristforbundets Forlag, 1965, 463 p.; S. STRÖMHOLM, "Der urheberrechtliche Werkbegriff in der neueren nordischen Rechtslehre", *GRUR Int.* 1963, Deel I: p. 433-443 en Deel II: p. 481-489; A. ROSS, "Ophavsrettens grundbegreben", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1945, p. 340 e.v.; Zie op dit punt ook: B. GODENHIELM, "Ist die Erfindung etwas Immaterielles?", *GRURInt* 1996, p.327-330; P. DRAHOS, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth Publishing Company, Aldershot, 1996, p. 18.

⁸⁷⁵ In de rechtsleer werd in die zin reeds herhaaldelijk opgemerkt dat de concrete toepassing van intellectuele rechten er niet eenvoudiger op wordt door aan te nemen dat de autonome geestelijke realiteit van een ‘immaterieel goed’ het eigenlijke object uitmaakt van de exclusieve bevoegdheid die intellectuele rechten verlenen. Zie in die zin bijvoorbeeld: P. DRAHOS, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth Publishing Company, Aldershot, 1996, p. 18 (Rond de analyse dat ‘immateriële goederen’ een autonome geestelijke realiteit uitmaken, stelt deze auteur met name: "...this realist way of looking at abstract objects drives intellectual property law even deeper into metaphysics. The law now has to contemplate the independent existence of unobservable entities.") en A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Basel en Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p. 49 ("Widerspenstiger verhalten sich die Immaterialgüter als Rechtsobjekte gegen ihr Einreihen in die traditionelle dogmatische Ordnung. Wir geraten dabei mitten in den Arbeitsplatz dieses ganzen Rechtsgebietes und müssen vieles bedenken und betrachten, was uns in der Rechtstheorie anderswo als selbstverständlichkeit nicht beschäftigt. So stoßen wir sonst nur selten auf die für das Immaterialgüterrecht grundlegende Unterscheidung von Lebensgütern (Genußobjekte) einerseits und Rechtsobjekten anderseits.").

A.1.1. Het toekennen van bescherming

Opdat intellectuele rechten bescherming zouden toekennen, vragen zij, volgens de theorie rond ‘immateriële goederen’, steeds dat het volgende gegeven is: uit een incorporatie van inspanningen blijkt dat de inspanningen hierrond aanleiding gaven tot een ‘immaterieel goed’ van de soort dat zij bescherming verlenen. Volgens de theorie rond ‘immateriële goederen’, is de vaststelling van het vereiste soort ‘immaterieel goed’ dan steeds het doorslaggevende criterium bij de beoordeling rond het toekennen van een intellectueelrechtelijke bescherming. Ook de theorie rond ‘immateriële goederen’ kan daarbij echter niet om de vaststelling heen dat we aangewezen zijn op de kenmerken van een bepaalde incorporatie van inspanningen om het bestaan en de kenmerken van het daarin belichaamde ‘immateriële goed’ te leren kennen⁸⁷⁶.

De theorie rond ‘immateriële goederen’ biedt ons nochtans weinig concrete richtlijnen om, uitgaande van de concrete bepalingen en beginselen van een intellectueel recht, de ‘immateriële goederen’ te traceren waarrond het betrokken intellectuele recht bescherming toekent. Dit gebrek aan richtlijnen manifesteert zich daarbij op twee vlakken.

Ten eerste geeft de theorie rond ‘immateriële goederen’ ons met name weinig houvast om te bepalen of de vereisten die de concrete bepalingen en beginselen van een intellectueel recht formuleren om bescherming toe te kennen, eisen stellen aan de kenmerken van het ‘immateriële goed’ dan wel aan de kenmerken van de zintuiglijk waarneembare manifestaties die als basis kunnen dienen om een ‘immateriële goed’ te leren kennen dat in aanmerking komt voor bescherming. Het feit dat de theorie rond ‘immateriële goederen’ slechts weinig houvast biedt op dit vlak, gaf daarbij naar onze mening ook reeds aanleiding tot concrete punten van onzekerheid of discussie rond de manier waarop de concrete bepalingen van intellectuele rechten hun ingrijpen in werking stellen en afstellen. Binnen het octrooirecht bijvoorbeeld stellen we in dit verband vast dat er reeds onzekerheid bestond rond de vraag of sommige octrooierbaarheidsvereisten, bijvoorbeeld het vereiste van industriële toepasbaarheid, te verstaan zijn als vereisten die peilen naar kenmerken van het ‘immateriële goed’, met name kenmerken van de leer rond de planmatige inzet van natuurkrachten, dan wel te verstaan zijn als vereisten die peilen naar de kenmerken van de zintuiglijk waarneembare manifestaties die als basis kunnen dienen om het betrokken ‘immateriële goed’ te leren kennen, met name kenmerken van de in de octrooiaanvraag beschreven mogelijke realisaties van de betrokken leer rond de planmatige inzet van natuurkrachten⁸⁷⁷. In het kader van auteursrecht bijvoorbeeld menen we dat het zonet vermelde gebrek aan richtlijnen, tot uiting komt in de discussie rond de zogeheten ‘domeinvraag’ binnen het auteursrecht⁸⁷⁸. Bij deze ‘domeinvraag’ gaat het er dan met name om de vraag of bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare manifestaties, bijvoorbeeld parfum, inherent ongeschikt zijn om als

⁸⁷⁶ A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Basel en Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p. 58 (“*Weil sie nicht körperliche Erscheinungen vertreten, sondern lediglich durch diese wahrgenommen werden, benötigen wir die sinnlichen Mitteilungsträger (Tone, Noten, Worte, Farben, Linien, Flächen, Körper usw.), um das Immaterialgut zu erkennen.*”).

⁸⁷⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: J. PILA, “Article 52(2) of the Convention on the Grant of European Patents: What Did the Framers Intend? A Study of the Travaux Préparatoires.”, *IIC* 2005, p. 774 (“*Also revealed in the preparatory documents is a disagreement within the Working Party of 1961 as to the proper conception of inherent patentability and, in particular, as to whether permissible objects of patent protection - i.e., inventions - are distinct from the tangible forms in which they are susceptible of industrial application.*”).

⁸⁷⁸ Een tijd geleden bleek deze verdeeldheid rond de ‘domeinvraag’ van het auteursrecht bijvoorbeeld nog uit de discussie rond de mogelijkheid om parfum een auteursrechtelijke bescherming te laten genieten. Zie in dit verband bijvoorbeeld: E. DOMMERING, “Auteursrecht op parfum: de definitieve verdamping van het werkbegrip” in D. VISSER en D. VERKADE (eds), *Een eigen, oorspronkelijk karakter. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor*, Amsterdam, DeLex, 2007, p.65-77; M. FOSCHI, “Droit d’auteur et parfums: vers une protection des fragrances?”, *A&M* 2006, p.309-317; S. BALAÑA, “Urheberrechtsschutz für Parfüms”, *GRURInt* 2005, p.979-991; Uitdrukkelijk tegen het hanteren van een domeinvraag binnen het auteursrecht, bijvoorbeeld: D. GERVAIS, “Feist goes global: a comparative analysis of the notion of originality in copyright law”, *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 2002, p. 970-971; M. BUYDENS, *La Protection de la Quasi-Creation*, Brussel, Larcier, 1993, p. 825 (Die vooral vreest dat dergelijke vereisten rond de aard van de kenmerken die een incorporatie ontleent aan de daarrond geleverde inspanningen een aanknopingspunt zouden kunnen zijn voor onwenselijke waardeoordelen.).

basis te fungeren met het oog op het toekennen van bescherming naar aanleiding van een ‘werk’⁸⁷⁹. De weigerachtigheid om te onderzoeken of het wenselijk is om aan te nemen dat het auteursrecht het toekennen van bescherming ook afhankelijk kan maken van het soort zintuiglijk waarneembare manifestatie waarin een resultaat van inspanningen een belichaming kreeg, is hierbij, volgens ons, dan met name ten dele ingegeven door de volgende analyse in lijn met de theorie rond ‘immateriële goederen’: dat enkel het al dan niet voorliggen van een bepaald soort ‘immaterieel goed’, met name het al dan niet voorliggen van een ‘eigen, originele intellectuele schepping’ die kan kwalificeren als een ‘werk’, ook kan beslissen rond het al dan niet toekennen van bescherming en niet de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een specifieke belichaming van dit ‘werk’⁸⁸⁰.

Ten tweede biedt de theorie rond ‘immateriële goederen’ dan ook weinig houvast om, in zoverre vaststaat dat de concrete beginselen en bepalingen van intellectuele rechten vereisten stellen rond de kenmerken van ‘immateriële goederen’, ook uitsluitel te krijgen rond het volgende punt: de mate waarin bepaalde zintuiglijk waarneembare kenmerken van incorporaties van inspanningen ook toelaten om te besluiten dat sprake is van een ‘immaterieel goed’ met de vereiste kenmerken. In dit verband is er met name rekening mee te houden dat, zoals ook de theorie rond immateriële goederen aanvaardt, mensen nu eenmaal aangewezen zijn op zintuiglijk waarneembare kenmerken om het bestaan en de kenmerken te leren kennen van de autonome geestelijke realiteit van ‘immateriële goederen’. De vraag is dan echter dus welke besluiten welke zintuiglijk waarneembare kenmerken toelaten rond het bestaan en de kenmerken van ‘immateriële goederen’. Binnen de theorie rond ‘immateriële goederen’ is hierbij bovendien strikt genomen ook rekening te houden met het volgende: enerzijds, zijn we aangewezen op zintuiglijk waarneembare kenmerken van een incorporatie van inspanningen om de autonome realiteit van het immateriële goed te leren kennen, maar, anderzijds, geldt ook als principe dat de autonome realiteit van het ‘immateriële goed’ zich niet laat beperken tot het unieke bestaan en de exacte zintuiglijk waarneembare kenmerken van één van zijn specifieke belichamingen.

Wat deze vraag betreft rond de besluiten die zintuiglijk waarneembare kenmerken toelaten rond de kenmerken van ‘immateriële goederen’, kunnen we dan bijvoorbeeld verwijzen naar de volgende discussie tussen KOHLER en VON GIERKE. VON GIERKE ging er van uit dat het ‘Geisteswerk’, het soort immateriële goederen waarrond het auteursrecht volgens hem een bescherming toekent, af te bakenen is in het licht van de zintuiglijk waarneembare kenmerken, die de vormgeving bepalen van de belichaming van dit ‘Geisteswerk’. VON GIERKE stelt in dit verband: “*Geisteswerk ist ein durch Formgebung individualisierter Gedankeninhalt.*”⁸⁸¹ In dat opzicht is er volgens VON GIERKE een belangrijk verschil tussen dergelijke ‘Geisteswerke’ binnen het auteursrecht en ‘Erfindungen’, het soort immateriële goederen waarrond het octrooirecht volgens hem een bescherming toekent. ‘Erfindungen’ zijn volgens VON GIERKE immers af te bakenen in het licht van het ‘idee als zodanig’ dat vervat ligt binnen deze incorporatie van inspanningen⁸⁸². Op dit punt stelt VON GIERKE uitdrukkelijk: “*Das Geistes erzeugniß, das den Gegenstand des Erfinderrechtes bildet, ist nicht ein durch Verbindung von Idee und Form individualisiertes Geisteswerk, sondern eine Idee als solche.*”⁸⁸³ Opmerkelijk hierbij is dat VON GIERKE dit onderscheid tussen ‘Geisteswerke’ en ‘Erfindungen’ als volgt verklaart: “*Vielmehr besteht zwischen Urheberrecht*

⁸⁷⁹ Zie in dit verband: M. DE COCK BUNING en E. NUMANN, "De gestage wildgroei van het auteursrecht. Een hoge snelheidstrein dreigt te ontsporen" in D. VISSER en D. VERKADE (eds), *Een eigen, oorspronkelijk karakter. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor*, Amsterdam, DeLex, 2007, p. 27; F. GROSHEIDE, *Auteursrecht op Maat*, Deventer, Kluwer, 1986, p. 195 e.v. en M. FOSCHI, "Droit d'auteur et parfums: vers une protection des fragrances?", *A&M* 2006, p.309-317; S. BALAÑÁ, "Urheberrechtsschutz für Parfüms, *GRURInt* 2005, p. 979-991.

⁸⁸⁰ Vergelijk op dit punt, bijvoorbeeld: D. GERVAIS, "Feist goes global: a comparative analysis of the notion of originality in copyright law", *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 2002, p. 970-971 en M. BUYDENS, *La Protection de la Quasi-Creation*, Brussel, Larcier, 1993, p. 825 e.v.

⁸⁸¹ O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht. Band 1: Allgemeiner Teil u. Personenrecht*, Leipzig (o.a.), 1895, p. 748-749.

⁸⁸² O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht. Band 1: Allgemeiner Teil u. Personenrecht*, Leipzig (o.a.), 1895, p. 849 ("Erfindung is ein neuer Gedanke, der durch eine bisher unbekannte Kombination der Naturkräfte einen wesentliche Fortschritt der Technik Schafft").

⁸⁸³ O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht. Band 1: Allgemeiner Teil u. Personenrecht*, Leipzig (o.a.), 1895, p. 854.

*und Erfinderrecht ein Wesensunterschied, der in der ungleichartigen Beschaffenheit ihres Gegenstandes wurzelt.*⁸⁸⁴

KOHLER daarentegen ging er vanuit dat het zowel het octrooirecht als het auteursrecht een exclusief recht toekennen over een 'idee' dat reeds tot uiting gebracht werd in een bepaalde belichaming ervan⁸⁸⁵. Het octrooirecht verleent volgens KOHLER met name een exclusief recht over het soort immateriële goederen dat hij aanduidde als 'Naturkräfteideen'. Het auteursrecht daarentegen kent volgens KOHLER een exclusief recht toe over het soort immateriële goederen dat hij aanduidde als 'Weltschöpfungsideen'. Dergelijke 'Naturkräfteideen' en 'Weltschöpfungsideen' verschillen volgens KOHLER daarin dat 'Naturkräfteideen' van technische aard zijn en 'Weltschöpfungsideen' van esthetische aard⁸⁸⁶. Belangrijk volgens KOHLER is echter dat zowel 'Naturkräfteideen' en 'Weltschöpfungsideen' ideeën zijn die beiden niet te beperken zijn door het unieke bestaan en de kenmerken van één van hun belichaming⁸⁸⁷. Waar VON GIERKE meent dat het 'Geisteswerk' een idee is dat geïndividualiseerd is door een concrete vormgeving, miskent hij, volgens KOHLER, de aard van dit 'Geisteswerk' als 'immaterieel goed' door onvoldoende het onderscheid te maken tussen de autonome geestelijke realiteit van dit 'immateriële goed' en de zintuiglijk waarneembare belichaming van dit 'immateriële goed'⁸⁸⁸.

De zonet beschreven discussie tussen VON GIERKE en KOHLER raakt volgens ons aan de volgende vraag: hoe kunnen we de graad van abstractie vaststellen die te hanteren is ten aanzien van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die ontleend zijn aan de inspanningen van een persoon, als het erop aankomt om, op grond van deze zintuiglijk waarneembare kenmerken het immateriële goed te 'leren kennen' waartoe de inspanningen van deze persoon eventueel aanleiding gaven. Het antwoord op deze vraag hangt daarbij volgens ons in wezen ook samen met het nagestreefde beleid rond de omvang van de bescherming die intellectuele rechten behoren toe te kennen. VON GIERKE en KOHLER voeren hun discussie echter alvast niet in termen van het na te streven beleid rond de beschermingsomvang maar integendeel in termen van de zijnskenmerken van de betrokken immateriële goederen. De moeilijkheid hierbij is echter dat deze ontologische kenmerken van de betrokken immateriële goederen geen empirische analyse toelaten. In zoverre VON GIERKE en KOHLER hun onderscheiden opvattingen rond de afstelling van het ingrijpen van het auteursrecht dus beargumenteren op grond van onderscheiden opvattingen rond de zijnskenmerken, met name het 'aanwendingsscala', van de betrokken 'immateriële goederen', zijn hun opvattingen dus ook moeilijk te verifiëren of falsifiëren. Hun benadering is in dat opzicht echter tekenend voor de theorie rond 'immateriële goederen'.

Bij de toepassing van de theorie rond 'immateriële goederen' stellen we vast dat het in de praktijk gebruikelijk is om bij de beoordeling of een incorporatie van inspanningen blijkt geeft van het soort 'immateriële goed' dat vereist

⁸⁸⁴ O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht. Band I: Allgemeiner Teil u. Personenrecht*, Leipzig (o.a.), 1895, p. 854.

⁸⁸⁵ Zo schrijft KOHLER: "Auch das Erfinderrecht ist nicht ein Recht an einer spekulativen Idee, sondern an einer Idee, welche den Boden der Wirklichkeit betreten hat, welche also der Erfinder zu verwirklichen vermag: wer eine Idee aufstellt, ohne eine Möglichkeit der Verkörperung darzulegen ist kein Erfinder; allerdings beschränkt sich sein Recht nicht auf diese Verwirklichungsform, sondern erstreckt sich auf alle sonstigen Weisen der Verwirklichung, ...; aber die Darlegung von wenigstens einer Verwirklichungsform ist notwendig." en "So ist es nun auch im Urheberrecht: der Maler eines Bildes muß das in im lebende imaginäre Bild verwirklicht haben, erst dann hat er ein Autorrecht, hat er es aber verwirklicht, so ist sein Autorrecht nicht auf diese Verwirklichungsform beschränkt, und es ist Anderen nicht gestattet, seine Idee in Gestalt des Kupfertisches oder Steindruckes zu vervielfältigen." J. KOHLER, *Urheberrecht an schriftwerken und verlagsrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1907, 515 p. (nieuwe druk: Aalen, Scientia Verlag, 1980), p. 10.

⁸⁸⁶ Rond het octrooirecht en het auteursrecht schrijft KOHLER met name: "Der Unterschied zwischen ihnen aber ist nicht der grundsätzliche den Gierke herausholt, sondern ein zwar qualitativer, aber sekundärer, nämlich der Unterschied, daß es das Autor- und Kunstwerkrecht mit einer ästhetischen, das Erfinderrecht (und Gebrauchsmusterrecht) mit einer technischen Idee zu tun haben." J. KOHLER, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1907, 515 p. (nieuwe druk: Aalen, Scientia Verlag, 1980), p. 10.

⁸⁸⁷ J. KOHLER, *Urheberrecht an schriftwerken und verlagsrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1907, 515 p. (nieuwe druk: Aalen, Scientia Verlag, 1980), p.12 ("Also der Unterschied zwischen Urheber- und Erfinderrecht betrifft die Qualität der Idee; ein Recht an der Idee sind aber beide unter grundsätzlich gleichen Voraussetzungen und Bedingungen.")

⁸⁸⁸ J. KOHLER, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1907, 515 p. (nieuwe druk: Aalen, Scientia Verlag, 1980), p. 10 e.v..

is voor het toekennen van bescherming, terug te vallen op het volgende: een vergelijking tussen de kenmerken die een incorporatie van inspanningen dankt aan het resultaat van inspanningen van een persoon en de kenmerken die bij het leveren van deze inspanningen reeds terug te waren binnen andere zintuiglijk waarneembare manifestaties⁸⁸⁹. Hierbij is dan echter op te merken dat de theorie rond ‘immateriële goederen’ op zich, geen uitdrukkelijke richtlijnen geeft rond de parameters voor het eigenlijke doorvoeren van een dergelijke vergelijking. Tegen de achtergrond van de theorie rond ‘immateriële goederen’ treffen we immers weliswaar aanwijzingen aan rond de aard van de ‘immateriële goederen’ die in het kader van deze vergelijking vast te stellen zijn, maar deze theorie zelf, biedt echter geen richtlijnen rond hoe de concrete vergelijking uit te voeren is tussen een incorporatie van inspanningen en bestaande zintuiglijk waarneembare manifestaties om tot het besluit te komen of deze incorporatie van inspanningen blijkt geeft van het soort ‘immateriële goed’ dat vereist is voor het toekennen van bescherming.

A.1.2. Het ‘object’ van de toegekende bescherming

Intellectuele rechten die overgaan tot het toekennen van bescherming, doen volgens de theorie rond ‘immateriële goederen’ het volgende: ze verlenen een rechthebbende een bepaalde exclusieve bevoegdheid met als eigenlijk ‘object’ het concrete ‘immateriële goed’ dat de vereisten vervult voor het toekennen van hun bescherming. Volgens de theorie rond ‘immateriële goederen’, impliceert deze exclusieve bevoegdheid ten aanzien van dit ‘object’, het concrete ‘immateriële goed’, daarbij dan echter ook steeds het volgende: een bijbehorende exclusieve bevoegdheid ten aanzien van bepaalde fysische manifestaties die volgens het betrokken intellectuele recht op te vatten zijn als belichamingen van het betrokken ‘immateriële goed’⁸⁹⁰. In het licht van deze bijbehorende exclusieve bevoegdheid is dus ook een ‘fysische afbakening’ nodig van het ‘object’.

Opnieuw biedt de theorie rond ‘immateriële goederen’ ons echter weinig concrete richtlijnen om, uitgaande van de concrete bepalingen en beginselen van een intellectueel recht, de zintuiglijk waarneembare manifestaties te traceren die volgens het betrokken intellectuele recht, als belichamingen van het beschermde ‘immateriële goed’, onder de ‘fysische afbakening’ vallen van het ‘object’ van de exclusieve bevoegdheid die intellectuele rechten verlenen. Dit gebrek aan richtlijnen manifesteert zich daarbij, volgens ons, opnieuw op twee vlakken.

Ten eerste geeft de theorie rond ‘immateriële goederen’ ons met name weinig houvast rond de afbakening van het concrete ‘immateriële goed’ met het oog op een beoordeling of een concrete zintuiglijk waarneembare manifestatie op te vatten is als een belichaming van dit ‘immateriële goed’. Dit gebrek aan houvast gaat daarbij dan met name in hoofdzaak terug op het hierboven besproken gegeven dat de theorie rond ‘immateriële goederen’ weinig richtlijnen biedt rond de mate waarin concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken van een incorporatie van inspanningen ook besluiten toelaten rond de kenmerken van het concrete ‘immateriële goed’ dat ze belichaming. In zoverre er onzekerheid kan bestaan rond de vraag of de kenmerken van een incorporatie van inspanningen het besluit kunnen rechtvaardigen dat een concreet ‘immaterieel goed’ voorligt met bijvoorbeeld een bepaald ‘aanwendingsscala’, zet deze onzekerheid zich ook verder bij het doorvoeren van de fysische afbakening van dit concrete ‘immateriële goed’.

Ten tweede biedt de theorie rond ‘immateriële goederen’ dan ook nauwelijks richtlijnen om concrete bepalingen en beginselen te plaatsen die aangeven dat een bepaalde belichaming van het beschermde ‘immateriële goed’ in het licht van zijn concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken of de concrete omstandigheden errond niet onder de ‘fysische afbakening’ vallen van het ‘object’. In dit verband is dan met name te denken aan uitdrukkelijke uitzonderingen binnen de intellectuele rechten die bijvoorbeeld aangeven dat een ‘reproductie’ van het beschermde ‘immateriële goed’ uiteindelijk toch niet onder het ‘object’ van de exclusieve bevoegdheid vallen van de rechthebbende omdat deze reproductie plaatsvond ter illustratie bij onderwijs of voor wetenschappelijk onderzoek. Binnen de theorie rond ‘immateriële goederen’ is er met name niet meteen een aanknopingspunt om belichamingen

⁸⁸⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: B. GODENHIELM, "Ist die Erfindung etwas Immaterielles?", *GRURInt* 1996, p. 330.

⁸⁹⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. SAMBUC, "Einleitung" in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Gesetz gegen de unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p.407 ("Immaterialgüterrechte: D. h. der Gegenstand des Rechts ist an sich ein unkörperlicher. Der schutz erstreckt sich jedoch auf körperliche Gegenstände (Werkexemplare)."); A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Basel en Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p. 58-59.

van het ‘immateriële goed’ nog eens afzonderlijk te toetsen op hun relevantie voor de ‘fysische afbakening’ van het ‘object’.

Bij de toepassing van de theorie rond ‘immateriële goederen’ stellen we ook hier vast dat het in de praktijk gebruikelijk is om bij de ‘fysische afbakening’ van het ‘immateriële goed’ terug te vallen op het volgende: een vergelijking tussen de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een zintuiglijk waarneembare manifestatie en de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een incorporatie van inspanningen die als geschikt uitgangspunt gelden om het beschermde ‘immateriële goed’ te leren kennen⁸⁹¹. KOHLER bijvoorbeeld stuurde in dit verband aan op een ‘Gleichwertung’ op het vlak van het belichamen van een zelfde ‘immaterieel goed’⁸⁹².

In dit verband is dan echter ook hier op te merken dat de theorie rond ‘immateriële goederen’ op zich, geen uitdrukkelijke richtlijnen geeft rond de parameters voor het eigenlijke doorvoeren van een dergelijke vergelijking. Vanuit de theorie rond ‘immateriële goederen’ komen wel aanwijzingen rond de aard van de betrokken beschermde ‘immateriële goederen’. De theorie rond ‘immateriële goederen’ zelf biedt echter geen richtlijnen rond de manier waarop een vergelijking tussen zintuiglijk waarneembare manifestaties concreet uit te voeren is om tot het besluit te komen of ze hetzelfde immateriële goed belichamen.

A.1.3. De ‘exclusieve bevoegdheid’ op grond van de toegekende bescherming

Intellectuele rechten die overgaan tot het toekennen van bescherming, doen volgens de theorie rond ‘immateriële goederen’ steeds het volgende: ze verlenen een rechthebbende een bepaalde exclusieve bevoegdheid met als eigenlijk ‘object’, het concrete ‘immateriële goed’ dat de vereisten vervult voor het toekennen van hun bescherming. Volgens de theorie rond ‘immateriële goederen’, impliceert deze exclusieve bevoegdheid ten aanzien van dit ‘object’, het concrete ‘immateriële goed’, daarbij dan echter ook steeds het volgende: een bijbehorende exclusieve bevoegdheid ten aanzien van bepaalde fysische manifestaties die volgens het betrokken intellectuele recht op te vatten zijn als belichamingen van het betrokken ‘immateriële goed’⁸⁹³. Als leidraad binnen de theorie rond ‘immateriële goederen’ geldt daarbij dan in beginsel dat de exclusieve bevoegdheid ten aanzien van het concrete ‘immateriële goed’ gepaard gaat met een exclusieve bevoegdheid ten aanzien van fysische handelingen waarvan aan te nemen is dat zij, door hun inwerking ten aanzien van belichamingen van het betrokken ‘immateriële goed’, ook raken aan dit ‘immateriële goed’⁸⁹⁴.

Opnieuw biedt de theorie rond ‘immateriële goederen’ ons echter weinig concrete richtlijnen om, uitgaande van de concrete bepalingen en beginselen van een intellectueel recht, de zintuiglijk waarneembare handelingen te traceren die volgens het betrokken intellectuele recht onder de exclusieve bevoegdheid vallen van de rechthebbende. De moeilijkheid hierbij is dan met name dat de theorie rond ‘immateriële goederen’ op zich geen duidelijk criterium biedt om te bepalen of een zintuiglijk waarneembare handeling ten aanzien van een specifieke belichaming van het ‘immateriële goed’ ook daadwerkelijk ‘raakt’ aan het daarin belichaamde ‘immateriële

⁸⁹¹ Zie in die zin, bijvoorbeeld: B. GODENHIELM, "Ist die Erfindung etwas Immaterielles?", *GRURInt* 1996, p. 330 ("Für das Funktionieren der rechtlichen Regelungen ist es somit nicht erforderlich, daß von einem immateriellen Objekt die Rede ist. Man kann jedoch - wie ich schon zuvor angedeutet habe - dadurch, daß man die Erfindung als etwas Immaterielles bezeichnet, also als etwas, was sich als Ergebnis eines Vergleichs zwischen dem in den Patentansprüchen Angegebenen und dem Verletzungsgegenstand (oder möglicherweise auch den Handlungen, aus denen die Verletzung bestehen kann) ergibt, mit einem Wort die in Frage stehenden rechtlichen Verhältnisse - wenn auch sicherlich unpräzise - umreißen.").

⁸⁹² Zie bijvoorbeeld: J. KOHLER, *Musterrecht. Geschmacks- und Gebrauchsmusterrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1909, p. 66 e.v. ("Danach richtet sich auch der Umfang des Schutzes: er faßt die ganze Idee, und nach der Ausdehnung dieser Idee richtet sich auch die Lehre von den Gleichwerten. ... Die Gleichwertung beim Gebrauchsmuster ist keine Naturkräfte- sondern eine Raumgleichwertung.").

⁸⁹³ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. SAMBUC, "Einleitung" in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Gesetz gegen de unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p.407 ("Immateriälgüterrechte: D. h. der Gegenstand des Rechts ist an sich ein unkörperlicher. Der schutz erstreckt sich jedoch auf körperliche Gegenstände (Werkexemplare)."); A. TROLLER, *Immateriälgüterrecht*, Basel en Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p. 58-59.

⁸⁹⁴ Vergelijk op dit punt: S. STRÖMHOLM, "Der urheberrechtliche Werkbegriff in der neueren nordischen Rechtslehre", *GRUR Int.* 1963, Deel I: p. 435.

goed⁸⁹⁵. De theorie rond ‘immateriële goederen’ is dus met name niet in staat om een criterium rond het al dan niet ‘raken’ aan het ‘immateriële goed’ te formuleren dat als leidraad kan dienen om het geheel van de soorten zintuiglijk waarneembare handelingen af te bakenen waarrond de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid heeft. In die zin biedt de theorie rond ‘immateriële goederen’ dus ook weinig houvast om, in het licht van het criterium van het al dan niet raken aan het ‘immateriële goed’, te bepalen welke concrete zintuiglijk waarneembare handelingen gevat zijn door de onderscheiden wettelijke categorieën voorbehouden handelingen, zoals ‘reproducen’ of ‘mededelen’. Bij gebrek aan een duidelijk criterium rond het al dan niet ‘raken’ aan het ‘immateriële goed’ kan de theorie rond ‘immateriële goederen’ ook nauwelijks een leidraad bieden om het volgende te verklaren: hoe bepaalde omstandigheden rond een specifieke belichaming van het beschermde ‘immateriële goed’, denk bijvoorbeeld aan het in verkeer brengen ervan, het soort zintuiglijk waarneembare handelingen beïnvloeden ten aanzien van deze specifieke belichaming die nog tot de exclusieve bevoegdheid te rekenen zijn van de betrokken rechthebbende omdat ze ‘raken’ aan het daarin geïncorporeerde ‘immateriële goed’.

Om vast te stellen of en in welke mate fysische handelingen ten aanzien van belichamingen van een beschermd ‘immaterieel goed’ ook onder de exclusieve bevoegdheid vallen van de betrokken rechthebbende, is het in de praktijk integendeel gebruikelijk om zich gewoon te richten naar het volgende: een normatieve interpretatie van de bepalingen en beginselen rond de categorieën voorbehouden handelingen die de regelgeving rond het betrokken intellectuele recht nu eenmaal opsomt als exclusief aan de rechthebbende voorbehouden handelingen. Wat dan een correcte normatieve interpretatie uitmaakt van deze wettelijke categorieën handelingen geeft daarbij aanleiding tot veel discussies⁸⁹⁶. Deze discussies komen later aan bod. Belangrijk hier is dat de verklaring die de theorie rond immateriële goederen geeft rond de wijze waarop de betrokken wettelijke categorieën voorbehouden handelingen te verstaan zijn als aanwijzingen rond het in werking stellen en afstellen van het betrokken ingrijpen van de intellectuele rechten, door het ontbreken van een duidelijk criterium rond ‘raken’ aan het ‘immateriële goed’, nauwelijks een bijdrage levert tot deze discussies.

4.1.4. Synthese

Bij de zonet besproken punten van kritiek gaat het er dus vooral om dat deze theorie ons er weliswaar toe dwingt om rekening te houden met het bestaan en de kenmerken van de autonome geestelijke realiteit van ‘immateriële goederen’ maar ons weinig praktische richtlijnen geeft rond hoe we dit dan concreet moeten doen bij de toepassing van de bepalingen en beginselen van intellectuele rechten in concrete gevallen. In de eerste plaats formuleert deze praktische kritiek dus met name het bezwaar dat de theorie rond ‘immateriële goederen’ de afstelling van het ingrijpen van intellectuele rechten overeenkomstig het nagestreefde beleid direct laat afhangen van het bestaan en de kenmerken van concrete ‘immateriële goederen’ maar weinig richtlijnen biedt rond het volgende: de mate waarin zintuiglijk waarneembare kenmerken van incorporaties van inspanningen en andere zintuiglijk waarneembare manifestaties ook bepalend of beperkend zijn voor eventuele besluiten rond het bestaan of de kenmerken van concrete ‘immateriële goederen’. In de tweede plaats formuleert deze praktische kritiek ook het

⁸⁹⁵ Vergelijk op dit vlak KNOPH. KNOPH sluit zich aan bij de theorie rond ‘immateriële goederen’ en benadrukt dat de autonome geestelijke realiteit van het ‘immateriële goed’ het eigenlijke ‘object’ is van de exclusieve bevoegdheid die intellectuele rechten verlenen. (Zie bijvoorbeeld: R. KNOPH, *Åndsretten*, Oslo, Nationaltrykkeriet, 1936, p. 9) Als het er op aankomt aan te geven welke zintuiglijke waarneembare handelingen ‘raken’ aan dit eigenlijk ‘object’, het ‘immateriële goed’, stelt KNOPH als algemeen principe voorop dat het moet gaan om zintuiglijke waarneembare handelingen die de beleving toelaten van het ‘immaterieel goed’. (Zie bijvoorbeeld: R. KNOPH, *Åndsretten*, Oslo, Nationaltrykkeriet, 1936, p. 86 e.v.) Om tot meer gedetailleerde aanwijzingen te komen rond de zintuiglijke waarneembare handelingen die intellectuele rechten de rechthebbende daartoe dienen voor te behouden, stellen we echter vast dat KNOPH niet langer strikt vanuit de theorie rond ‘immateriële goederen’ redeneert maar integendeel aangeeft dat deze handelingen te bepalen zijn in het licht van praktische, rechtspolitieke overwegingen. (Zie bijvoorbeeld: R. KNOPH, *Åndsretten*, Oslo, Nationaltrykkeriet, 1936, p. 94). Kritisch ten aanzien van deze benadering van KNOPH, met name omdat deze niet consequent redeneert vanuit de theorie rond ‘immateriële goederen’, bijvoorbeeld: S. STRÖMHOLM, "Der urheberrechtliche Werkbegriff in der neueren nordischen Rechtslehre", *GRUR Int.* 1963, Deel I: p. 436-437.

⁸⁹⁶ Zie met betrekking tot de discussie wat in dit verband dan een passend interpretatie uitmaakt, bijvoorbeeld: S. DUSOLLIER, "Le droit de destination: une espèce franco-belge vouée à la disparition", *Propriétés Intellectuelles*, 2006, p.284; J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, p. 152-153.

bezwaar dat de theorie rond ‘immateriële goederen’ vanuit zijn focus op het bestaan en de kenmerken van ‘immateriële goederen’ geen coherente aanknopingspunten biedt om bij de afstelling van het ingrijpen van intellectuele rechten overeenkomstig het nagestreefde beleid ook rekening te houden met de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken van de betrokken incorporaties van inspanningen en zintuiglijk waarneembare manifestaties.

A.2. Fundamentele kritiek op de ‘theorie rond immateriële goederen’

Een minderheid binnen de rechtsleer formuleerde echter ook reeds een meer fundamentele kritiek op de verklaring die de theorie rond ‘immateriële goederen’ geeft rond het ingrijpen van intellectuele rechten. De kritiek van de betrokken auteurs bestond er met name in dat het concept van een heerschappij over een autonome, geestelijke realiteit van ‘immateriële goederen’ uiterst problematisch was om een coherente verklaring te geven rond het daadwerkelijke ingrijpen van intellectuele rechten. Toonaangevend op dit vlak was met name ROSS, met zijn analyse van het begrip ‘werk’ binnen het auteursrecht⁸⁹⁷. Andere auteurs, zoals BERGSTRÖM, MAGNUSSEN en KOKTVEDGAARD, gingen er vervolgens toe over om de vraagstelling en kritiek van ROSS uit te diepen en te transponeren naar andere intellectuele rechten⁸⁹⁸.

Een eerste punt van kritiek van de betrokken auteurs was dan met name dat zij de werkelijkheid in vraag stelden van de ‘immateriële goederen’ die volgens de theorie rond ‘immateriële goederen’ het eigenlijk object vormen van de exclusieve bevoegdheid verleend door intellectuele rechten. ROSS stelde in die zin bijvoorbeeld uitdrukkelijk de vraag waar en hoe het ‘immateriële goed’ als autonome geestelijke realiteit dan wel een bestaan kan hebben dat onafhankelijk is van zintuiglijk waarneembare manifestaties⁸⁹⁹. Wat bijvoorbeeld het ‘werk’ betreft binnen van het auteursrecht, gaven ROSS en BERGSTRÖM aan geen ‘immateriële goederen’ te erkennen maar enkel de volgende realiteiten: bewustzijnsfenomenen en fysische objecten. Volgens ROSS en BERGSTRÖM doet zich bij auteursrechtelijke ‘werken’ in wezen het volgende voor: een auteur beleeft bepaalde bewustzijnsfenomenen die hem ertoe aanzetten om bepaalde fysische objecten te vervaardigen die in staat zijn om bepaalde bewustzijnsfenomenen op te roepen bij andere individuen⁹⁰⁰.

Een tweede punt van kritiek van de zonet vermelde auteurs was dan met name dat het volgens hen niet mogelijk en ook zinloos is om personen, in het kader van intellectuele rechten, een juridische heerschappij te verlenen met als eigenlijk ‘object’ ‘immateriële goederen’ of ‘bewustzijnsfenomenen’. ROSS gaf in dit verband bijvoorbeeld aan dat de bewustzijnsfenomenen rond het creëren en het genieten van een ‘werk’ steeds ongrijpbaar zijn voor de rechtsorde. De rechtsorde kan volgens ROSS pas optreden wanneer de bewustzijnsfenomenen rond het bedenken van het ‘werk’ vastgelegd worden in fysische objecten die in staat zijn om de beleving van het ‘werk’ over te dragen in een nieuw bewustzijn⁹⁰¹. BERGSTRÖM bijvoorbeeld stelde in dit verband dat het exclusieve auteursrecht in wezen zinloos zou zijn indien dit de rechthebbende enkel een exclusiviteit zou verlenen over de bewustzijnsfenomenen rond het ‘werk’ en niet over de ‘media’, de fysische objecten, die in staat zijn om de bewustzijnsfenomenen over te dragen, die de beleving uitmaken van het werk⁹⁰². Zowel ROSS en BERGSTRÖM,

⁸⁹⁷ A. ROSS, “Ophavsrettens grundbegreben”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1945, p. 321 e.v..

⁸⁹⁸ Zie bijvoorbeeld: O. MAGNUSSEN, *Naboretlige Studier*, Kopenhagen, Gads, 1950, 303 p.; S. BERGSTRÖM, *Uteslutande rätt att förfoga över verket*, Uppsala, A.-B. Lundequistska Bokhandeln, 1954, 183 p.; M. KOKTVEDGAARD, *Konkurrencepraegede Immaterialretspositioner. Bidrag til loeren om de lovsbestemte enerettigheder og ders forhold til den almene konkurrenceret*, Kopenhagen, Juristforbundets Forlag, 1965, 463 p.; In dit verband gaat onze bijzondere dank uit naar Goedele Vermaelen, voor het vertalen van de relevante passages uit de werken van de betrokken rechtsleer.

⁸⁹⁹ A. ROSS, “Ophavsrettens grundbegreben”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1945, p. 344 e.v.; Vergelijk ook: M. KOKTVEDGAARD, *Konkurrencepraegede immaterialretspositioner. Bidrag til loeren om de lovsbestemte enerettigheder og deres forhold til den almene konkurrenceret*, Kopenhagen, Juristforbundets Forlag, 1965, p. 148.

⁹⁰⁰ Zie op dit punt bijvoorbeeld: A. ROSS, “Ophavsrettens grundbegreben”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1945, p. 344-345 en p. 347; S. BERGSTRÖM, *Uteslutande rätt att förfoga över verket*, Uppsala, A.-B. Lundequistska Bokhandeln, 1954, p. 63.

⁹⁰¹ A. ROSS, “Ophavsrettens grundbegreben”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1945, p. 344-345 en 347

⁹⁰² S. BERGSTRÖM, *Uteslutande rätt att förfoga över verket*, Uppsala, A.-B. Lundequistska Bokhandeln, 1954, p. 63.

geven in dit verband dus aan dat ook intellectuele rechten in wezen enkel een juridische heerschappij kunnen toekennen over bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestaties.

In het kader van hun kritiek op de theorie rond ‘immateriële goederen’ gaven de zonet vermelde auteurs ook aanzetten tot een alternatieve verklaring van de ‘mechaniek’ van intellectuele rechten. Met deze alternatieve verklaringen gaven deze auteurs dus ook aan dat het niet nodig is om een beroep te doen op het concept van een heerschappij over ‘immateriële goederen’ om te verklaren hoe intellectuele rechten inwerken op de onderlinge verhoudingen tussen personen rond zintuiglijk waarneembare manifestaties.

Ten eerste gaven de betrokken auteurs met name aan dat het niet noodzakelijk was om een beroep te doen op het concept van ‘immateriële goederen’ om te verklaren dat het ‘object’ van de exclusieve bevoegdheid die intellectuele rechten toekennen, meerdere zintuiglijk waarneembare manifestaties kan omvatten. Wat bijvoorbeeld het ‘object’ van het auteursrecht betreft, gaf bijvoorbeeld BERGSTRÖM aan dat dit ‘object’ nu eenmaal op te vatten is als een groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties, ‘media’, die de capaciteit bezitten om een bepaald bewustzijnsfenomeen over te dragen, met name een in hoofdzaak identieke belevenis van literaire of kunstzinnige aard die hij aanduidt als het ‘innerlijke werk’⁹⁰³. Om deze groep van ‘media’ af te bakenen komt het er volgens BERGSTRÖM concreet op aan om zintuiglijk waarneembare manifestaties te vergelijken met het ‘primaire medium’, met name het ‘medium’ waarmee de auteur het ‘innerlijke werk’ voor het eerst mededeelde⁹⁰⁴. Wat bijvoorbeeld het voorwerp van het octrooirecht betreft, gaat het er volgens KOKTVEDGAARD om de technische fenomenen als functionele gehelen op te vatten, deze te structureren, en vervolgens na te gaan of het daarbij om hetzelfde gaat⁹⁰⁵. Volgens KOKTVEDGAARD is het overigens hét kenmerk van intellectuele rechten dat zij vragen om hun ingrijpen af te stellen aan de hand van ‘gestructureerde vergelijkingsregels’⁹⁰⁶.

Ten tweede gaven de bovenvermelde auteurs ook aan dat het concept van een heerschappij op ‘immateriële goederen’ al evenmin noodzakelijk was om te verklaren dat de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid kan ontlenen aan intellectuele rechten die zich ook uitstrekt tot zintuiglijk waarneembare manifestaties die, zakenrechtelijk gezien, andere personen toebehoren of gaan toebehoren. ROSS bijvoorbeeld verklaarde dit fenomeen door de analyse dat intellectuele rechten er telkens toe overgaan om, bij de fysische objecten die het ‘object’ uitmaken van de door intellectuele rechten verleende exclusieve bevoegdheid, het volgende te doen: ten voordele van de rechthebbende een schijf uit de bevoegdheden snijden die het zakenrechtelijk eigendomsrecht nog kan verlenen aan de eigenaar van de betrokken fysische objecten⁹⁰⁷. MAGNUSSEN bijvoorbeeld poneerde dat, indien intellectuele rechten een exclusieve bevoegdheid verlenen, dit in wezen het volgende inhoudt: dat de zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ bezwaard worden met erfdiensbaarheden die de rechthebbende bepaalde handelingen voorbehouden ten aanzien van deze zintuiglijk waarneembare manifestaties⁹⁰⁸.

In dit verband vestigen we er overigens de aandacht op dat een dergelijke analyse van de door intellectuele rechten verleende exclusieve bevoegdheid, vanuit de optiek van zakelijke lasten niet beperkt bleef tot de zonet vermelde kritiek op de theorie rond ‘immateriële goederen’. Om het ingrijpen van intellectuele rechten te verklaren op het vlak van de voorbehouden handelingen, maakte bijvoorbeeld ook SCHRAMM reeds de analyse dat alle lichamelijke voorwerpen die het ‘object’ van een intellectueel recht concretiseren, vanaf het ogenblik van hun vervaardiging, bezwaard zijn met het voorbehoud van het exclusieve exploitatierecht van de rechthebbende. Dit bezwaard zijn is volgens SCHRAMM van zakenrechtelijke aard en blijft aan het betrokken lichamelijke voorwerp

⁹⁰³ S. BERGSTRÖM, *Uteslutande rätt att förfoga över verket*, Uppsala, A.-B. Lundequistska Bokhandeln, 1954, p. 167-168.

⁹⁰⁴ S. BERGSTRÖM, *Uteslutande rätt att förfoga över verket*, Uppsala, A.-B. Lundequistska Bokhandeln, 1954, p. 65-66.

⁹⁰⁵ M. KOKTVEDGAARD, *Konkurrencepraegede Immaterialretspositioner. Bidrag til loeren om de lovsbestemte enerettigheder og ders forhold til den almene kokurreceret*, Kopenhagen, Juristforbundets Forlag, 1965, p. 147.

⁹⁰⁶ M. KOKTVEDGAARD, *Konkurrencepraegede Immaterialretspositioner. Bidrag til loeren om de lovsbestemte enerettigheder og ders forhold til den almene kokurreceret*, Kopenhagen, Juristforbundets Forlag, 1965, p. 124.

⁹⁰⁷ A. ROSS, "Ophavsrettens grundbegreben", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1945, p. 349.

⁹⁰⁸ O. MAGNUSSEN, *Naboretlige Studier*, Kopenhagen, Gads, 1950, p. 36 e.v. en p.45 e.v..

kleven, om het even door hoeveel handen dit voorwerp gaat, tenzij dit bezwaard zijn ‘verbruikt’ is⁹⁰⁹. Met dit ‘verbruikt’ zijn verwijst SCHRAMM met name naar de toepassing van de uitputtingsleer en de invloed daarvan op de omvang van de zakelijke last, die een concreet lichamenlijk voorwerp op grond van het intellectuele recht bezwaard. De omvang van de zakelijke last op een concreet lichamenlijke voorwerp neemt volgens SCHRAMM immers af, wanneer, bij het in verkeer brengen van dit lichamenlijke voorwerp, de uitputting intreed met betrekking tot bepaalde categorieën van voorbehouden handelingen. Met betrekking tot voorbehouden handelingen, die daarentegen niet onder de toepassing van de uitputting vallen, blijft de zakelijk last van het intellectuele recht echter verder bestaan⁹¹⁰.

B. Het ingrijpen van de intellectuele rechten volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’

Geïnspireerd door de zonet besproken kritiek op de theorie rond ‘immateriële goederen’, biedt onze theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ nu dus een alternatieve verklaring rond de ‘mechaniek’ van het ingrijpen van intellectuele rechten. In dit onderdeel lichten we deze theorie en haar verklaring verder toe. Voor deze toelichting opteren we opnieuw voor de volgende aanpak. Eerst (B.1.) bespreken we wat de theorie rond ‘immateriële goederen’ als de moeilijkheid ziet bij het verklaren van het ingrijpen van intellectuele rechten. Daarna (B.2.) volgt dan een meer gedetailleerde bespreking van de verklaring die deze theorie geeft rond het ingrijpen van intellectuele rechten. Ten slotte (B.3.) lichten we dan ook nog eens uitdrukkelijk toe hoe deze theorie haar verklaring rond het ingrijpen van intellectuele rechten als oplossing ziet voor de moeilijkheden die ze identificeert rond het verklaren van dit ingrijpen.

B.1. Analyse van de moeilijkheden bij het verklaren van het ingrijpen

De theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ wil in wezen verklaren hoe intellectuele rechten hun kenmerkende ingrijpen in de verhoudingen tussen personen rond zintuiglijk waarneembare manifestaties, zo objectief mogelijk afstellen in het licht van de feitelijke omstandigheden die relevant zijn gezien de nagestreefde beleidsdoelstellingen. In dit verband komt het er, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, dan vooral op aan om een coherente verklaring te geven rond de wijze waarop intellectuele rechten hun kenmerkende ingrijpen⁹¹¹ zo objectief mogelijk afstellen in het licht van het bestaan en de kenmerken van de relevante, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen. Bij deze relevante, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen gaat het dan in het bijzonder om het leveren van intellectuele arbeid en het ervaren van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen op grond van zintuiglijk waarneembare manifestaties die mogelijk gemaakt zijn door de geleverde intellectuele arbeid.

De moeilijkheden om het ingrijpen van intellectuele rechten te verklaren, gaan volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ in wezen terug op de moeilijke opdracht die intellectuele moeten zien te vervullen. Deze moeilijke opdracht bestaat er met name in om een coördinatie van gedragingen door te voeren die rekening houdt met, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen waarrond nochtans geen empirische kennis mogelijk is. Volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ is het immers belangrijk voor intellectuele rechten om, bij het doorvoeren van een coördinatie van gedragingen conform hun beleidsdoelstellingen, rekening te houden met het bestaan en de kenmerken van bepaalde, aan de mens interne, bewustzijnsfenomenen. Vanuit die optiek moeten

⁹⁰⁹ In de woorden van SCHRAMM luidt het: "*Alle körperlichen Gegenstände, welche einen Schutzrechtsgegenstand konkretisieren, sind vom Augenblick der Erzeugung an mit dem Vorbehalt des alleinigen Nutzungsrechtes durch den Schutzrechtsinhaber belastet. Die Belastung ist eine dingliche und bleibt so lange an dem Gegenstand haften, gleichgültig, durch wie viele Hände er geht, bis die Belastung 'verbraucht' ist.*" C. SCHRAMM, *Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen rechtsschutzes und Urheberrechtes*, C. Heymanns Verlag KG, Berlijn, Keulen, 1954, p. 368.

⁹¹⁰ C. SCHRAMM, *Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen rechtsschutzes und Urheberrechtes*, C. Heymanns Verlag KG, Berlijn, Keulen, 1954, p. 245-246.

⁹¹¹ Hierbij is dus op te merken dat de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ evengoed een coherente uitleg wil geven rond de hierboven vermelde ‘bijzonderheden’ van dit ingrijpen die de theorie rond immateriële goederen centraal stelt. De mogelijke kritiek op de theorie rond ‘immateriële goederen’ wijzigt immer niets aan het gegeven dat een verklaring nodig is rond deze twee kenmerkende aspecten van het ingrijpen van intellectuele rechten.

intellectuele rechten, bij de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, met name rekening houden met de volgende vraag: of het tot stand brengen van een bepaalde incorporatie van inspanningen een bepaald soort resultaat van intellectuele arbeid vroeg. Vanuit diezelfde optiek moeten intellectuele rechten, bij de afbakening van de exclusieve bevoegdheid die ze verlenen, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, rekening houden met deze vraag: of een concreet, aan de mens interne bewustzijnsfenomeen bij het gebruik van een zintuiglijk waarneembare manifestatie in wezen teruggaat op het concrete resultaat van intellectuele arbeid dat reeds geleverd werd bij het creëren van een eerdere incorporatie van inspanningen. Rond deze aan de mens interne bewustzijnsfenomenen geldt echter dat het niet mogelijk is om empirische kennis te verkrijgen rond hun bestaan en hun kenmerken. Dit onvermogen tot empirische kennis geldt, zowel voor de relevante, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen bij het leveren van intellectuele arbeid⁹¹², als voor de relevante, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen bij het gebruik van een incorporatie van inspanningen of andere zintuiglijk waarneembare manifestatie⁹¹³. In dit verband is, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, niet uit het oog te verliezen dat de kenmerken van een zintuiglijk waarneembare manifestatie strikt genomen enkel empirische kennis toelaten rond het feit dat deze zintuiglijk waarneembare manifestatie de betrokken kenmerken heeft. Rond een concrete incorporatie van inspanningen, is bijvoorbeeld empirische kennis mogelijk rond het feit dat deze, door toedoen van een bepaalde persoon, nieuwe zintuiglijk waarneembare kenmerken heeft. Deze nieuwe zintuiglijk waarneembare kenmerken, laten echter geen empirische kennis toe rond de eventuele intellectuele arbeid, die het de betrokken persoon vroeg om de betrokken incorporatie van inspanningen deze nieuwe kenmerken te geven.

Hun opdracht om een coördinatie van gedragingen door te voeren, rekening houdend met bepaalde mens aan de interne bewustzijnsfenomenen waarrond geen empirische kennis mogelijk is, confronteert intellectuele rechten dan, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, in de eerste plaats met de volgende moeilijkheid: bij het doorvoeren van deze coördinatie van gedragingen kunnen intellectuele rechten de betrokken bewustzijnsfenomenen enkel vatten langs ‘indirecte weg’.

Volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ is het immers geen realistische optie om de coördinatie van gedragingen door intellectuele rechten, ‘direct’ te laten aanknopen bij de betrokken relevante bewustzijnsfenomenen, indien geen empirische kennis mogelijk is rond deze bewustzijnsfenomenen. Mensen zijn nu eenmaal, zoals aangegeven, noodzakelijk aangewezen op zintuiglijk waarneembare manifestaties om kennis te verkrijgen rond hun onderlinge verhoudingen en om hun onderlinge verhoudingen ook geregeld te weten⁹¹⁴. Voor hun coördinatie van gedragingen die rekening houdt met de relevante aan de mens bewustzijnsfenomenen, zijn intellectuele rechten daarom volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ noodzakelijk aangewezen op de volgende, ‘indirecte aanpak’: het voorschrijven van zintuiglijk waarneembare handelingen rond de zintuiglijk waarneembare manifestaties die, naargelang het geval, het resultaat zijn van de betrokken concrete bewustzijnsfenomenen of die de betrokken concrete bewustzijnsfenomenen kunnen teweegbrengen.

Deze ‘indirecte aanpak’ komt daarbij dan vooral tegemoet aan de hierboven vermelde opmerking dat het, met het oog op een coördinatie van gedragingen in het licht van aan de mens interne bewustzijnsfenomenen die geen empirische kennis toelaten, in wezen zinloos is om personen rechten te verlenen enkel ten aanzien van deze

⁹¹² In de zin dat het niet mogelijk is om objectieve, empirische kennis te verkrijgen rond de intellectuele arbeid die nodig was om tot een bepaalde incorporatie van inspanningen te komen, bijvoorbeeld: P. NORDELL, "Das Kriterium der Doppelschöpfung im schwedischen Recht - Theorie und Praxis, *GRUR Int.* 1997, p.111 ("Die psychischen Vorgänge, die zu einer kreativen Schöpfung führen, sind doch im wesentlichen unzugänglich. Versuche, die psychischen Abläufe zu erklären, die zu literarischen oder künstlerischen Schöpfungen führen, müssen daher in der Regel mißlingen. Das urheberrechtliche Schaffen kann vielleicht als ‚Black Box‘ aufgefaßt werden, über deren Inhalt die erforderliche Kenntnis fehlt, um überhaupt allgemeinere Aussagen zu den Schutzvoraussetzungen des Urheberrechts machen zu können."); A. QUAEDVLIEG, *Auteursrecht op techniek. De auteursrechtelijke bescherming van het technisch aspect van industriële vormgeving en computerprogrammatuur*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1987, p. 22.

⁹¹³ In dit verband geldt dan immers minstens reeds dat de zonet aangehaalde moeilijkheden om objectieve, empirische kennis te verkrijgen rond het concrete, reeds geleverde resultaat van intellectuele arbeid, het ook moeilijk maken om te beoordelen of een concreet, aan de mens intern bewustzijnsfenomeen bij het gebruik van een zintuiglijk waarneembare manifestatie in wezen teruggaat op dit concrete resultaat van intellectuele arbeid.

⁹¹⁴ Vergelijk in die zin ook bijvoorbeeld: M. KUMMER, *Das urheberrechtlich schützbares Werk. Mit 48 Abbildungen*, Bern, 1968, p. 7.

‘bewustzijnsfenomenen’⁹¹⁵. Op zich kan de zonet vermelde ‘indirecte aanpak’ echter nog geen oplossing bieden voor alle moeilijkheden die zich stellen bij een coördinatie van gedragingen die rekening houdt met dergelijke aan de mens interne bewustzijnsfenomenen. Binnen deze ‘indirecte aanpak’ moeten intellectuele rechten immers hun voorschriften, naargelang het geval, zien aan te knopen bij die zintuiglijk waarneembare manifestaties die het resultaat zijn van bepaalde, concrete, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen of die zintuiglijk waarneembare manifestaties die in staat zijn om bepaalde, concrete, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen. Aangezien er telkens geen empirische kennis mogelijk is rond de betrokken, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen, is het echter allerminst vanzelfsprekend om vast te stellen welke zintuiglijk waarneembare manifestaties dan inderdaad het resultaat zijn van een concreet bewustzijnsfenomeen of welke zintuiglijk waarneembare manifestaties inderdaad in staat zijn om een concreet bewustzijnsfenomeen teweeg te brengen. Dit brengt ons dan tot het volgende punt.

Hun opdracht om een coördinatie van gedragingen door te voeren rekening houdend met aan de mens interne bewustzijnsfenomenen waarrond geen empirische kennis mogelijk is, confronteert intellectuele rechten, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, in de tweede plaats ook met het volgende dilemma: naarmate intellectuele rechten hun ingrijpen afstellen in het licht van de relevante, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen, maakt het gebrek aan empirische gegevens rond het bestaan en de kenmerken van deze bewustzijnsfenomenen dat de objectiviteit van hun ingrijpen in het gedrang komt⁹¹⁶. Een eerste element in dit dilemma is dat het voor intellectuele rechten, zoals aangegeven, belangrijk is om, bij het doorvoeren van een coördinatie van gedragingen conform hun beleidsdoelstellingen, rekening te houden met het bestaan en de kenmerken van bepaalde, aan de mens interne, bewustzijnsfenomenen. Het tweede element in het zonet vermelde dilemma is dan dat het allerminst voor de hand ligt om de coördinatie van gedragingen door intellectuele rechten ook op objectieve wijze af te stellen in het licht van het bestaan en de kenmerken van de betrokken, relevante, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen. Er is immers geen empirische kennis mogelijke rond het bestaan en de kenmerken van deze, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen.

Het zonet omschreven dilemma rond een objectieve afstelling van het ingrijpen van intellectuele rechten laat zich daarbij, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, niet zinvol oplossen door strikt te focussen op het al dan niet voorliggen van bepaalde vooraf vastgelegde zintuiglijk waarneembare kenmerken. Op het eerste gezicht kan het misschien aangewezen lijken om een objectivering na te streven van het ingrijpen van de intellectuele rechten door dit ingrijpen verregaand of strikt af te stellen op specifieke zintuiglijk waarneembare kenmerken van incorporaties van inspanningen en zintuiglijk waarneembare manifestatie. In die zin, werd bijvoorbeeld reeds voorgesteld om bij de beoordeling, of sprake is van het vereiste originele of intellectuele resultaat van inspanningen om auteursrechtelijke bescherming toe te kennen, het criterium te hanteren van de statistische eenmaligheid van de zintuiglijk waarneembare kenmerken van de incorporatie van dit resultaat van inspanningen⁹¹⁷. Een dergelijke

⁹¹⁵ Het gaat hierbij dan met name om de opmerking van ROSS en BERGSTRÖM dat het volgens hen niet mogelijk en ook zinloos is om personen, in het kader van intellectuele rechten, een juridische heerschappij te verlenen met als eigenlijk ‘object’ ‘immateriële goederen’ of ‘bewustzijnsfenomenen’. S. BERGSTRÖM, *Uteslutande rätt att förfoga över verket*, Uppsala, A.-B. Lundequistska Bokhandeln, 1954, p. 63 en A. ROSS, “Ophavsrettens grundbegreben”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1945, p. 344-345 en 347.

⁹¹⁶ In dit verband wijzen we er op dat in de context van de intellectuele rechten, een algemene tendens bestaat om subjectieve criteria bij het toekennen van bescherming door intellectuele rechten negatief te beoordelen omdat zij de deur openen naar uitdrukkelijke waardeoordelen of willekeur. Zie in die zin, bijvoorbeeld: R. HILTY, “The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces” in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p. 23 (“For, on closer scrutiny, one can hardly fail to conclude that it would be arbitrary to define those requirements for protection which would help distinguishing between the extraordinary and the ordinary, so as to be able to accord a special position in competition to the one who has procured the extraordinary.”); Zie ook: M. BUYDENS, *La Protection de la Quasi-Creation*, Brussel, Larcier, 1993, p. 34 e.v.; Meer algemeen rond het belang van ‘objectiviteit’ bij het ingrijpen van het recht, bijvoorbeeld ook: M. KRAMER, *Objectivity and the Rule of Law*, New York, Cambridge University Press, 2007, 247 p..

⁹¹⁷ In het Zweedse recht deed de rechtsleer wetgeving en rechtspraak reeds herhaaldelijk een beroep op het criterium van een statistische eenmaligheid in een poging om de beoordeling te objectiveren of een incorporatie van inspanningen al dan niet blijkt geeft van een ‘origineel’ resultaat van inspanningen zoals vereist is voor het

afstelling van het ingrijpen van de intellectuele rechten, strikt in het licht van het voorliggen van specifieke zintuiglijk waarneembare kenmerken, dreigt, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, echter al snel voorbij te gaan aan de, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen, die mee bepalend zijn opdat dit ingrijpen passend zou zijn om de nagestreefde beleidsdoelstellingen te bereiken. Bij de beoordeling, bijvoorbeeld, rond de toekenning van bescherming door de intellectuele rechten komt het er, in het licht van de nagestreefde beleidsdoelstellingen, in de regel niet op aan om vast te stellen dat de kenmerken van een incorporatie van inspanningen deze incorporatie van inspanningen statistisch eenmalig maken. Het komt er in dit verband integendeel op aan om vast te stellen of aannemelijk is dat de incorporatie van inspanningen de betrokken kenmerken geven, een bepaald resultaat van intellectuele arbeid vroeg dat het toekennen van de betrokken intellectueelrechtelijke bescherming rechtvaardigt. Indien de betrokken incorporatie van inspanningen weliswaar statistische eenmalig is maar geen blijk geeft van een resultaat van intellectuele arbeid, is aan te nemen dat de rechtvaardiging voor het toekennen van een intellectueelrechtelijke bescherming al snel ter discussie komt te staan.

Hun opdracht om een coördinatie van gedragingen door te voeren rekening houdend met de relevante aan de mens interne bewustzijnsfenomenen, maakt dat intellectuele rechten, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, hoogstens het volgende kunnen nastreven: een zo objectief mogelijke afstelling van het ingrijpen van intellectuele rechten in het licht van deze bewustzijnsfenomenen. In dit verband is dan met name te denken aan een afstelling in het licht van hypothesen rond de relevante, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen, waarbij deze hypothesen zoveel mogelijk op een uniforme en gesystematiseerde wijze afgetoetst zijn aan het voorliggen van bepaalde zintuiglijk waarneembare kenmerken van incorporatie van inspanningen en andere zintuiglijk waarneembare manifestaties. Om het ingrijpen van intellectuele rechten, zoals de nagestreefde beleidsdoelstellingen vragen, ook daadwerkelijk rekening te laten houden met bepaalde, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen, zal het echter onvermijdelijk zijn om daartoe uiteindelijk ook subjectieve evaluaties te maken gebaseerd op de zintuiglijk waarneembare kenmerken van incorporaties van inspanningen en andere zintuiglijk waarneembare manifestaties⁹¹⁸. Gezien hun opdracht om een coördinatie van gedragingen door te voeren rekening houdend met relevante aan de mens interne bewustzijnsfenomenen waarrond geen empirische kennis mogelijk is, kunnen intellectuele rechten, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, dus hoogstens streven naar een zo objectief mogelijke afstelling van hun ingrijpen.

B.2. Verklaring rond het ingrijpen

toekennen van bescherming binnen het auteursrecht. Zie in dit verband: P. NORDELL, “Das Kriterium der Doppelschöpfung im schwedischen Recht - Theorie und Praxis”, *GRUR Int.* 1997, p.112 e.v.; Zie voor een soortgelijk pleidooi rond de interpretatie van ‘originaliteit’ als een criterium dat peilt naar statistische eenmaligheid, bijvoorbeeld ook: M. KUMMER, *Das urheberrechtlich schützbares Werk. Mit 48 Abbildungen*, Bern, 1968, p. 30 e.v..

⁹¹⁸ In dit verband wijzen we erop dat vele auteurs reeds aangaven dat het uiteindelijk niet mogelijk is om een wenselijk ingrijpen van de intellectuele rechten te construeren zonder daarbij een beroep te doen op subjectieve oordelen. Zie in die zin bijvoorbeeld J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Kluwer, Deventer, 2005, p.72-73; SCHULZE verwoordt dit meerbepaald als volgt: “*Da das Urheberrecht keine bloß neuen Erzeugnisse, sondern nur besondere - individuelle - Gestaltungen schützt, die Besonderheit aber nur im Verhältnis zwischen Werk und Mensch besteht und somit diese Besonderheit vom Urteil des einzelnen Menschen abhängt, muß die Feststellung der Schutzfähigkeit zwangsläufig bis zu einem gewissen Grade subjektiv bleiben. Dieser subjektive Einfluß läßt sich auch nicht dadurch vermeiden, daß die Mindestanforderungen auf Null reduziert werden und erst beim Schutzzumfang abgegrenzt wird; denn zum einen wird die Wertung auf diese Weise schließlich doch nicht vermieden und zum anderen schützt das Urheberrechtsgesetz nicht schlichtweg alle Leistungen ohne jegliche Mindestanforderungen, sondern nur persönliche geistige Schöpfungen.*” G. SCHULZE, “Werturteil und Objektivität im Urheberrecht - Die Feststellung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit am Beispiel der “kleinen Münze” -”, *GRUR* 1984, p. 417; Vergelijk op dit punt ook de uitdrukkelijke introductie van een vereiste van ‘uitvinderswerkzaamheid’ binnen het octrooirecht, daar waar het octrooirecht aanvankelijk enkel genoeg nam met het voorliggen van een ‘objectieve nieuwheid’ om over te gaan tot het toekennen van bescherming. Uitgebreid in verband met deze evolutie binnen het octrooirecht, bijvoorbeeld: M. BUYDENS, *La Protection de la Quasi-Creation*, Brussel, Larcier, 1993, p. 31 e.v. (onder verwijzing naar ondermeer: A. BRAUN en B. VAN REEPINGHEN, “Chronique de jurisprudence – Droits Intellectuels”, *J.T.* 1975, p.18).

Met het oog op een coherente verklaring rond de wijze, waarop intellectuele rechten ingrijpen in de onderlinge verhoudingen tussen personen rond zintuiglijk waarneembare manifestaties, verdedigt de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ nu, zoals aangegeven, de volgende analyse: dat intellectuele rechten de rechthebbende, via intellectueelrechtelijke lasten, een exclusieve bevoegdheid verlenen over bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van een groep zintuiglijk waarneembare manifestaties die samen het ‘object’ uitmaken van de verleende exclusieve bevoegdheid omdat deze zintuiglijk waarneembare manifestaties hun capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomeen danken aan een bepaald resultaat van intellectuele arbeid.

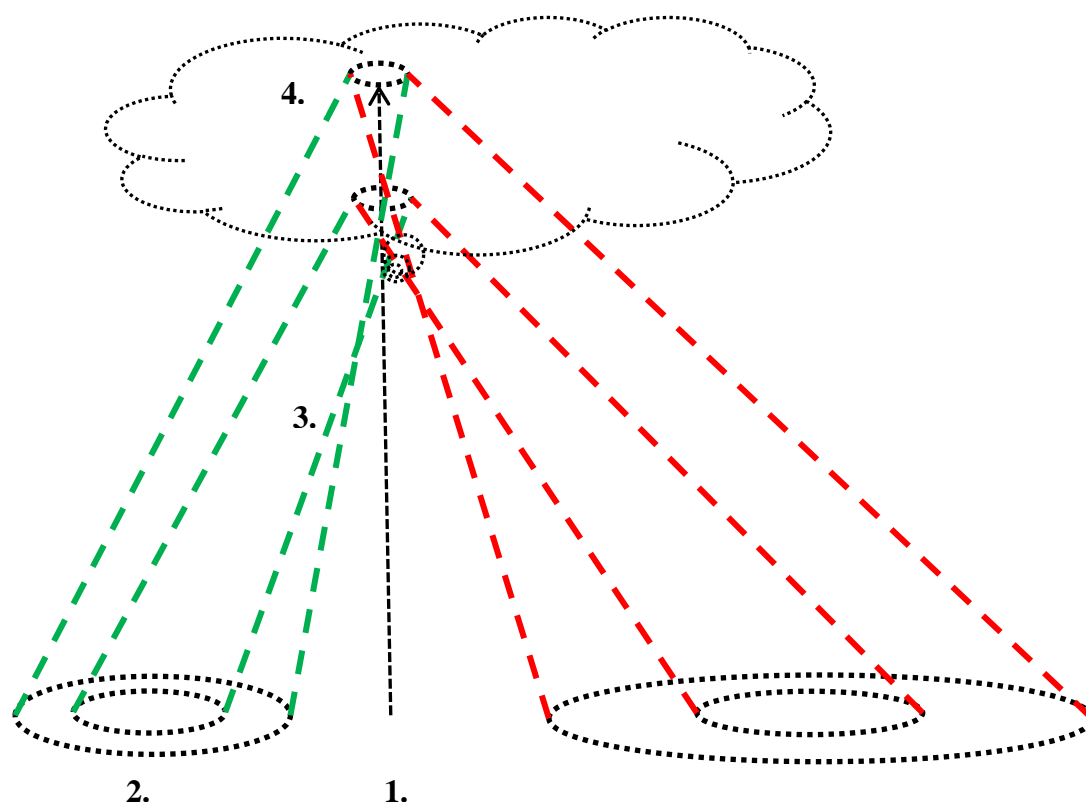
Intellectuele rechten gaan daarbij, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, met name over tot het verlenen van een exclusieve bevoegdheid, indien een, door het betrokken intellectuele recht opgelegde en gepreciseerde, ‘denkoperatie rond verschillen’⁹¹⁹ de volgende vaststelling toelaat: de voor het betrokken intellectuele recht relevante soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante incorporatie van inspanningen dankt aan het resultaat van inspanningen van een persoon, verschillen, tot op het relevante niveau van abstractie, voldoende van de kenmerken van de voor het betrokken intellectuele recht relevante referentiegroep van bestaande zintuiglijk waarneembare manifestaties, om aan te nemen dat deze incorporatie van inspanningen aanleiding gaf tot het soort resultaat van inspanningen dat het betrokken intellectuele recht vereist voor het toekennen van bescherming. De toetsing binnen deze ‘denkoperatie rond verschillen’ is daarbij, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, dan met name bepaald door vier parameters die hun invulling krijgen in het licht van de concrete bepalingen en beginselen van het betrokken intellectuele recht. Het gaat daarbij met name om de volgende vier parameters:

- 1.) het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie moet danken aan een resultaat van inspanningen – nog los van het staven of deze kenmerken ook voortvloeien uit de inspanningen die vereist zijn voor het toekennen van bescherming – om als basis te kunnen fungeren voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming naar aanleiding van dit resultaat van inspanningen,
- 2.) de zintuiglijk waarneembare kenmerken die andere zintuiglijk waarneembare manifestaties moeten vertonen om tot de relevante referentiegroep te behoren bij de beoordeling of op grond van een relevante referentie-incorporatie te besluiten is tot het toekennen van bescherming naar aanleiding van een resultaat van inspanningen
- 3) de verschillen die de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan het te beoordelen resultaat van inspanningen, moeten vertonen tegenover de

⁹¹⁹ In dit verband is op te merken dat verschillende auteurs reeds tot de vaststelling kwamen dat de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van intellectuele rechten, *de facto* geschiedt in het kader van het uitvoeren van een vergelijking tussen een bepaalde incorporatie van inspanningen en andere, reeds bestaande zintuiglijk waarneembare manifestaties. Zie in die zin bijvoorbeeld: H. EICHMANN, “GeschmMG § 2 Geschmacksmusterschutz” in H. EICHMANN en R. VON FALCKENSTEIN, *Geschmacksmustergesetz. Gesetz über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen*, München, Beck, 2010, Nr. 6 (Deze auteur stelt rond de beschermingsvoorwaarde van ‘nieuwheid’ van de tekening of het model: “*Die Beurteilungsmethode ergibt sich im wesentlichen aus der Durchführung von Einzelvergleichen mit den nächstliegenden Mustern aus dem vorbekannten Formenschatz.*”); M. FLAMÉE, “Beschermingsomvang van octrooien, Equivalentiemethode” in P. VANCRAESBEECK (ed.), *Problemen van Octrooirecht*, Diegem, Kluwer, 1994, p.313-314; A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 50 (“...that the requirement of originality in copyright law is not one of independent creation, but rather the degree of difference which the alleged protected work has over the existing works. Indeed it is submitted that this is the common feature of all the requirements of originality in the various intellectual property regimes, however expressed.”); W. BULLINGER, “UrhG § 2 Geschützte Werke” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 22 (“*Das Merkmal der Individualität bedeutet deshalb, dass ein Werk sich von anderen, älteren Werken durch seine Formgestaltung unterscheiden muss.*”); Vergelijk op dit punt ook meer algemeen: M. KOKTVEDGAARD, *Konkurrencepraegede Immaterialretspositioner*. Bidrag til loeren om de lovsbestemte enerettigheder og ders forhold til den almene kokkurrenseret, Kopenhagen, Juristforbundets Forlag, 1965, p. 118 (“*It is submitted that the immaterial rights should not be defined by their purpose or object, but by their method and structure. The distinctive feature is that they are all based on the human experience of identity, and that they all make use of certain and specific rules of comparison. This technique can not be found in any other part of the legal system*”).

zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen de relevante referentiegroep, om te staven dat dit resultaat van inspanningen resulteert uit die inspanningen die vereist zijn voor het toekennen van bescherming.

4.) het *niveau van abstractie* waarop, bij het toekennen van bescherming, rekening te houden is met de vaststelling van de zonet vermelde verschillen die staven dat het betrokken resultaat van inspanningen resulteert uit die inspanningen die vereist zijn voor het toekennen van bescherming.



De theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ neemt dus aan dat intellectuele rechten voor het toekennen van hun bescherming vereisen dat de betrokken ‘denkoperatie rond verschillen’ aannemelijk maakt dat een incorporatie van inspanningen een bepaald soort resultaat van inspanningen vroeg. Volgens deze theorie vereisen de onderscheiden intellectuele rechten daartoe met name dat aan te nemen is dat een incorporatie van inspanningen een resultaat van intellectuele arbeid vroeg met een bepaald ‘aanwendingsscala’ binnen bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties. Het ‘aanwendingsscala’ van een bepaald resultaat van intellectuele arbeid verwijst daarbij, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, dan met name naar de verscheidenheid aan kenmerken, die incorporaties van inspanningen kunnen ontlene aan het betrokken resultaat van intellectuele arbeid, om hen geschikt te maken om bepaalde concrete bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen. Concreet zal de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ in dit verband dan meer bepaald een onderscheid maken tussen resultaten van intellectuele arbeid waarvan het aanwendingsscala *wel* gebonden is aan het voorliggen van bepaalde specifieke vormkenmerken en resultaten van intellectuele arbeid waarvan het aanwendingsscala *niet* gebonden is aan het voorliggen van bepaalde specifieke vormkenmerken.

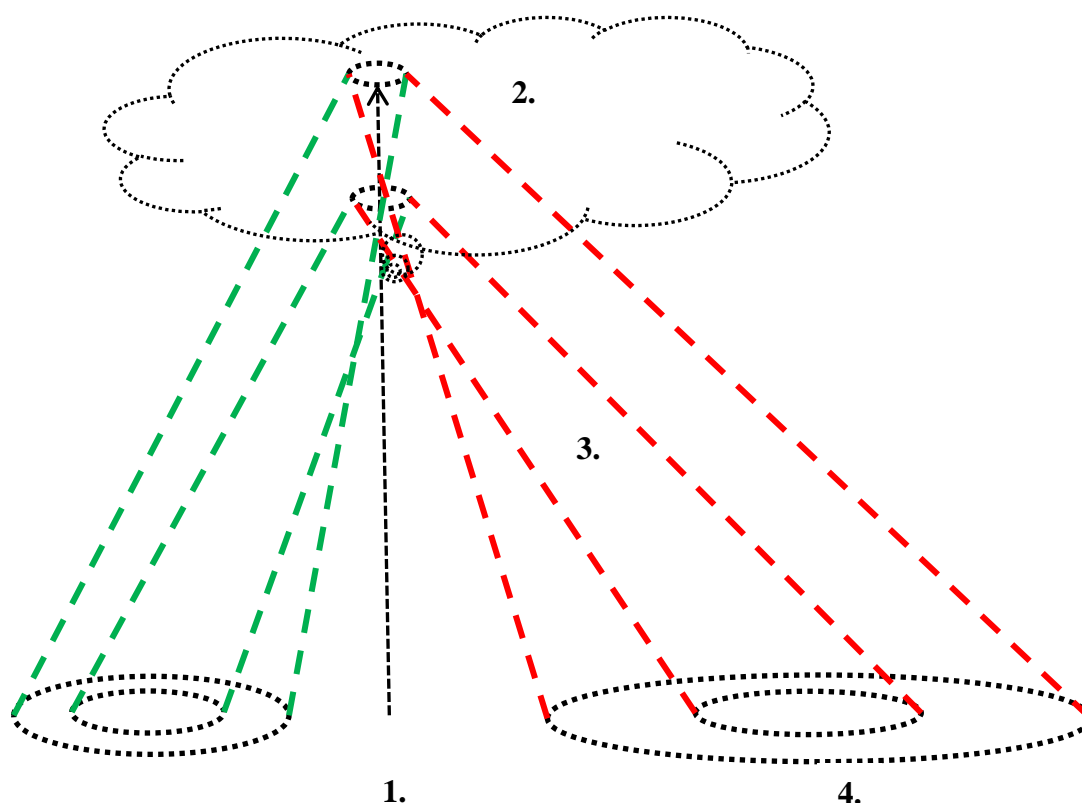
Indien een intellectueel recht nu, op grond van de zonet vermelde analyse en vaststelling, een exclusieve bevoegdheid verleent, doet het betrokken intellectuele recht, volgens de theorie rond intellectueelrechtelijke lasten, dan het volgende: het bezwaart een welbepaalde groep zintuiglijk waarneembare manifestaties met

‘intellectueelrechtelijk lasten’ die er toe strekken om de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid te verlenen rond bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van de zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen deze groep, meer bepaald de groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties die samen het ‘object’ uitmaken van de door het betrokken intellectuele recht op deze wijze verleende exclusieve bevoegdheid omdat aan te nemen is dat ze hun capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomeen danken aan het resultaat van intellectuele arbeid naar aanleiding waarvan het betrokken intellectuele recht zijn bescherming toekende. Het met ‘intellectueelrechtelijke lasten’ bezwaren van deze zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, houdt dan, zoals aangegeven, in dat dat de rechthebbende een exclusieve en derden tegenstelbare bevoegdheid verkrijgt waarvan het betrokken intellectuele recht de precieze omvang bepaalt, rond het stellen van bepaalde soorten feitelijke handelingen ten aanzien van elk van deze zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’.

De concrete groep zintuiglijk waarneembare manifestaties, die samen het ‘object’ uitmaken van de verleende exclusieve bevoegdheid, bepaalt het betrokken intellectuele recht daarbij, volgens de ‘theorie rond intellectueelrechtelijke lasten’, opnieuw door een welbepaalde analyse op te leggen en te preciseren, met name een ‘denkoperatie rond gelijkenissen’⁹²⁰. Deze analyse vraagt, in essentie, om na te gaan of er, tussen de zintuiglijk waarneembare kenmerken die een incorporatie van inspanningen dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen en de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een zintuiglijk waarneembare manifestatie, een gelijkenis bestaat die relevant is en, bekeken op het relevante niveau van abstractie en op het vlak van hun capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, ook voldoende groot is om het volgende aannemelijk te maken: dat de capaciteit om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie dankt aan haar zintuiglijk waarneembare kenmerken die deze gelijkenis vertonen in wezen eveneens teruggaat op het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen. Leidt deze ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ tot het besluit dat de zonet omschreven gelijkenis inderdaad voorligt dan neemt het betrokken intellectuele recht aan dat de gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie, in beginsel, tot het ‘object’ te rekenen is van de exclusieve bevoegdheid die het verleende naar aanleiding van de betrokken incorporatie van inspanningen en het daarin vervatte resultaat van inspanningen. Volgens de ‘theorie rond intellectueelrechtelijke lasten’ is de zonet omschreven toetsing binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ dan met name opnieuw bepaald door vier parameters die hun invulling krijgen in het licht van de concrete bepalingen en beginselen van het betrokken intellectuele recht. In dit geval gaat het dan met name om de volgende vier parameters:

⁹²⁰ In dit verband is op te merken dat verschillende auteurs reeds tot de vaststelling kwamen dat de afbakening van het ‘object’ van de exclusieve bevoegdheid verleend door intellectuele rechten, *de facto* gebeurt in het kader van het uitvoeren van een vergelijking tussen een zintuiglijk waarneembare manifestatie en een incorporatie van inspanningen die aanleiding gaf tot het toekennen van de betrokken bescherming. Zie in die zin bijvoorbeeld: D. VISSER, *Het ABC van ieder IE-inbreuk. Het belang van de rest van de markt*. (Rede, in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar in het intellectuele eigendomsrecht aan de Universiteit Leiden op 6 februari 2004), Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2004, p.3 (“*Wat is ‘te veel lijken’? Dat is vermoedelijk de belangrijkste en de moeilijkste vraag van het recht van intellectuele eigendom.*”); A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p.97; M. FLAMÉE, “Beschermingsomvang van octrooien, Equivalentiemethode” in P. VANCRAESBEECK (ed.), *Problemen van Octrooirecht*, Diegem, Kluwer, 1994, p.313-314; H. HABERSTUMPF, “Urheberrechtlich geschützte Werke und verwandte Schutzrechte” in F.-K. BEIER (ed.) *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland : Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift*, Weinheim, VCH, 1991, p. 1133 (“*Wie man allgemeiner die Identität von abstrakten Gegenständen, z. B. von Eigenschaften, aufgrund einer Äquivalenzrelation zwischen konkreten Gegenständen, die diese Eigenschaften besitzen bestimmen kann, läßt sich auch die Identität eines Werkes nach bestimmten Qualitäten der Vorkommnisse bestimmen, die es verkörpern. Als solche Qualitäten kommen der Inhalt, der Gehalt oder der Ausdruckswert von Werkvorkommnissen in Betracht.*”); Vergelijk op dit punt ook opnieuw meer algemeen: M. KOKTVEDGAARD, *Konkurrenceptraegede Immaterialretpositioner*. Bidrag til loeren om de lovsbestemte enerettigheder og ders forhold til den almene kokurrenceret, Kopenhagen, Juristforbundets Forlag, 1965, p. 118 (“*It is submitted that the immaterial rights should not be defined by their purpose or object, but by their method and structure. The distinctive feature is that they are all based on the human experience of identity, and that they all make use of certain and specific rules of comparison. This technique can not be found in any other part of the legal system*”).

- 1.) de aanduiding van de relevante referentiekenmerken, binnen een relevante referentie-incorporatie van het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, die als geschikt uitgangspunt gelden om het 'object' af te bakenen
- 2.) het *niveau van abstractie* waarop voor de afbakening van het 'object' een vergelijking door te voeren is tussen de kenmerken van een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie en de relevante referentiekenmerken die een relevante referentie- incorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen.
- 3.) de *mate van gelijkenissen* die, op het relevante niveau van abstractie, moet bestaan tussen de relevante referentiekenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen en de kenmerken van een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, om deze andere zintuiglijk waarneembare manifestatie tot het 'object' te rekenen
- 4.) de concrete *relevantie* van een voldoende gelijkenissen, op het relevante niveau van abstractie, tussen de relevante referentiekenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen en de kenmerken van een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, om deze zintuiglijk waarneembare manifestatie ook daadwerkelijk tot het 'object' te rekenen.



De concrete zintuiglijk waarneembare handelingen, ten slotte, die intellectuele rechten exclusief voorbehouden aan de rechthebbende bepaalt het betrokken intellectuele recht, volgens de theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten', eveneens door een welbepaalde analyse op te leggen en te preciseren, met name een analyse rond 'consumptieketen'⁹²¹. Een 'consumptieketen' verwijst in dit verband naar een reeks van één of meerdere

⁹²¹ Vergelijk in dat opzicht de analyse van SCHRAMM dat de soorten voorbehouden handelingen doorheen de onderscheiden categorieën intellectuele rechten, in het licht van hun economische betekenis, telkens te situeren

zintuiglijk waarneembare handelingen, waarbij deze zintuiglijk waarneembare handelingen gekenmerkt zijn door de volgende eigenschappen: 1) deze handelingen worden na elkaar uitgevoerd ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie waarvan de zintuiglijk waarneembare kenmerken die ze dankt aan een bepaald resultaat van inspanningen een genot binnen specifieke ruimtelijke en temporele limieten toelaten van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door dit resultaat van inspanningen, en 2.) bij het zich voltrekken van deze handelingen ten aanzien van deze zintuiglijk waarneembare manifestatie dragen deze handelingen bij tot of resulteren ze in, een genot van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door het betrokken resultaat van inspanningen, *binnen* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen op grond van het gebruik van enkel die specifieke, zintuiglijk waarneembare manifestatie met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken. Binnen deze omschrijving van een ‘consumptieketen’ hebben de noties ‘ruimtelijke limieten’ en ‘temporele limieten’ van het genot van een bepaalde behoefte bevrediging dezelfde betekenis als hierboven reeds aan bod kwam⁹²². De ruimtelijke limieten van het genot van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen door middel van het gebruik van enkel een bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestatie, verwijzen binnen de omschrijving van een ‘consumptieketen’ dus met name naar het specifieke gebied waarin het gebruik van enkel deze zintuiglijk waarneembare manifestatie, in het licht van de locatie en de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken van deze zintuiglijk waarneembare manifestatie, een genot toelaat van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen. De temporele limieten van het genot van een bepaalde behoeftebevrediging door middel van het gebruik van enkel een bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestatie, verwijzen binnen de omschrijving van een ‘consumptieketen’ dus naar de specifieke tijdsspanne, waarin het gebruik van enkel deze zintuiglijk waarneembare manifestatie, in het licht van het tijdstip van de totstandbrenging en de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken van deze zintuiglijk waarneembare manifestatie, een genot toelaat van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen. Cruciaal opdat zintuiglijk waarneembare handelingen rond een bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestatie in het licht van de zonet vermelde analyse tot één en dezelfde ‘consumptieketen’ zouden behoren ten aanzien van deze zintuiglijk waarneembare manifestatie is daarbij met name dus het volgende: dat deze handelingen *niet* bijdragen tot of resulteren in een genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door het in deze zintuiglijk waarneembare manifestatie belichaamde resultaat van inspanningen, *buiten* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van

zijn binnen ‘exploitatie-ketens’. Volgens SCHRAMM zijn daarbij met name twee soorten exploitatie-ketens aan de orde, met name een exploitatie-keten die ‘vervaardigen’, gevolgd door ‘gebruiken’ omvat, en, een exploitatie-keten die op ‘vervaardigen’, een ‘in het verkeer brengen’ laat volgen, gevolgd door een ‘gebruiken’. C. SCHRAMM, *Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen rechtsschutzes und Urheberrechtes*, C. Heymanns Verlag KG, Berlin, Keulen, 1954, p. 249.

⁹²² De ruimtelijke limieten van het genot van een bepaalde behoeftebevrediging door middel van het gebruik van een bepaald incorporatie van inspanningen of zintuiglijk waarneembare manifestatie verwijzen opnieuw naar een specifiek gebied. Het gaat dan met name om het gebied waarin het gebruik van enkel deze incorporatie van inspanningen of zintuiglijk waarneembare manifestatie, in het licht van de locatie en fysische kenmerken van deze incorporatie van inspanningen of zintuiglijk waarneembare manifestatie, een genot toelaat van de betrokken behoeftebevrediging. Onder omstandigheden gaat het daarbij dan met name om de ruimtelijke limieten van het genot van een bepaalde behoeftebevrediging, mogelijk gemaakt door het resultaat van inspanningen zoals dit concreet belichaamd is binnen een specifieke incorporatie van inspanningen. De fysische kenmerken van de specifieke incorporatie van inspanningen zorgen er dan voor dat deze specifieke incorporatie van inspanningen steeds enkel een genot binnen welbepaalde ruimtelijke limieten toelaat van de behoeftebevrediging die mogelijk gemaakt is door het in deze incorporatie van inspanningen belichaamde resultaat van inspanningen. De temporele limieten van het genot van een bepaalde behoeftebevrediging door middel van het gebruik van een bepaald incorporatie van inspanningen of zintuiglijk waarneembare manifestatie verwijzen opnieuw naar een specifieke tijdsspanne. Het betreft dan met name de tijdsspanne, waarin het gebruik van enkel deze incorporatie van inspanningen of zintuiglijk waarneembare manifestatie, in het licht van de fysische kenmerken van deze incorporatie van inspanningen of zintuiglijk waarneembare manifestatie, een genot toelaat van de betrokken behoeftebevrediging. Onder omstandigheden gaat het daarbij dan om de temporele limieten van het genot van een bepaalde behoeftebevrediging, mogelijk gemaakt door het resultaat van inspanningen zoals dit concreet belichaamd is binnen een specifieke incorporatie van inspanningen. De fysische kenmerken van de specifieke incorporatie van inspanningen zorgen er dan voor dat deze specifieke incorporatie van inspanningen steeds enkel een genot binnen welbepaalde temporele limieten toelaat van de behoeftebevrediging die mogelijk gemaakt is door het in deze incorporatie van inspanningen belichaamde resultaat van inspanningen.

het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die zintuiglijk waarneembare manifestatie met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken. Indien zintuiglijk waarneembare handelingen immers *wel* bijdragen tot of resulteren in een genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door het in deze zintuiglijk waarneembare manifestatie belichaamde resultaat van inspanningen, *buiten* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die zintuiglijk waarneembare manifestatie met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken, dan impliceert dit immers het volgende: deze handelingen deden een nieuwe consumptieketen ontstaan of zijn te situeren binnen een dergelijke nieuwe consumptieketen. Ten zien van een bepaald exemplaar van een roman, een specifieke incorporatie dus van het ‘resultaat’ van inspanningen rond het bedenken van deze roman, kan één bepaalde consumptieketen bijvoorbeeld bestaan uit de volgende opeenvolging van zintuiglijk waarneembare handelingen: het exemplaar bezorgen bij een boekhandel, het exemplaar in de boekhandel in de rekken plaatsen en tonen aan klanten, het exemplaar verkopen aan een klant, de klant die het exemplaar leest, de klant die het exemplaar koopt op een tweedehandsmarkt, de tweedehands-koper die het exemplaar leest, etc.. Wezenlijk voor het gegeven dat de zonet vermelde zintuiglijk waarneembare handelingen daarbij tot eenzelfde consumptieketen behoren is dat zij niet bijdragen tot of resulteren in een genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door de in het betrokken exemplaar belichaamde roman, buiten de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door middel van het gebruik van enkel het specifieke, ongewijzigde exemplaar van de roman. Het kopiëren van het specifieke exemplaar van de roman dat resulteert in een bijkomende incorporatie van deze roman, is daarentegen dan typisch een handeling die een nieuwe ‘consumptieketen’ doet ontstaan. Het mogelijke genot van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bedenken van de roman, dat mogelijk is door het gebruik van enkel het initiële, ongewijzigde exemplaar van de roman zal dan immers ander ruimtelijke en temporele limieten hebben dan het mogelijke genot van deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bedenken van de roman, dat mogelijk is door het gebruik van de kopie van dit initiële exemplaar van de roman. De kopie van het initiële exemplaar van de roman maakt het immers mogelijk om de roman te genieten ook al is dit initiële exemplaar niet in de buurt of reeds verdwenen.

De theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ neemt in dit verband nu met name aan dat, binnen intellectuele rechten, de bepalingen en beginselen rond de onderscheiden categorieën handelingen die zij voorbehouden aan de rechthebbende te verstaan zijn als verwijzingen naar zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, in het licht van de onderscheiden rollen die deze handelingen vervullen in het doen ontstaan of verderzetten van ‘consumptieketens’ rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van deze zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’. De theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ neemt hierbij meer bepaald aan dat de categorieën voorbehouden handelingen binnen intellectuele rechten te verstaan zijn als verwijzingen naar zintuiglijk waarneembare handelingen met één van de volgende zes archetypische rollen:

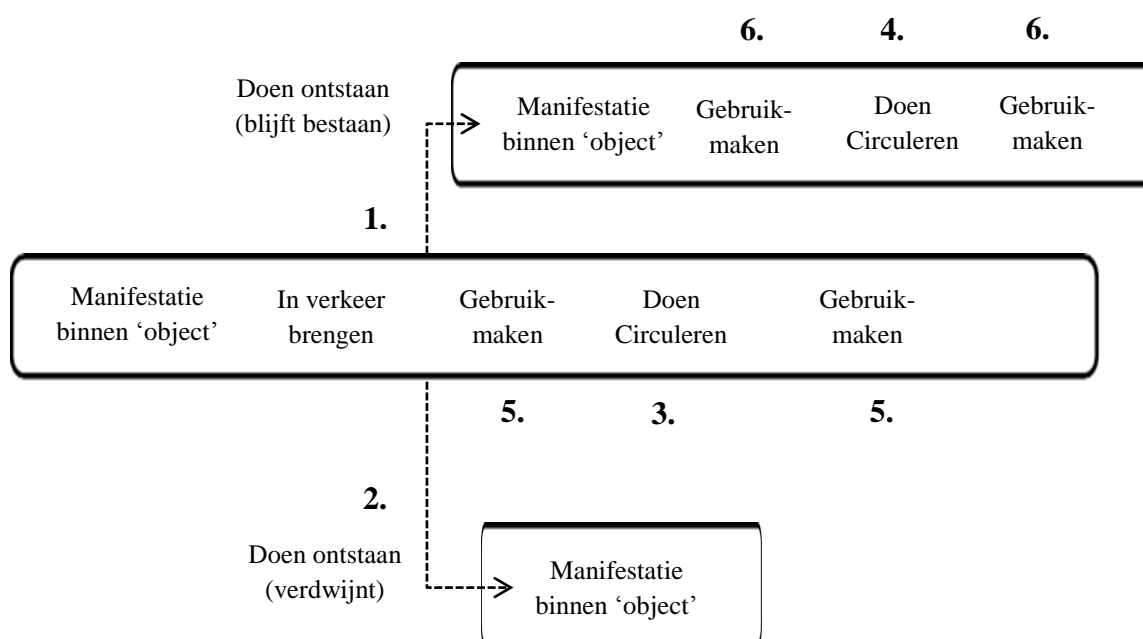
- (1) het **doen ontstaan** van een *nieuwe, alternatieve* ‘consumptieketen’ rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die ook **blijft bestaan** na de stopzetting van de betrokken handeling die aanleiding gaf tot deze alternatieve consumptieketen, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende;
- (2) het **doen ontstaan** van een *nieuwe, alternatieve* consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die **verdwijnt** samen met de stopzetting van de betrokken handelingen die aanleiding gaf tot deze alternatieve consumptieketen, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende;
- (3) de **voortzetting** van een *bestaande*, consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk

waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ door het *doen circuleren* van de zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende;

(4) de **voortzetting** van een *bestaande*, alternatieve consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, *naast* de consumptieketens rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende, door het *doen circuleren* van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’;

(5) de **voortzetting** van een *bestaande*, consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, door het *gebruikmaken* van de zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende; en, tenslotte

(6) de **voortzetting** van een *bestaande* alternatieve consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, *naast* de consumptieketens rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van op grond van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende, door het *gebruikmaken* van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’.



De precieze inhoud van de zes, zonet vermelde archetypische rollen bespreken we in het volgende onderdeel. Voorlopig houden we het bij de illustratie dat de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ bijvoorbeeld aanneemt dat de categorie voorbehouden handelingen ‘vervaardigen van een voortbrengsel’ binnen het octrooirecht, te verstaan is als een referentie naar zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’, die nieuwe, alternatieve ‘consumptieketens’ doen ontstaan rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende, waarbij de door deze zintuiglijk waarneembare handelingen ontstane alternatieve ‘consumptieketens’ ook zullen

blijven bestaan nadat de betrokken zintuiglijk waarneembare handelingen een einde namen, met name concreet op grond van de door deze zintuiglijk waarneembare handelingen ontstane voortbrengselen.

Daarnaast merken we hier ook nog op dat de zonet aangehaalde archetypische rollen in het doen ontstaan of verderzetten van ‘consumptieketens’ volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ enkel het raamwerk vormen om de categorieën voorbehouden handelingen te interpreteren. Het hangt daarbij echter nog steeds af van de concrete regelgeving rond het betrokken intellectuele recht *of en in welke mate* dit intellectuele recht, ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’, zintuiglijk waarneembare handelingen met één van deze archetypische rollen al dan niet voorbehoudt aan de rechthebbende.

Door in hun bepalingen en beginselen rond hun categorieën voorbehouden handelingen te verwijzen naar de zonet omschreven zes archetypische rollen in het doen ontstaan of verderzetten van ‘consumptieketens’ willen intellectuele rechten, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, de afbakening van de exclusieve bevoegdheid die zij verlenen over het ‘object’, in concrete gevallen dus met name afhankelijk maken van een beoordeling rond het volgende: gaat het om een door de betrokken categorieën voorbehouden handelingen aangeduide, soort zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, die, door het vervullen van de in deze aanduiding begrepen rol in het doen ontstaan of verderzetten van ‘consumptieketens’, ook aannemelijk maakt dat zij bijdraagt tot of resulteert in een genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die in wezen te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen. Leidt deze analyse in het licht van ‘consumptieketens’ tot het besluit dat inderdaad een dergelijke zintuiglijk waarneembare handeling voorligt van de soort aangeduid door de betrokken categorieën voorbehouden handelingen, dan valt deze zintuiglijk waarneembare handeling, in beginsel, onder de exclusieve bevoegdheid die het betrokken intellectuele de rechthebbende verleent naar aanleiding van het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen.

B.3. Toelichting bij de verklaring rond het ingrijpen

De zonet beschreven analyse die de ‘theorie rond intellectueelrechtelijke lasten’ maakt rond het ingrijpen van intellectuele rechten, is volgens deze theorie het meest geschikt om tot een coherente verklaring te komen rond de wijze, waarop intellectuele rechten de onderlinge verhoudingen regelen tussen personen met betrekking tot zintuiglijk waarneembare manifestaties. In wat volgt, lichten we dit standpunt verder toe. Daartoe gaan we achtereenvolgens in op de twee elementen die de ‘theorie rond intellectueelrechtelijke lasten’ als cruciaal ziet om tot een dergelijke coherente verklaring te komen rond het ingrijpen van intellectuele rechten: ten eerste (B.3.1.), de assumptie dat intellectuele rechten hun ingrijpen in essentie in werking stellen door zintuiglijke waarneembare manifestaties te bezwaren met ‘intellectueelrechtelijke lasten’ en, ten tweede (B.3.2.), de assumptie dat de concrete bepalingen en beginselen van intellectuele rechten archetypische analyses preciseren en opleggen om het betrokken ingrijpen af te stellen.

B.3.1. ‘Intellectueelrechtelijk lasten’ ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties

Een eerste cruciaal element bij een coherente verklaring rond het ingrijpen van intellectuele rechten is, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, de volgende analyse: dat intellectuele rechten, ook als zij rekening houden met bepaalde, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen, uiteindelijk ingrijpen door een groep zintuiglijk waarneembare manifestaties te bezwaren met ‘intellectueelrechtelijke lasten’ rond zintuiglijk waarneembare handelingen⁹²³. Deze ‘intellectueelrechtelijke lasten’ strekken er, zoals gezegd, toe om de ‘rechthebbende’, binnen de grenzen aangegeven door het betrokken intellectuele recht, een exclusieve en derden tegenstelbare bevoegdheid

⁹²³ Voor deze analyse dat intellectuele rechten in wezen ingrijpen door zintuiglijk waarneembare manifestaties te bezwaren met ‘intellectueelrechtelijke lasten’ baseert de ‘theorie rond intellectueelrechtelijk lasten’ zich, zoals aangegeven, met name op: O. MAGNUSSEN, *Naboretlige Studier*, Kopenhagen, Gads, 1950, p. 36 e.v. en p.45 e.v. en C. SCHRAMM, *Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen rechtsschutzes und Urheberrechtes*, C. Heymanns Verlag KG, Berlin, Keulen, 1954, p. 368.

te verlenen rond bepaalde soorten feitelijke handelingen ten aanzien van de bezwaarde, zintuiglijk waarneembare manifestaties die samen het ‘object’ uitmaken van de verleende exclusieve bevoegdheid⁹²⁴.

Deze analyse dat intellectuele rechten ingrijpen via ‘intellectueelrechtelijke lasten’ is daarbij volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ met name cruciaal omwille van de volgende reden: deze analyse laat een coherente verklaring toe rond dit ingrijpen die echter, in vergelijking met de verklaring hierrond op grond van de theorie rond ‘immateriële goederen’, eenvoudiger is en bovendien duidelijker weergeeft hoe intellectuele rechten daadwerkelijk inwerken op de verhouding tussen personen.

De analyse dat intellectuele rechten ingrijpen door een groep zintuiglijk waarneembare manifestaties te bezwaren met ‘intellectueelrechtelijke lasten’ laat, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, immers evengoed toe om een coherente verklaring te geven rond dit ingrijpen. Deze analyse laat daarbij volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ met name ook toe om een coherente verklaring te geven rond die ‘bijzonderheden’ van het ingrijpen van intellectuele rechten waarvan de verklaring, zoals aangegeven, centrale bezorgdheden vormen binnen de theorie rond ‘immateriële goederen’⁹²⁵. De eerste bijzonderheid daarbij is, zoals gezegd, dat een intellectueel recht een rechthebbende, naar aanleiding van een bepaalde incorporatie van inspanningen, een exclusieve bevoegdheid verleent die uiteindelijk niet alleen deze incorporatie van inspanningen betreft maar ook bepaalde daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties⁹²⁶. De tweede bijzonderheid is, zoals aangegeven, dat een intellectueel recht uiteindelijk ook een exclusieve bevoegdheid verleent rond soorten handelingen ten aanzien van bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestaties, ongeacht of deze zintuiglijk waarneembare manifestaties, zakenrechtelijk gezien, andere personen toebehoren of gaan toebehoren⁹²⁷.

Belangrijk bij een coherente verklaring van het ingrijpen van intellectuele rechten zijn, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, dan met name telkens de kenmerken van de ‘intellectueelrechtelijke lasten’ die intellectuele rechten opleggen. Zoals aangegeven, vertonen deze ‘intellectueelrechtelijke lasten’ in het bijzonder de volgende twee kenmerken. Ten eerste wegen deze ‘intellectueelrechtelijke lasten’, op derden tegenstelbare wijze, op elke zintuiglijk waarneembare manifestatie die tot het ‘object’ behoort van de door een intellectuele recht verleende exclusieve bevoegdheid, ongeacht het in bezit of eigendom geven van deze zintuiglijk waarneembare manifestatie. Ten tweede strekken deze ‘intellectueelrechtelijke lasten’ er daarbij telkens toe om de ‘rechthebbende’, binnen de grenzen aangegeven door het betrokken intellectuele recht, een exclusieve en derden tegenstelbare bevoegdheid te verlenen rond bepaalde soorten feitelijke handelingen ten aanzien van de bezwaarde, zintuiglijk waarneembare manifestaties⁹²⁸.

⁹²⁴ Hierbij is op te merken dat de notie ‘intellectueelrechtelijke lasten’ ook inhoudt dat de kenmerken van de betrokken ‘intellectueelrechtelijke lasten’ enkel bepaald zijn door de bepalingen en beginselen van de intellectuele rechten en niet door de bepalingen en beginselen rond zakenrechtelijke lasten of zakenrechtelijke erfdiensbaarheden. In die zin is de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dus vrij van de kritiek die bijvoorbeeld KLAUER en MÖHRING pomen dat de analyse van de door intellectuele rechten verleende exclusieve rechten als zakelijke lasten ten aanzien van fysische objecten niet opgaat, omdat intellectuele rechten, volgens hen ‘sterker’ zijn dan zakelijke rechten, zoals eigendom, met name omdat ten aanzien van de exclusieve rechten die intellectuele rechten verlenen geen mogelijkheid bestaat om een beroep te doen op de verwerving te goeder trouw van een fysisch object. Zie: G. KLAUER en P. MÖHRING, *Patentrechtskommentar*, München, Franz Vahlen, 1971, Band I, p. 356-357.

⁹²⁵ De mogelijke kritiek op de theorie rond ‘immateriële goederen’ wijzigt immer niets aan het gegeven dat een verklaring nodig is rond deze twee kenmerkende aspecten van het ingrijpen van intellectuele rechten.

⁹²⁶ Vergelijk: R. KRAßER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht* – , München, C.H. Beck, 2009, Kapitel I, II. Die Erfindung als Gegenstand des Patents, Nr. 2; Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld, ook: B. SHERMAN en L. BENTLEY, *The Making of Modern Intellectual Property Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 32-33.

⁹²⁷ Zie in dit verband bijvoorbeeld: S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 378 e.v.; F. GOTZEN, *Het Bestemmingsrecht van de auteur*, Brussel, Larcier, 1975, p.72 e.v..

⁹²⁸ Vergelijk op dit punt, zoals reeds aangegeven, SCHRAMM, die schrijft: “Alle körperlichen Gegenstände, welche einen Schutzrechtsgegenstand konkretisieren, sind vom Augenblick der Erzeugung an mit dem Vorbehalt des alleinigen Nutzungsrechtes durch den Schutzrechtsinhaber belastet. Die Belastung ist eine dingliche und bleibt so lange an dem Gegenstand haften, gleichgültig, durch wie viele Hände er geht, bis die Belastung ‘verbraucht’

De zonet aangehaalde eerste bijzonderheid, met name dat een intellectueel recht een rechthebbende een exclusieve bevoegdheid verleent rond meerdere gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties, laat zich binnen de analyse rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dan met name als volgt verklaren: eigen aan de intellectueelrechtelijke lasten is nu eenmaal dat zij op alle zintuiglijk waarneembare manifestaties wegen, die tot het ‘object’ behoren van de door een intellectueel recht verleende exclusieve bevoegdheid. Uiteraard is deze verklaring dan wel in samenhang te zien met de hierboven vermelde analyse dat een ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ de concrete groep zintuiglijk waarneembare manifestaties bepaalt, die samen het ‘object’ uitmaken van de door een intellectueel recht verleende exclusieve bevoegdheid⁹²⁹. In zoverre deze ‘denkoperatie rond gelijkenissen’, zoals zo meteen uitgebreider aanbod komt, uitgaat van de zintuiglijk waarneembare kenmerken van incorporaties van inspanningen en andere zintuiglijk waarneembare manifestaties, blijft ook hierbij echter gelden dat de intellectuele rechten uiteindelijk ingrijpen naar aanleiding en ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties.

De zonet aangehaalde tweede bijzonderheid, met name dat de exclusieve bevoegdheid die intellectuele rechten verlenen, ook geldt ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties, die zakenrechtelijk gezien, andere individuen toebehoren of gaan toebehoren, laat zich binnen de analyse rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dan met name als volgt verklaren: eigen aan de intellectueelrechtelijke lasten is nu eenmaal dat zij, op derden tegenstelbare wijze, op alle zintuiglijk waarneembare manifestaties wegen die tot het ‘object’ behoren en de ‘rechthebbende’, binnen de grenzen aangegeven door het betrokken intellectuele recht, bepaalde soorten feitelijke handelingen voorbehouden ten aanzien van deze, bezwaarde, zintuiglijk waarneembare manifestaties. In essentie gaat het er dus om dat het feit, dat zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, zakenrechtelijk gezien, andere individuen toebehoren of gaan toebehoren, niet wegneemt dat deze zintuiglijk waarneembare manifestaties bezwaard zijn met ‘intellectueelrechtelijke lasten’ die bepaalde handelingen errond, binnen de grenzen aangegeven door het betrokken intellectuele recht, exclusief voorbehouden aan de rechthebbende. De verhouding tussen aanspraken op grond van het zakenrecht en aanspraken op grond van intellectuele rechten ten aanzien van eenzelfde, zintuiglijk waarneembare manifestatie, verklaart deze analyse rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dus als volgt: de aanspraken op grond van beide subjectieve rechten hebben betrekking op onderscheiden soorten zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van dezelfde zintuiglijk waarneembare manifestatie. Het voorbeeld van een exemplaar van een boek dat een bepaalde roman incorporeert, kan dit punt illustreren. Het gaat er dan immers om dat het omslaan van de pagina’s van dit boek tot het soort handelingen behoort die het eigendomsrecht exclusief voorbehoudt aan de eigenaar van het boek terwijl het dupliceren van het exemplaar van het betrokken boek in de regel tot het soort handelingen behoort die het auteursrecht exclusief voorbehoudt aan de betrokken rechthebbende.

Hierbij is dan volledigheidshalve op te merken dat, met name in het kader van de uitputtingsleer, intellectuele rechten, op het vlak van de grenzen die ze stellen aan de omvang van de betrokken intellectueelrechtelijke lasten waarmee ze zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ bezwaren⁹³⁰, dus wel rekening houden met het feit dat zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, zakenrechtelijk gezien, andere individuen, gaan toebehoren. Indien bijvoorbeeld naar aanleiding van een eigendomsoverdracht rond een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’, ‘uitputting’ intreedt rond deze zintuiglijk waarneembare manifestatie dan houdt dit, volgens de analyse rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, immers in dat de omvang van de ‘intellectueelrechtelijke last’ waarmee deze zintuiglijk waarneembare manifestatie bezwaard is, zich, op aangeven van de ‘uitputtingsleer’ die het betrokken intellectuele recht toepast, voortaan niet meer uitstrekt tot

ist.” C. SCHRAMM, *Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen rechtsschutzes und Urheberrechtes*, C. Heymanns Verlag KG, Berlijn, Keulen, 1954, p. 368.

⁹²⁹ Deze ‘denkoperatie rond de vaststelling van gelijkenissen’ gaat daarbij, zoals aangegeven in essentie na of welbepaalde gelijkenissen tussen een incorporatie van inspanningen en een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie aannemelijk maken dat dat de capaciteit van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie, om bepaalde bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, in wezen teruggaat op het resultaat van inspanningen, dat de toekenning van bescherming door het betrokken intellectuele recht motiveert naar aanleiding van de betrokken incorporatie van inspanningen. Liggen deze gelijkenissen voor dan is de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie, volgens deze ‘denkoperatie rond de vaststelling van gelijkenissen’, tot het ‘object’ te rekenen van de toegekende bescherming.

⁹³⁰ De omvang van de betrokken intellectueelrechtelijke last verwijst hierbij dan met name naar de reikwijdte van soorten handelingen die deze intellectueelrechtelijke last exclusief voorbehoudt aan de rechthebbende.

bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare handelingen. Het auteursrecht geeft in die zin bijvoorbeeld aan dat de ‘intellectueelrechtelijke last’ waarmee het zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ bezwaart, zich na het intreden van uitputting, niet meer uitstrekt tot zintuiglijk waarneembare handelingen die kwalificeren als een ‘distribueren’ van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie. Ook na het intreden van uitputting rond een specifieke zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ die het auteursrecht met een ‘intellectueelrechtelijke last’ bezwaart, blijft deze intellectueelrechtelijke last zich echter, op aangeven van het auteursrecht, nog steeds uitstrekken tot handelingen die kwalificeren als een ‘reproducen’ of ‘publiek mededelen’.

De zonet omschreven verklaring van het ingrijpen van intellectuele rechten als het bezwaren van zintuiglijk waarneembare manifestaties met ‘intellectueelrechtelijke lasten’, biedt, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ nu echter niet alleen een coherente verklaring van dit ingrijpen maar ook een betere verklaring van dit ingrijpen dan de theorie rond ‘immateriële goederen’. De theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ acht haar verklaring van het betrokken ingrijpen met name duidelijker en eenvoudiger.

Ten eerste geeft de analyse rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, immers duidelijker weer hoe intellectuele rechten daadwerkelijk inwerken in de verhouding tussen personen. Deze verklaring houdt immers beter rekening met het gegeven dat, net zoals elke vorm van regelgevend ingrijpen, intellectuele rechten voor het daadwerkelijk doorvoeren van een coördinatie van gedragingen, uiteindelijk aangewezen zijn op het volgende: zintuiglijk waarneembare handelingen voorschrijven rond zintuiglijk waarneembare manifestaties. Ook als intellectuele rechten een coördinatie van gedragingen willen doorvoeren, in het licht van aan de mens interne bewustzijnsfenomenen, geldt immers, zoals aangegeven, dat mensen aangewezen zijn op zintuiglijk waarneembare manifestaties om kennis te verkrijgen rond hun onderlinge verhoudingen en om hun onderlinge verhoudingen ook geregeld te weten⁹³¹. Binnen deze analyse rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, is van meet af aan duidelijk dat intellectuele rechten ingrijpen naar aanleiding en ten aanzien van de realiteit van zintuiglijk waarneembare manifestaties, en zo, enkel langs indirecte weg ook een coördinatie van gedragingen kunnen doorvoeren in het licht van aan de mens interne bewustzijnsfenomenen, met name door het voorschrijven van zintuiglijk waarneembare handelingen rond die zintuiglijk waarneembare manifestaties die, naargelang het geval, het resultaat zijn van de betrokken concrete bewustzijnsfenomenen of die de betrokken concrete bewustzijnsfenomenen kunnen teweegbrengen. Daarnaast biedt een analyse van het ingrijpen van intellectuele rechten analyseren als het bezwaren van concrete zintuiglijk waarneembare manifestaties met ‘intellectueelrechtelijke lasten’, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, ook een beter zicht op de impact van dit ingrijpen. Binnen de theorie rond ‘immateriële goederen’ wekt de analyse dat het gaat om een exclusief recht op een bepaald ‘immaterieel goed’ niet meteen de aandacht op het gegeven dat de impact van het ingrijpen van een intellectueel recht fundamenteel anders is dan de impact van het ingrijpen van exclusieve zakenrechtelijke rechten. De analyse van het ingrijpen van intellectuele rechten als het bezwaren van concrete zintuiglijk waarneembare manifestaties met ‘intellectueelrechtelijke lasten’, maakt, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ echter dat de volgende punten van meet af aan prominent op de voorgrond staan: dat het toekennen van een exclusieve bevoegdheid op grond van een intellectueel recht ten aanzien van een ‘object’, telkens, minstens potentieel, inwerkt ten aanzien van een groep van meerdere zintuiglijk waarneembare manifestaties en dat het ook telkens nog nodig is om dit ‘object’ af te bakenen binnen de zintuiglijk waarneembare manifestaties.

Ten tweede is het volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ uiteindelijk echter ook eenvoudiger om het daadwerkelijk ingrijpen van intellectuele rechten te verklaren als een bezwaren van zintuiglijk waarneembare manifestaties met ‘intellectueelrechtelijke lasten’. Om een coherent verklaring te geven van de exclusieve bevoegdheid die intellectuele rechten verlenen vraagt de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ immers niet om, zoals de theorie rond ‘immateriële goederen’ wel vraagt, aan te nemen dat intellectuele rechten in tegenstelling tot andere regelgeving ingrijpen ten aanzien van een autonome geestelijke realiteit van ‘immateriële goederen’,

⁹³¹ Vergelijk in die zin ook bijvoorbeeld: M. KUMMER, *Das urheberrechtlich schützbares Werk. Mit 48 Abbildungen*, Bern, 1968, p. 7.

naast de realiteit van zintuiglijk waarneembare manifestaties en handelingen⁹³². Bij het formuleren van een coherente verklaring van het ingrijpen van intellectuele rechten situeert de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dit ingrijpen immers binnen een ‘realiteit’ die bestaat uit aan de mens interne bewustzijnsfenomenen en zintuiglijk waarneembare manifestaties en handelingen en, in die zin dus, binnen in wezen dezelfde ‘realiteit’ als deze waarin ook het ingrijpen te situeren is van andere regelgevingen. Zelfs de verhouding tussen aanspraken op grond van het zakenrecht en aanspraken op grond van intellectuele rechten ten aanzien van eenzelfde, zintuiglijk waarneembare manifestatie, kan de analyse rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, zoals aangegeven, verklaren binnen eenzelfde realiteit, met name door te stellen dat het hierbij gaat om aanspraken rond onderscheiden soorten zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van dezelfde zintuiglijk waarneembare manifestatie. Bij de analyse van het ingrijpen van intellectuele rechten als een bezwaren van zintuiglijk waarneembare manifestaties met ‘intellectueelrechtelijke lasten’, is het dus uiteindelijk ook eenvoudiger om het ingrijpen van intellectuele rechten te analyseren in verhouding tot ander regelgevend ingrijpen, bijvoorbeeld het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’. Deze analyse rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ maakt immers dat er geen storende breuklijn is tussen het ingrijpen van intellectuele rechten en ander regelgevend ingrijpen, op het vlak van de onderscheiden realiteit van het betrokken ingrijpen.

B.3.2. Archetypische analyses om het ingrijpen zo objectief mogelijk af te stellen op bewustzijnsfenomenen

Een tweede cruciaal element bij een coherente verklaring rond het ingrijpen van intellectuele rechten is, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, de assumptie dat de concrete bepalingen en beginselen van intellectuele rechten archetypische analyses preciseren en opleggen om het ingrijpen van het betrokken intellectuele recht af te stellen. Bij deze archetypische analyses gaat het, volgens de theorie rond intellectueelrechtelijke lasten, zoals aangegeven, dan concreet om de volgende archetypische analyses: een ‘denkoperatie rond verschillen’, een ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ en een ‘analyse rond consumptieketens’. Volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ zijn deze archetypische analyses daarbij met name cruciaal om het volgende te bereiken: de concrete bepalingen en beginselen van intellectuele rechten zo te interpreteren dat zij het ingrijpen van intellectuele rechten ook zo objectief mogelijk afstellen op die feitelijke omstandigheden die relevant zijn gezien de nagestreefde beleidsdoelstellingen, dus ook in het licht van het bestaan en de kenmerken van relevante, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen. Bij deze relevante, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen gaat het zoals aangegeven in het bijzonder om het leveren van intellectuele arbeid en het ervaren van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen op grond van zintuiglijk waarneembare manifestaties die mogelijk gemaakt zijn door de geleverde intellectuele arbeid.

In dit onderdeel bespreken we nu meer in detail hoe de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, door een ontleding in het licht van de zonet aangehaalde archetypische analyses, een coherente verklaring meent te geven rond het volgende punt: de wijze waarop intellectuele rechten hun kenmerkende ingrijpen zo objectief mogelijk afstellen in het licht van de feitelijke omstandigheden die relevant zijn gezien de nagestreefde beleidsdoelstellingen. In wat volgt, gaan we vanuit die optiek achtereenvolgens in op: (a.) de ‘denkoperatie rond verschillen’, (b.) de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ en (c.) de analyse rond ‘consumptieketens’. Daarna (d.) volgt een korte synthese rond de bijdrage die deze archetypische analyses leveren tot een zo objectief mogelijke afstelling van het ingrijpen van intellectuele rechten.

a. Denkoperaties rond verschillen

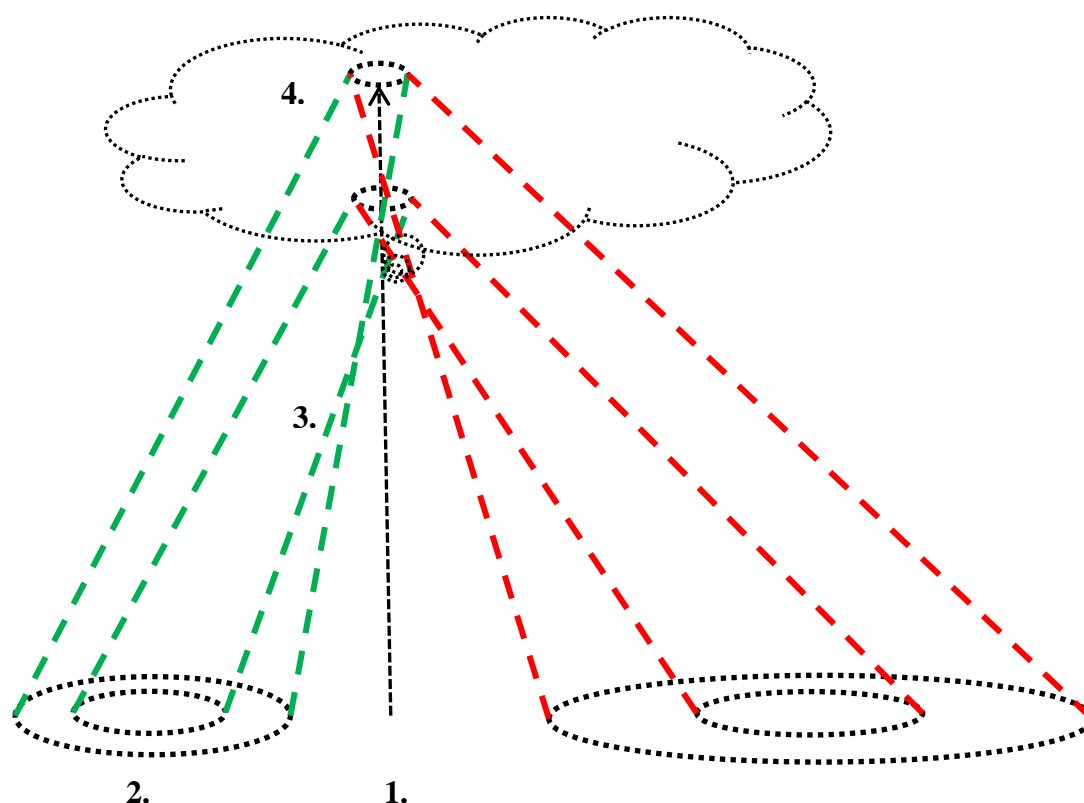
⁹³² Zie in die zin bijvoorbeeld TROLLER, die het unieke van intellectuele rechten met name ziet in het feit dat zij betrekking hebben op ‘immateriële goederen’ waarvan het bestaan als autonome, geestelijke realiteit geen beperkingen ondervindt van gebeurtenissen die enkel de zintuiglijk waarneembare realiteit betreffen van hun incorporaties, terwijl bij andere regelgeving die betrekking heeft op ‘immateriële’ zaken, deze ‘immateriële’ zaken in wezen een louter begripsmatig referentie inhouden naar zintuiglijk waarneembare manifestaties of handelingen en in die zin ook beperkt zijn door het unieke bestaan van de zintuiglijk waarneembare manifestaties of handelingen waarnaar ze verwijzen. TROLLER illustreert dit laatste punt door er op te wijzen dat de concrete betaling een schuldvordering doet verdwijnen. A. TROLLER, *Immateriële goederenrecht*, Basel en Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p. 55 e.v..

Volgens de ‘theorie rond intellectueelrechtelijke lasten’ is het aangewezen om, binnen een intellectueel recht, de aanwijzingen van de concrete bepalingen en beginselen rond het toekennen van bescherming, als volgt te verstaan: als aanwijzingen rond de concrete ‘denkoperatie rond verschillen’ die het betrokken intellectuele recht preciseert en oplegt om in een concreet geval te beoordelen of een incorporatie van inspanningen aanleiding geeft tot het toekennen van zijn bescherming. Hun aanwijzingen rond de te verrichten concrete ‘denkoperatie rond verschillen’ geven de betrokken bepalingen en beginselen van een intellectueel recht, volgens de ‘theorie rond intellectueelrechtelijke lasten’, dan met name door de invulling te preciseren van de parameters die archetypisch de uitvoering beheersen van deze ‘denkoperatie rond verschillen’. In wat volgt, gaan we eerst (a.1) dieper in op deze parameters binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’. Vervolgens (a.2.) bespreken we dan hoe een interpretatie van de betrokken bepalingen en beginselen rond het toekennen van bescherming, als een concrete invulling van deze parameters binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’, kan bijdragen tot een zo objectief mogelijke afstelling van het betrokken ingrijpen van intellectuele rechten.

a.1. De parameters binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’

De concrete bepalingen en beginselen van een intellectueel recht die aanwijzingen geven in verband met de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, zijn volgens de ‘theorie rond intellectueelrechtelijke lasten’, zoals aangegeven, te verstaan als aanwijzingen rond de volgende vier parameters binnen een concrete ‘denkoperatie rond verschillen’:

- 1.) het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie moet danken aan een resultaat van inspanningen – nog los van het staven of deze kenmerken ook voortvloeien uit de inspanningen die vereist zijn voor het toekennen van bescherming – om als basis te kunnen fungeren voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming naar aanleiding van dit resultaat van inspanningen,
- 2.) de zintuiglijk waarneembare *kenmerken* die andere zintuiglijk waarneembare manifestaties moeten vertonen om tot de relevante *referentiegroep* te behoren bij de beoordeling of op grond van een relevante referentie-incorporatie te besluiten is tot het toekennen van bescherming naar aanleiding van een resultaat van inspanningen
- 3) de verschillen die de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan het te beoordelen resultaat van inspanningen, moeten vertonen tegenover de zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen de relevante referentiegroep, om te staven dat dit resultaat van inspanningen resulteert uit die inspanningen die vereist zijn voor het toekennen van bescherming.
- 4.) het *niveau van abstractie* waarop, bij het toekennen van bescherming, rekening te houden is met de vaststelling van de zonet vermelde verschillen die staven dat het betrokken resultaat van inspanningen resulteert uit die inspanningen die vereist zijn voor het toekennen van bescherming.



Een *eerste parameter* binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ betreft dus een parameter rond het soort zintuiglijk waarneembare *kenmerken* die een relevante referentie-incorporatie⁹³³ van het resultaat van inspanningen moet vertonen, om als basis te kunnen fungeren voor de beoordeling rond het eventuele toekennen van bescherming naar aanleiding van dit resultaat van inspanningen. Bij deze eerste parameter gaat het, zoals aangegeven, om de loutere vaststelling van de aard van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan een bepaald resultaat van inspanningen, nog los van de vraag of deze zintuiglijk waarneembare kenmerken van de vereiste soort ook staven dat het betrokken resultaat van inspanningen resulteert uit die soort inspanningen die vereist zijn voor het toekennen van bescherming. Het gaat er daarbij bijvoorbeeld concreet om of de zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan een bepaald resultaat van inspanningen, bij hun toepassing, zintuiglijk waarneembare manifestaties een geschiktheid verlenen tot het vervullen van een esthetische taak, met name in de zin van het louter zich tonen en appelleren aan de zin voor esthetiek, dan wel tot het vervullen van een functionele taak, in de zin van het toelaten om een bepaalde zintuiglijk waarneembare wijziging teweeg te brengen.

Wat intellectuele rechten bij hun invulling van deze eerste parameter als een relevante referentie-incorporatie van een resultaat van inspanningen aanvaardden met het oog op een beoordeling rond het eventuele toekennen van hun bescherming naar aanleiding van dit resultaat van inspanningen, is daarbij in wezen bepaald door het gegeven of de betrokken intellectuele rechten zich organiseren als registerrechten dan wel als registratievrije rechten⁹³⁴. Bij

⁹³³ Onze inspiratie voor deze notie ‘relevante referentie-incorporatie’ gaat daarbij met name terug op de analyse van BERGSTRÖM dat het uitgangspunt voor de beoordeling rond de ‘media’ die tot hetzelfde ‘werk’ behoren, dient te vertrekken van het ‘primaire medium’, de primaire weergave van het ‘werk’. S. BERGSTRÖM, *Uteslutande rätt att förfoga över verket*, Uppsala, A.-B. Lundequistska Bokhandeln, 1954, p. 63 e.v..

⁹³⁴ Met betrekking tot het onderscheid doorheen de intellectuele rechten tussen registerrechten en registratievrije rechten, zie bijvoorbeeld: Zie bijvoorbeeld: D. BAINBRIDGE, *Intellectual Property* (sixth edition), Harlow, Pearson 2007, p. 4; J. VAN DER STEUR, *Grenzen van rechtsoBJECTEN: Een onderzoek naar de grenzen van*

intellectuele rechten die registerrechten uitmaken en die het toekennen van hun bescherming dus afhankelijk maken van het vervullen van bepaalde formaliteiten met het oog op het voeren van een publiek register rond de verleende bescherming, geldt in de regel dat zij aannemen dat enkel een bepaalde beschrijving of weergave van het resultaat van inspanningen en zijn mogelijke realisaties in een specifieke registratie-aanvraag, een relevante referentie-incorporatie kan uitmaken voor de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming. In dit verband is bijvoorbeeld te denken aan het octrooirecht dat de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming naar aanleiding van een ‘uitvinding’ afhankelijk maakt van het voorliggen van een geldige ‘octrooiaanvraag’ die deze ‘uitvinding’ beschrijft⁹³⁵. Bij intellectuele rechten daarentegen die registratievrije rechten uitmaken en die het toekennen van hun bescherming dus *niet* afhankelijk maken van het vervullen van bepaalde formaliteiten met het oog op het voeren van een publiek register rond de verleende bescherming, geldt in de regel dat zij als relevante referentie-incorporatie voor de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming vragen dat sprake is van een daadwerkelijke toepassing van het resultaat van inspanningen binnen een relevant soort zintuiglijk waarneembare manifestaties. In dit verband is dan bijvoorbeeld te denken aan het databankenrecht *sui generis* dat de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming afhankelijk maakt van het feit dat een ‘resultaat’ van inspanningen aanleiding gaf tot een ‘databank’, met name “*een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen, systematisch of methodisch geordend, en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk*”⁹³⁶.

Het gegeven of intellectuele rechten zich organiseren als registerrechten dan wel als registratievrije rechten heeft daarbij ook een invloed op het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die de betrokken intellectuele rechten in het kader van hun invulling van de zonet vermelde eerste parameter vereisen van een relevante referentie-incorporatie van het resultaat van inspanningen opdat deze in aanmerking zou komen als basis voor een beoordeling rond het toekennen van hun bescherming. In het kader van intellectuele rechten die registerrechten uitmaken, moet een relevante referentie-incorporatie, een registratie-aanvraag dus, in dit verband doorgaans vereisten vervullen op twee niveaus om uiteindelijk als basis te kunnen fungeren voor een beoordeling rond het toekennen van hun bescherming: 1.) vereisten rond het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken van de beschrijving of weergave van het ‘resultaat’ van inspanning in de betrokken registratie-aanvraag en 2.) vereisten rond het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die de, in de registratie-aanvraag beschreven of weergegeven, mogelijke realisaties van het resultaat van inspanningen in relevante soorten zintuiglijk waarneembare manifestaties danken aan dit resultaat van inspanningen. Voor het toekennen van zijn bescherming stelt het octrooirecht bijvoorbeeld in die zin zowel formele vereisten aan de octrooivraag⁹³⁷ als de vereiste dat de in de octrooiaanvraag beschreven, mogelijke realisaties van de ‘uitvinding’, aan hun toepassing van deze uitvinding niet enkel een geschiktheid ontleen voor een esthetische taak, in de zin van het louter zich tonen en inspelen op de zin voor esthetiek⁹³⁸. In het kader van de zonet aangehaalde tweede soort vereisten, met name dus rond het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die de, in de registratie-aanvraag beschreven of weergegeven, mogelijke realisaties van het resultaat van inspanningen in relevante soorten zintuiglijk waarneembare manifestaties moeten danken aan dit resultaat van inspanningen, is het dan overigens niet ongebruikelijk voor intellectuele rechten die zich organiseren als registerrechten om ook uitdrukkelijke garanties te vragen dat de beschreven of weergegeven, mogelijke realisaties, ook daadwerkelijk te verwezenlijken zijn als toepassing van het betrokken ‘resultaat’ van

objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten, Deventer, Kluwer, 2003, p. 4 (“*Dit heeft te maken met het feit dat het octrooirecht, kwekersrecht, topografieënrecht, modelrecht en merkenrecht registerrechten zijn en derhalve slechts op aanvraag wordt verkregen.*”); L. WICHERS HOETH, C. GIELEN en N. HAGEMANS, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 2000, p. 4 (“*Octrooi-, kwekers-, topografie-, merk- en modelrechten zijn registerrechten, die enkel uitgeoefend kunnen worden als ze geregistreerd zijn.*”).

⁹³⁵ Zie in dit verband bijvoorbeeld: art 83 Europees Octrooiverdrag rond de ‘Uiteenzetting van de uitvinding’ dat stelt: “*De uitvinding moet in de Europese octrooiaanvraag zodanig duidelijk en volledig worden beschreven dat zij door een deskundige kan worden toegepast.*” en art. 84 Europees Octrooiverdrag rond de ‘Conclusies’, dat stelt: “*De conclusies beschrijven het onderwerp waarvoor bescherming wordt gevraagd. Zij dienen duidelijk en beknopt te zijn en steun te vinden in de beschrijving.*”; Zie in dezelfde zin ook art. XI.18. WER (oud art 17 Octrooiwet).

⁹³⁶ Zie: art. 1.2. Richtlijn Databanken en art. I.13., 6° WER (oud art. 2, 1° Wet Databanken en art. 20bis, lid 3 Auteurswet).

⁹³⁷ Zie: art 78 en 81 Europees Octrooiverdrag en art. XI.16., §1 WER (oud art 15, §1 Octrooiwet).

⁹³⁸ Zie in dit verband de uitsluiting met betrekking tot ‘esthetische vormgevingen’ in art 52(2), b) Europees Octrooiverdrag en art. XI.4., §1, 2. WER (oud art 3, §1, 2. Octrooiwet).

inspanningen⁹³⁹. Registratievrije intellectuele rechten daarentegen onderwerpen de daadwerkelijke toepassing van het resultaat van inspanningen in een relevant soort zintuiglijk waarneembare manifestaties in de regel enkel nog aan een toetsing rond concrete soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die deze toepassing moet danken aan het betrokken resultaat van inspanningen om uit te maken of deze daadwerkelijke toepassing als basis kan fungeren voor een beoordeling rond het toekennen van hun bescherming naar aanleiding van het betrokken resultaat van inspanningen. In die zin kunnen we bijvoorbeeld stellen dat het databanken-auteursrecht voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming vraagt dat sprake is van die zintuiglijk waarneembare kenmerken van een ‘databank’ die voortvloeien uit de inspanningen rond de keuze of de rangschikking van de elementen van deze ‘databank’⁹⁴⁰.

Een *tweede parameter* binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ heeft, zoals aangegeven, betrekking op de zintuiglijk waarneembare kenmerken die zintuiglijk waarneembare manifestaties moeten vertonen om, bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming, tot de relevante referentiegroep te behoren. Bij de invulling van deze parameter wordt dus vastgelegd met welke groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties de kenmerken die een incorporatie van inspanningen dankt aan een bepaald resultaat van inspanningen, te vergelijken zijn bij de beoordeling rond het al dan niet toekennen van bescherming naar aanleiding van dit resultaat van inspanningen. Het beginsel dat het vereiste van een ‘eigen, originele intellectuele schepping’, als vereiste voor het toekennen van een auteursrechtelijke bescherming, ook een ‘subjectieve nieuwheid’ veronderstelt, is volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ een voorbeeld van een beginsel dat aanwijzingen geeft rond de invulling van deze parameter rond de relevante referentiegroep. Dit vereiste van een ‘subjectieve nieuwheid’ vraagt in dit verband immers dat het resultaat van inspanningen ‘nieuw’ moet zijn voor de persoon die de betrokken inspanningen leverde, rekening houdend met alle zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon kende op het ogenblik van het leveren van deze inspanningen⁹⁴¹. Dit vereiste van een ‘subjectieve nieuwheid’ geeft dus in wezen ook een aanwijzing rond de zintuiglijk waarneembare kenmerken die zintuiglijk waarneembare manifestaties moeten vertonen om tot de relevante referentiegroep te behoren bij de toetsing of een incorporatie van inspanningen blijkt geeft van een ‘eigen, originele intellectuele schepping’. Om tot deze relevante referentiegroep te behoren moeten zintuiglijk waarneembare manifestaties met name het contextgebonden kenmerk vertonen dat de persoon die de betrokken incorporatie van inspanningen vervaardigde, kennis had van hun bestaan op het ogenblik van het vervaardigen van deze incorporatie van inspanningen.

⁹³⁹ Zie in dit verband bijvoorbeeld het octrooieerbaarheidsvereiste rond ‘vatbaar zijn voor toepassing op het gebied van de nijverheid’ of ‘industriële toepasbaar zijn’ (art. 52, 1° en art. 57 Europees Octrooioverdrag en art. XI.3., lid 1 en art. XI.8. WER (oud art. 2, lid 1 en art. 7 Octrooiwet) dat niet alleen een aanknopingspunt biedt om te peilen naar het domein waarop realisatie van een uitvindingen zich situeren maar ook om na te gaan of de uitvinding zoals deze beschreven is in de octrooiaanvraag wel daadwerkelijk te realiseren is. Zie in die zin bijvoorbeeld: Europees Octrooibureau, Guidelines for Examination in the European Patent Office, München, Europees Octrooibureau, 2012, Deel F – Hoofdstuk III, p. 3 (“*The second instance is where successful performance of the invention is inherently impossible because it would be contrary to well-established physical laws – this applies e.g. to a perpetual motion machine. If the claims for such a machine are directed to its function, and not merely to its structure, an objection arises not only under Art. 83 Art. 83 but also under Art. 52(1) in that the invention is not "susceptible of industrial application" (...)*”) en W. CORNISH en D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 213 (Waar zij met betrekking tot “Industrial application” stellen: “*The EPO uses the concept for the purpose of excluding some aspects of the lunatic fringe: attempts to patent ideas which evidently do not achieve the claimed ends, such as machines to produce perpetual motion.*”).

⁹⁴⁰ Art. 3.1. Richtlijn Databanken en art. XI.186., lid 1 WER (oud art. 20bis, lid 1 Auteurswet).

⁹⁴¹ LOEWENHEIM vat de regeling binnen het auteursrecht als volgt samen: “*Auf die objektive Neuheit der Gestaltung kommt es urheberrechtlich grundsätzlich nicht an. Das Urheberrecht schützt nicht das neue Ergebnis, sondern das individuelle Schaffen; Für den Urheber muss es sich bei seinem Schaffen allerdings um etwas Neues handeln, er darf eine etwa schon vorhandene Gestaltungsform nicht kennen. Anderenfalls würde keine Individuelle Schöpfung vorliegen; was jemand von anderer Seite übernimmt, kann nicht Ausdruck seines individuellen Geistes sein. Insofern spricht man davon dass subjektive Neuheit erforderlich ist.*” U. LOEWENHEIM, “Abschnitt 2 Das Werk” in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p.71-72; Uitgebreid in dit verband, bijvoorbeeld ook: M. BUYDENS, “Droit d’auteur et hasard: réflexions sur le cas de la double création indépendante”, *A&M* 2004, p. 477-483.

Een *derde parameter* binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ heeft, zoals gezegd, dan betrekking op de verschillen die de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan het te beoordelen resultaat van inspanningen, moeten vertonen tegenover de zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen de relevante referentiegroep, om te staven dat dit resultaat van inspanningen resulteert uit die inspanningen die het betrokken intellectuele recht vereist voor het toekennen van bescherming. Waar bijvoorbeeld het auteursrecht voor het toekennen van zijn bescherming een ‘eigen, originele intellectuele schepping’ vereist, is dit, volgens de theorie rond intellectueelrechtelijke lasten, uiteindelijk te verstaan als een aanwijzing rond de invulling van deze derde parameter met betrekking tot de relevante verschillen, zij het dan een aanwijzing die zich beperkt tot het aangeven van wat de toetsing rond de betrokken verschillen aannemelijk moeten maken, met name een ‘eigen, originele intellectuele schepping’⁹⁴².

Een *vierde parameter* binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’, ten slotte, heeft dus betrekking op het volgende: het *niveau van abstractie* waarop, bij het toekennen van bescherming, rekening te houden is met het gegeven dat de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie van inspanningen dankt aan het te beoordelen resultaat van inspanningen, verschillen vertonen tegenover de zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen de relevante referentiegroep, die staven dat het betrokken resultaat van inspanningen voortvloeit uit die inspanningen die vereist zijn voor het toekennen van bescherming. De achtergrond van deze parameter is dat de zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan een resultaat van inspanningen en de zintuiglijk waarneembare kenmerken van de zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen de relevante referentiegroep, kunnen vergeleken worden op verschillende niveaus van abstractie. Hierbij is dan bijvoorbeeld te denken aan het niveau van de vormkenmerken, het niveau van het uitgewerkte idee waarvan deze zintuiglijk waarneembare kenmerken blijken geven, of het niveau van het abstracte idee dat toepassing vindt binnen deze zintuiglijk waarneembare kenmerken. Bij de invulling van de betrokken parameter rond abstractie legt een intellectueel recht nu in essentie een niveau van abstractie vast waarop of tot waar het voor het toekennen van zijn bescherming, vereist dan wel relevant is dat de zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan een resultaat van inspanningen en de zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen de referentiegroep, verschillen vertonen die het soort resultaat van inspanningen aannemelijk maken dat het vereist voor het toekennen van zijn bescherming. Binnen het auteursrecht bijvoorbeeld geeft de zogeheten ‘vorm versus inhoud’-dichotomie een invulling aan deze parameter rond de relevante graad van abstractie bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming. Deze ‘vorm versus inhoud’-dichotomie houdt in essentie in dat een auteursrechtelijke bescherming naar aanleiding van een ‘resultaat’ van inspanningen, zich in beginsel richt naar de concrete vormgeving die voortvloeit uit dit resultaat van inspanningen en niet aan de orde is voor de inhoud of de abstracte ideeën die voortvloeien uit dit ‘resultaat’ van inspanningen⁹⁴³. In wezen geeft deze ‘vorm versus inhoud’-dichotomie volgens de theorie rond intellectueelrechtelijke lasten daarmee dus ook aan dat, indien de verschillen tussen een relevante referentie-incorporatie en de relevante referentiegroep bekeken op het niveau van abstractie van het abstracte idee, aannemelijk maken dat deze relevante referentie-incorporatie blijken geeft van eigen, originele abstracte ideeën, deze eigen, originele abstracte ideeën in beginsel irrelevant zijn voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming.

In het licht van hun invulling van de vier zonet besproken archetypische parameters die samen aansturen op een ‘denkoperatie rond verschillen’, willen intellectuele rechten, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, het toekennen van hun bescherming in concrete gevallen dus, zoals aangegeven, uiteindelijk afhankelijk maken van een beoordeling rond het volgende: of de voor het betrokken intellectuele recht relevante soort

⁹⁴² Eveneens in de zin dat het vereiste van een ‘eigen, originele intellectuele schepping’ in wezen te ontleden is als een vereiste dat peilt naar het voorliggen van verschillen, bijvoorbeeld A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p.50 (“...that the requirement of originality in copyright law is not one of independent creation, but rather the degree of difference with the alleged protected work has over the existing works. Indeed it is submitted that this is the common feature of all the requirements of originality in the various intellectual property regimes, however expressed.”).

⁹⁴³ Uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: art 9.2. TRIPS dat bepaalt: “De bescherming van het auteursrecht strekt zich uit tot uitdrukkingsvormen en niet tot denkbeelden, procedures, werkwijzen of mathematische concepten als zodanig.” Zie in die zin ook: L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 172.

zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie van inspanningen dankt aan het resultaat van inspanningen van een persoon, tot op het relevante niveau van abstractie voldoende verschillen van de kenmerken van de voor het betrokken intellectuele recht relevante referentiegroep van bestaande zintuiglijk waarneembare manifestaties, om aannemelijk te maken dat deze relevante referentie-incorporatie van inspanningen inderdaad voortvloeit uit het soort resultaat van inspanningen dat het betrokken intellectuele recht vereist voor het toekennen van bescherming.

a.2. De afstelling van het ingrijpen via de ‘denkoperatie rond verschillen’

De bepalingen en beginselen binnen een intellectueel recht die aanwijzingen geven rond het toekennen van bescherming interpreteren als aanwijzingen rond een concrete ‘denkoperatie rond verschillen’, is volgens de ‘theorie rond intellectueelrechtelijke lasten’, zoals aangegeven, met name aangewezen om het volgende te bereiken: de beoordeling rond het toekennen van bescherming, aan de hand van deze bepalingen en beginselen, zo objectief mogelijk afstellen op die feitelijke omstandigheden die in het licht van de nagestreefde beleidsdoelstellingen relevant kunnen zijn bij deze beoordeling. Met het oog op een dergelijke afstelling van het betrokken ingrijpen, biedt deze interpretatie van de betrokken bepalingen en beginselen volgens de ‘theorie rond intellectueelrechtelijke lasten’ met name de volgende voordelen. In de eerste plaats (a.2.1.) biedt dit een duidelijk aanknopingspunt om bij de afstelling van het betrokken ingrijpen overeenkomstig het nagestreefde beleid, ook rekening te houden met de aard van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die een incorporatie van inspanningen dankt aan een resultaat van inspanningen, nog los van de inspanningen die nodig waren om tot het betrokken resultaat van inspanningen te komen. In de tweede plaats (a.2.2.) laat deze interpretatie volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ ook toe om bij deze afstelling zo objectief mogelijk rekening te houden met de aan de mens interne bewustzijnsfenomenen rond het leveren van intellectuele arbeid die, met het oog op een afstelling in het licht van de nagestreefde beleidsdoelstellingen, relevante feitelijke omstandigheden zijn bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming.

a.2.1. Een afstelling in het licht van zintuiglijk waarneembare kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties

Een interpretatie van de bepalingen en beginselen rond het toekennen van bescherming als aanwijzingen voor een concrete ‘denkoperatie rond verschillen’, biedt volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dus in de eerste plaats het volgende voordeel met het oog op een zo objectief mogelijke afstelling van het toekennen van bescherming op de, in het licht van de nagestreefde beleidsdoelstellingen, relevante feitelijke omstandigheden: deze interpretatie maakt duidelijk dat de aanwijzingen van sommige van deze bepalingen en beginselen met het oog op de beoordeling rond het toekennen van bescherming, kunnen peilen naar het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een welbepaald soort incorporatie van inspanningen dankt aan een resultaat van inspanningen, nog los van de evaluatie rond de inspanningen die nodig waren om tot het betrokken resultaat van inspanningen te komen. Door aan te nemen dat de bepalingen en beginselen binnen een intellectueel recht die de toekenning van zijn bescherming beheersen, te interpreteren zijn als aanwijzingen rond de vier hierboven vermelde archetypische parameters binnen een concrete ‘denkoperatie rond verschillen’, is volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dan immers meteen duidelijk dat er bij het interpreteren van deze bepalingen en beginselen ook een aanknopingspunt is voor een dergelijke peiling: de specifieke parameter rond het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie moet danken aan een resultaat van inspanningen – nog los van het staven of deze kenmerken ook voortvloeien uit de inspanningen die vereist zijn voor het toekennen van bescherming – om als basis te kunnen fungeren voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming naar aanleiding van dit resultaat van inspanningen. Het voordeel hiervan volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ is dan met name dat, in zoverre er binnen deze interpretatie geen discussie over bestaat dat de bepalingen en beginselen rond het toekennen van bescherming op grond van een intellectueel recht, aanwijzingen *kunnen* geven in het licht van een dergelijke parameter, alle aandacht kan uitgaan naar de volgende vraag: welke specifieke soort zintuiglijk waarneembare kenmerken, binnen welke specifieke soort incorporaties van inspanningen, bij de invulling van deze parameter, eventueel te vereisen zijn door een intellectuele recht met het oog op het nastreven van bepaalde beleidsdoelstellingen. Volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ is het in die zin bijvoorbeeld van meet aan duidelijk dat er in beginsel een *mogelijkheid* is om de

aanwijzingen van het auteursrecht rond het toekennen van zijn bescherming zo te verstaan dat bepaalde soorten incorporaties van inspanningen, bijvoorbeeld parfum, inherent ongeschikt zijn om als basis te fungeren voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming en kan alle aandacht dan vervolgens uitgaan naar de vraag of en in het licht van welke concrete criteria een *daadwerkelijke* toetsing op dit punt het auteursrecht inderdaad kan helpen bij het bereiken van de met zijn ingrijpen nagestreefde beleidsdoelstellingen⁹⁴⁴.

a.2.2. Een afstelling in het licht van relevante aan de mens interne bewustzijnsfenomenen

Een interpretatie van de bepalingen en beginselen rond het toekennen van bescherming als aanwijzingen voor een concrete ‘denkoperatie rond verschillen’, biedt volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ in de tweede plaats dus ook het volgende voordeel met het oog op een zo objectief mogelijke afstelling van het toekennen van bescherming op de, in het licht van de nagestreefde beleidsdoelstellingen, relevante feitelijke omstandigheden: deze interpretatie laat toe om bij het toekennen van bescherming zo objectief mogelijk rekening te houden met de aan de mens interne bewustzijnsfenomenen rond het leveren van intellectuele arbeid die, in het licht van de nagestreefde beleidsdoelstellingen, relevante feitelijke omstandigheden zijn bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming. De verklaring hiervoor, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, is in wezen dat deze interpretatie toelaat om de aanwijzingen van de betrokken bepalingen en beginselen te verstaan als aanwijzingen rond specifieke deelanalyses die zo objectief mogelijke hypotheses toelaten rond de betrokken aan de mens interne bewustzijnsfenomenen.

Bij haar zonet vermelde pleidooi voor een interpretatie van de bepalingen en beginselen rond het toekennen van bescherming als aanwijzingen voor een concrete ‘denkoperatie rond verschillen’ neemt de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ aan dat de beoordeling rond het toekennen van bescherming door een intellectueel recht, overeenkomstig de nagestreefde beleidsdoelstellingen, in beginsel vraagt om uitsluitel te kunnen krijgen rond het volgende gegeven dat verband houdt met aan de mens interne bewustzijnsfenomenen rond intellectuele arbeid: of aan te nemen is dat de creatie van een bepaalde incorporatie van inspanningen het door het betrokken intellectuele recht vereiste soort resultaat van intellectuele arbeid vroeg, met name een resultaat van intellectuele arbeid met het door het betrokken intellectuele recht vereiste ‘aanwendingsscala’ binnen bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare kenmerken van bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare manifestaties.

In het licht van haar zonet vermelde veronderstelling rond de aan de mens interne bewustzijnsfenomenen die relevant zijn bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming, is het volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dan met name aangewezen om de concrete bepalingen en beginselen rond het toekennen van bescherming, door middel van hun interpretatie als een invulling van de archetypische parameters binnen de betrokken ‘denkoperatie rond verschillen’, als aanwijzingen te verstaan rond specifieke deelanalyses om het volgende na te gaan: (1.) of een incorporatie van inspanningen een resultaat van intellectuele arbeid vroeg, (2.) wat het ‘aanwendingsscala’ is van een resultaat van intellectuele arbeid en (3.) of het resultaat van intellectuele arbeid toepassing vindt binnen bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare kenmerken van bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare manifestaties.

(1.) Deelanalyse rond het voorliggen van een resultaat van intellectuele arbeid

Twee specifieke parameters binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ bieden volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dan concreet het aangewezen aanknopingspunt voor een zo objectief mogelijke

⁹⁴⁴ Met betrekking tot deze concrete vraagstelling binnen het auteursrecht zie, zoals aangegeven: M. DE COCK BUNING en E. NUMANN, "De gestage wildgroei van het auteursrecht. Een hoge snelheidstrein dreigt te ontsporen" in D. VISSER en D. VERKADE (eds), *Een eigen, oorspronkelijk karakter. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor*, Amsterdam, DeLex, 2007, p. 27; F. GROSHEIDE, *Auteursrecht op Maat*, Deventer, Kluwer, 1986, p. 195 e.v.; M. FOSCHI, "Droit d'auteur et parfums: vers une protection des fragrances?", *A&M* 2006, p.309-317; S. BALAÑÁ, "Urheberrechtsschutz für Parfüms", *GRURInt* 2005, p.979-991; D. GERVAIS, "Feist goes global: a comparative analysis of the notion of originality in copyright law", *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 2002, p. 970-971 en M. BUYDENS, *La Protection de la Quasi-Creation*, Brussel, Larcier, 1993, p. 825 e.v..

analyse rond de volgende vraag: *of* aan te nemen is dat een incorporatie van inspanningen ook een resultaat van intellectuele arbeid vroeg. Het gaat daarbij dan met name om: 1.) de hierboven vermelde parameter rond de kenmerken die zintuiglijk waarneembare manifestaties moeten vertonen om tot de relevante referentiegroep te behoren en 2.) de hierboven vermelde parameter rond de verschillen die moeten bestaan tussen, enerzijds, de zintuiglijk waarneembare kenmerken die de incorporatie van inspanningen dankt aan een resultaat van inspanningen en, anderzijds, de zintuiglijk waarneembare kenmerken van de zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen de relevante referentiegroep.

De theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ gaat er immers van uit dat een specifieke analyse rond ‘kennis’ en ‘verschillen’ aangewezen is om zo objectief mogelijk te beoordelen *of* een incorporatie van inspanningen ook een resultaat van intellectuele arbeid vroeg. Bij deze specifieke analyse rond ‘kennis’ en ‘verschillen’ gaat het dan met name om een analyse rond de *verschillen* tussen de zintuiglijk waarneembare kenmerken die een zintuiglijk waarneembare manifestatie dankt aan de inspanningen van een persoon en de zintuiglijk waarneembare kenmerken van die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon *kende* bij het leveren van de betrokken inspanningen.

Haar voorkeur voor deze specifieke analyse rond ‘kennis’ en ‘verschillen’ om na te gaan *of* een incorporatie van inspanningen ook een resultaat van intellectuele arbeid vroeg, baseert de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dan met name op de volgende vaststelling: deze analyse maakt maximaal gebruik van wat deze theorie als geldige veronderstellingen ziet rond de feitelijke verbanden tussen zintuiglijk waarneembare kenmerken en het bestaan en de kenmerken van de betrokken, relevante aan de mens interne bewustzijnsfenomeen.

Bij het traceren van resultaten van intellectuele arbeid op grond van de kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties, kunnen we volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, immers in de eerste plaats uitgaan van de volgende veronderstelling: indien een persoon een zintuiglijk waarneembare manifestatie zintuiglijk waarneembare kenmerken geeft, die *niet of onvoldoende verschillen* van de zintuiglijk waarneembare kenmerken, die hij op dat moment *kent* van andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, is ook uit te sluiten dat deze persoon daarbij intellectuele arbeid leverde gericht op het bedenken van de betrokken gelijkende kenmerken. In de zonet beschreven constellatie van omstandigheden is het dan met name de *kennis* van een persoon rond de bestaande kenmerken die het deze persoon onmogelijk maakt om nog intellectuele arbeid te leveren gericht op het bedenken van gelijkende. Alle pogingen van deze persoon om toch nog op eigen kracht intellectuele arbeid te leveren gericht op het bedenken van gelijkende kenmerken zullen dan immers falen omwille van de volgende reden: deze persoon zal daarbij niet kunnen vermijden om meteen al te denken aan de bestaande kenmerken die hij reeds kent. Het vergaat deze persoon daarbij dan net zoals mensen die, wanneer hen gevraagd wordt om niet aan een nijlpaard te denken, onvermijdelijk aan een nijlpaard moeten denken. Het zonet beschreven fenomeen duidt de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ aan als het onvermogen om nog intellectuele arbeid te leveren gericht op het bedenken van reeds gekende kenmerken.

Daarnaast kunnen we bij het traceren van resultaten van intellectuele arbeid op grond van de kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, ook uitgaan van de volgende: indien een persoon een zintuiglijk waarneembare manifestatie zintuiglijk waarneembare kenmerken geeft die *verschillen* van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die hij op dat moment kent van andere zintuiglijk waarneembare manifestaties, zijn de aard en de omvang van deze verschillen de meest objectieve indicaties rond de vraag *of* deze persoon intellectuele arbeid leverde rond het bedenken van de betrokken kenmerken. Het besluit *of* aard en de omvang van deze verschillen al dan niet aannemelijk maken dat deze persoon intellectuele arbeid leverde, zal daarbij uiteindelijk nog berusten op een subjectieve appreciatie van de betrokken verschillen. Aangezien de aan de mens interne bewustzijnsfenomenen bij het leveren van intellectuele arbeid nu eenmaal geen empirische kennis toelaten, is een dergelijke subjectieve appreciatie, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, echter niet te vermijden, tenminste indien daadwerkelijk rekening te houden is met deze bewustzijnsfenomenen. Een analyse in het licht van de aard en de omvang van de betrokken verschillen biedt volgens de betrokken theorie dan nog tenminste het volgende voordeel: deze analyse biedt een kader om hypothesen rond het bestaan en de kenmerken van een resultaat van intellectuele arbeid zoveel mogelijk op een uniforme en gesystematiseerde wijze te toetsen aan de zintuiglijk waarneembare kenmerken van incorporaties van inspanningen en andere zintuiglijk waarneembare manifestaties.

Binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ bieden twee parameters dan, zoals aangegeven, het uitgelezen aanknopingspunt, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, om, met het oog op het beantwoorden van de vraag *of* een incorporatie van inspanningen ook een resultaat van intellectuele arbeid vroeg, de zonet beschreven analyse rond ‘kennis’ en ‘verschillen’ toepassing te laten vinden: 1.) de hierboven vermelde parameter rond de kenmerken die zintuiglijk waarneembare manifestaties moeten vertonen om tot de relevante referentiegroep te behoren en 2.) de hierboven vermelde parameter rond de verschillen die moeten bestaan tussen, enerzijds, de zintuiglijk waarneembare kenmerken die de incorporatie van inspanningen dankt aan een resultaat van inspanningen en, anderzijds, de zintuiglijk waarneembare kenmerken van de zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen de relevante referentiegroep. Opdat de parameter rond de relevante referentiegroep ook inderdaad en invulling zou krijgen die aansluit bij de zonet beschreven analyse rond ‘verschil’ en ‘kennis’, is dan dus wel nog het volgende vereist: de bepalingen en beginselen van het betrokken intellectuele recht moeten de relevante referentiegroep steeds zo afbakenen dat deze, met het oog op de beoordeling rond het toekennen van bescherming naar aanleiding van een concrete incorporatie van inspanningen, minstens die zintuiglijk waarneembare manifestaties omvat die een de persoon kende bij het leveren van de inspanningen die resulteerden in de betrokken incorporatie van inspanningen. Opdat de parameter rond de relevante verschillen ook inderdaad een invulling zou krijgen die aansluit bij de zonet beschreven specifieke analyse rond ‘verschil’ en ‘kennis’ is dan in wezen nog het volgende vereist: de bepalingen en beginselen van het betrokken intellectuele recht moeten de aard en de omvang van de verschillen die zij vereisen in het kader van deze parameter zo vastleggen dat het gaat om verschillen die inderdaad aannemelijk maken dat intellectuele arbeid nodig was om tot dergelijke verschillen te komen.

(2.) Deelanalyse rond het vereiste ‘aanwendingsscala’ van een resultaat van intellectuele arbeid

De parameter rond de relevante graad van abstractie binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ biedt volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dan een aangewezen aanknopingspunt voor een zo objectief mogelijke analyse rond de volgende vraag: wat is het ‘aanwendingsscala’ van het, volgens de zonet beschreven analyse rond ‘kennis’ en ‘verschillen’, aan te nemen resultaat van intellectuele arbeid. Bij deze parameter rond de relevante graad van abstractie gaat het zoals aangegeven om de parameter waarin het betrokken intellectuele recht het *niveau van abstractie* vastlegt waarop of tot waar, bij het toekennen van bescherming, rekening te houden is met het gegeven dat de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie van inspanningen dankt aan het te beoordelen ‘resultaat’ van inspanningen, verschillen vertonen tegenover de zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen de relevante referentiegroep, die staven dat het betrokken resultaat van inspanningen voortvloeit uit die inspanningen die vereist zijn voor het toekennen van bescherming. Het ‘aanwendingsscala’ van een concreet resultaat van intellectuele arbeid verwijst daarbij, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, zoals aangegeven naar de verscheidenheid aan zintuiglijk waarneembare kenmerken die incorporaties van inspanningen kunnen ontlenen aan dit concrete resultaat van intellectuele arbeid om hen geschikt te maken om bepaalde concrete bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen.

De opvatting dat de parameter rond de relevante graad van abstractie het aangewezen aanknopingspunt vormt voor een zo objectief mogelijke analyse rond het aanwendingsscala van een resultaat van intellectuele arbeid baseert de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dan met name op het volgende argument: de specifieke analyse rond ‘abstractie’, ‘kennis’ en ‘verschillen’ waarop deze parameter aanstuurt, maakt volgens deze theorie maximaal gebruik van geldige veronderstellingen rond de feitelijke verbanden tussen zintuiglijk waarneembare kenmerken en het betrokken kenmerk van een resultaat van intellectuele arbeid.

Op welke veronderstellingen de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ zich hierbij baseert, menen we het beste te kunnen verklaren aan de hand van een voorbeeld. We kiezen dan concreet voor het voorbeeld van een persoon die een specifiek bandenprofiel bedenkt en toepast dat voor een betere wegligging zorgt. Het meest objectieve aanknopingspunt om in dit geval een beeld te krijgen van het ‘aanwendingsscala’ van het concrete resultaat van intellectuele arbeid dat deze persoon voorbracht bij het bedenken van dit bandenprofiel is, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, dan de volgende analyse: nagaan tot op welk niveau van abstractie het door deze persoon concreet vervaardigde bandenprofiel, tegenover banden en andere zaken die deze persoon kende bij het bedenken van dit bandenprofiel, verschillen blijft vertonen waarvan aannemelijk is dat het deze persoon intellectuele arbeid vroeg om tot deze verschillen te komen.

In het zonet vermelde voorbeeld van het specifieke bandenprofiel kan de uitvoering van de betrokken analyse rond ‘abstractie’, ‘kennis’ en ‘verschillen’ dan bijvoorbeeld het volgende aangeven: dat het specifieke bandenprofiel, op het niveau van het uitgewerkte idee om de wegligging te verbeteren, in wezen gelijk is met de banden die deze persoon kende bij het bedenken van het betrokken bandenprofiel. De gelijkenis kan er dan bijvoorbeeld in bestaan dat het specifieke bandenprofiel en de gekende banden in wezen beiden teruggaan op het uitgewerkte idee van het aanbrengen van groeven in het loopvlak van banden met het oog op het verbeteren van de wegligging van deze banden. Deze gelijkenis op het niveau van het uitgewerkte idee om banden een profiel te geven met het oog op een beter wegligging, sluit volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, dan uit dat deze persoon bij het bedenken van het specifieke bandenprofiel nog intellectuele arbeid leverde om tot dit uitgewerkte idee te komen. Hier speelt, volgens deze theorie dan immers het bovenvermelde onvermogen om nog intellectuele arbeid te leveren gericht op het bedenken van reeds gekende kenmerken. De gelijkenis die de betrokken analyse in dit geval onthult op het niveau van het uitgewerkte idee laat volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dan met name het volgende besluit toe: het voorliggen van een toepassing van het uitgewerkte idee om banden een profiel te geven met het oog op een beter wegligging, kan geen maatstaf zijn om het ‘aanwendingsscala’ vast te stellen van het eventuele resultaat van intellectuele arbeid dat de betrokken persoon voortbracht toen hij het betrokken specifieke bandenprofiel bedacht.

In het boven vermelde voorbeeld van het specifieke bandenprofiel kan de uitvoering van de betrokken analyse rond ‘abstractie’, ‘kennis’ en ‘verschillen’ echter ook bijvoorbeeld het volgende aangeven: dat het specifieke bandenprofiel, op het niveau van zijn concrete vormgeving en de daaruit volgende verbeterde wegligging, tegenover de banden en andere zaken die deze persoon kende bij het bedenken van het betrokken bandenprofiel, verschillen vertoont waarvan de aard en omvang aannemelijk maken dat het deze persoon intellectuele arbeid vroeg om tot deze verschillen te komen. In dit geval laat de betrokken analyse volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dan in beginsel het volgende besluit toe: het gegeven dat banden om hun wegligging te verbeteren een toepassing maken van de vormgeving die kenmerkend is voor het door de betrokken persoon bedachte bandenprofiel, kan een maatstaf zijn om het ‘aanwendingsscala’ vast te stellen van het eventuele resultaat van intellectuele arbeid dat de betrokken persoon voortbracht toen hij het betrokken specifieke bandenprofiel bedacht.

Ook hier geldt dan dat de zonet beschreven analyse rond ‘abstractie’, ‘kennis’ en ‘verschillen’ telkens nog een subjectieve appreciatie vraagt om tot besluiten te komen rond het ‘aanwendingsscala’ van een concreet resultaat van intellectuele arbeid. Ook hier geldt volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ echter dat indien daadwerkelijk rekening te houden is met dit kenmerk van het betrokken aan de mens interne bewustzijnsfenomeen, een dergelijke subjectieve appreciatie onvermijdelijk is. Het leveren van intellectuele arbeid laat nu eenmaal geen empirische kennis toe. De zonet beschreven analyse in het licht van ‘abstractie’, ‘kennis’ en ‘verschillen’ biedt volgens de betrokken theorie dan ook hier nog tenminste het volgende voordeel: deze analyse biedt een kader om hypothesen rond het ‘aanwendingsscala’ van een concreet resultaat van intellectuele arbeid zoveel mogelijk op een uniforme en gesystematiseerde wijze te toetsen aan het voorliggen van relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken van incorporatie van inspanningen en andere zintuiglijk waarneembare manifestaties. Dit is in het bijzonder het geval indien bij deze analyse steeds een toetsing plaatsvindt rond overeengekomen niveaus van abstractie, bijvoorbeeld het niveau van de vormkenmerken, het niveau van het uitgewerkte idee waarvan deze zintuiglijk waarneembare kenmerken blijken geven, dan wel het niveau van het abstracte idee dat toepassing vindt binnen deze zintuiglijk waarneembare kenmerken.

(3.) Deelanalyse rond de aanwending van een resultaat van intellectuele arbeid binnen de vereiste soorten zintuiglijk waarneembare kenmerken van bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare manifestaties

De parameter rond het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie moet vertonen, om als basis te kunnen fungeren voor de beoordeling rond het eventuele toekennen van bescherming naar aanleiding van het betrokken 'resultaat' van inspanningen, biedt volgens de theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten' dan tenslotte een aangewezen aanknopingspunt, binnen de 'denkoperatie rond verschillen', voor een zo objectief mogelijke analyse rond de volgende vraag: in welk soort zintuiglijk waarneembare kenmerken van welke soort zintuiglijk waarneembare manifestaties vindt het, volgens de zonet beschreven analyse rond 'kennis' en 'verschillen', aan te nemen resultaat van inspanningen toepassing. Bij deze vraag gaat het er dan bijvoorbeeld concreet om of aan te nemen is dat het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die te danken zijn aan een bepaald resultaat van intellectuele arbeid, kenmerken zijn die incorporaties van dit resultaat van intellectuele arbeid geschikt maken tot het vervullen van een esthetische taak, met name in de zin van het louter zich tonen en appelleren aan de zin voor esthetiek, dan wel tot het vervullen van een functionele taak, in de zin van het toelaten om een bepaalde zintuiglijk waarneembare wijziging teweeg te brengen.

De opvatting dat de betrokken parameter rond het vereiste soort zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen een relevante referentie-incorporatie een aangewezen aanknopingspunt vormt voor een zo objectief mogelijke analyse rond het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken waarin een resultaat van intellectuele arbeid toepassing vindt, gaat opnieuw terug op het volgend argument: de analyse waarop deze parameter aanstuurt, maakt volgens deze theorie maximaal gebruik van geldige veronderstellingen rond de feitelijke verbanden tussen zintuiglijk waarneembare kenmerken en het betrokken kenmerk van een resultaat van intellectuele arbeid. De theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten' neemt immers aan dat de *concrete* zintuiglijk waarneembare kenmerken die relevante referentie-incorporatie *daadwerkelijk* dankt aan het betrokken resultaat van intellectuele arbeid, nu eenmaal het meest objectieve aanknopingspunt is om hypothesen te formuleren rond het *soort* zintuiglijk waarneembare kenmerken van bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare manifestaties waarin het betrokken resultaat van intellectuele arbeid toepassing kan vinden. Ook hier geldt volgens de theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten' dan opnieuw dat de betrokken analyse niet volstrekt objectief is, maar wel zo objectief mogelijk, rekening houdend met het gegeven dat de aan de mens interne bewustzijnsfenomenen bij het leveren van intellectuele arbeid nu eenmaal geen empirische kennis toelaten.

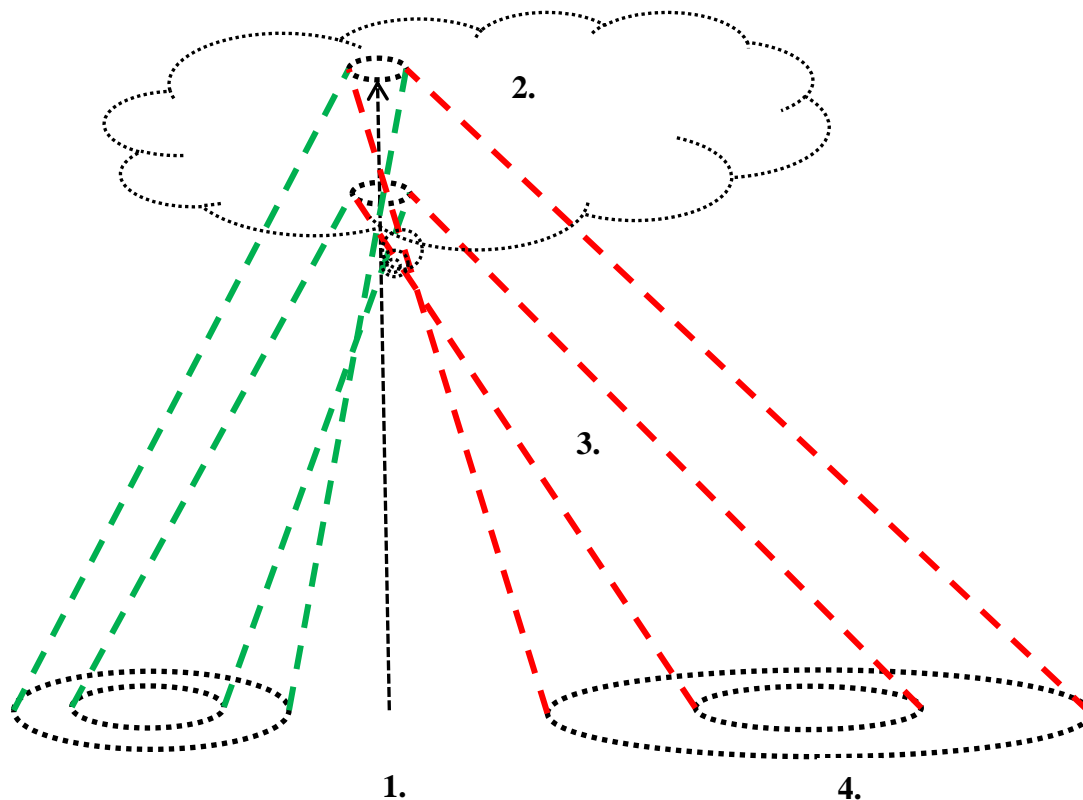
b. Denkoperaties rond gelijkenissen

Volgens de 'theorie rond intellectueelrechtelijke lasten' is het aangewezen om, binnen een intellectueel recht, de aanwijzingen van de concrete bepalingen en beginselen rond de afbakening van het 'object' van de verleende exclusieve bevoegdheid, als volgt te verstaan: als aanwijzingen rond de concrete 'denkoperatie rond gelijkenissen' die het betrokken intellectuele recht preciseert en oplegt om in een concreet geval te beoordelen of een zintuiglijk waarneembare manifestatie, in beginsel, tot het 'object' te rekenen is van de exclusieve bevoegdheid die een intellectueel recht verleent bij het toekennen van bescherming naar aanleiding van een bepaald resultaat van inspanningen. Hun aanwijzingen rond de te verrichten concrete 'denkoperatie rond gelijkenissen' geven de betrokken bepalingen en beginselen volgens de 'theorie rond intellectueelrechtelijke lasten' dan met name door de invulling te preciseren van de parameters die archetypisch de uitvoering beheersen van deze 'denkoperatie rond gelijkenissen'. In wat volgt, gaan we opnieuw eerst (b.1) dieper in op de parameters binnen deze 'denkoperatie rond gelijkenissen'. Daarna (b.2.) bespreken we dan hoe een interpretatie van de betrokken bepalingen en beginselen rond de afbakening van het 'object', als een concrete invulling van deze parameters binnen de 'denkoperatie rond gelijkenissen', kan bijdragen tot een zo objectief mogelijke afstelling van het betrokken ingrijpen van intellectuele rechten.

b.1. De parameters binnen de 'denkoperatie rond gelijkenissen'

De concrete bepalingen en beginselen van een intellectueel recht die aanwijzingen geven rond de afbakening van het 'object' van de exclusieve bevoegdheid die dit intellectuele recht verleent bij het toekennen van bescherming naar aanleiding van een bepaald resultaat van inspanningen, zijn volgens de 'theorie rond intellectueelrechtelijke lasten', zoals aangegeven, in de regel dus te verstaan als aanwijzingen rond de volgende vier parameters binnen een concrete 'denkoperatie rond gelijkenissen':

- 1.) de aanduiding van de relevante referentiekenmerken, binnen een relevante referentie-incorporatie van het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, die als geschikt uitgangspunt gelden om het 'object' af te bakenen
- 2.) het *niveau van abstractie* waarop voor de afbakening van het 'object' een vergelijking door te voeren is tussen de kenmerken van een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie en de relevante referentiekenmerken die een relevante referentie- incorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen.
- 3.) de *mate van gelijkenissen* die, op het relevante niveau van abstractie, moet bestaan tussen de relevante referentiekenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen en de kenmerken van een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, om deze andere zintuiglijk waarneembare manifestatie tot het 'object' te rekenen
- 4.) de concrete *relevantie* van een voldoende gelijkenissen, op het relevante niveau van abstractie, tussen de relevante referentiekenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen en de kenmerken van een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, om deze zintuiglijk waarneembare manifestatie ook daadwerkelijk tot het 'object' te rekenen.



Een *eerste parameter* binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ heeft dus betrekking op het bepalen van de relevante referentietekens, binnen een relevante referentie-incorporatie van het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, die als geschikt uitgangspunt gelden om het ‘object’ af te bakenen. Bij deze parameter gaat het er met name om vast te leggen welke zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen een relevante referentie-incorporatie van een resultaat van inspanningen dat aanleiding gaf tot het toekennen van bescherming, dan inderdaad als referentiepunt kunnen dienen om te beoordelen of een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie tot het ‘object’ behoort van de exclusieve bevoegdheid die een intellectueel recht verleent bij het toekennen van bescherming naar aanleiding van een bepaald ‘resultaat’ van inspanningen. Binnen het auteursrecht bijvoorbeeld is de invulling van deze eerste parameter met name gegeven door het beginsel dat de afbakening van het ‘object’ van de toegekende auteursrechtelijke bescherming, met name bij het traceren van eventuele inbreuken, in de regel begint met de vaststelling van de ‘beschermde elementen’ van het ‘werk’⁹⁴⁵.

Een *tweede parameter* binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ betreft dus, het niveau van abstractie, waarop voor de afbakening van het ‘object’ een vergelijking door te voeren is tussen de kenmerken van een zintuiglijk waarneembare manifestatie en de relevante referentietekens die een relevante referentie- incorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen. Bij deze parameter rond de relevante graad van abstractie bij het afbakenen van het ‘object’ gaat het er dan met name om dat ook de kenmerken van een zintuiglijk waarneembare manifestatie en de relevante referentietekens die een relevante referentie- incorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, op verschillende niveaus van abstractie kunnen vergeleken worden. Hierbij is dan bijvoorbeeld opnieuw te denken aan het niveau van de vormkenmerken, het niveau van het uitgewerkte idee waarvan deze zintuiglijk waarneembare kenmerken blijf geven, of het niveau van het abstracte idee dat toepassing vindt binnen deze zintuiglijk waarneembare kenmerken⁹⁴⁶. Bij de invulling van de betrokken parameter rond abstractie legt een intellectueel recht nu in essentie een niveau van abstractie vast waarop of tot waar een voldoende gelijkenis tussen de kenmerken van een zintuiglijk waarneembare manifestatie en de relevante referentietekens die een relevante referentie- incorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, relevant kan zijn om de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie ook tot het ‘object’ te rekenen van de exclusieve bevoegdheid die het betrokken intellectuele recht verleent naar aanleiding van dit resultaat van inspanningen. Binnen het auteursrecht bijvoorbeeld geeft de zogeheten ‘vorm versus inhoud’-dichotomie opnieuw een invulling aan deze parameter rond de relevante graad van abstractie bij het afbakenen van het ‘object’. Deze ‘vorm versus inhoud’-dichotomie houdt, zoals aangegeven, in essentie in dat een auteursrechtelijke bescherming naar aanleiding van een ‘resultaat’ van inspanningen, zich in beginsel richt naar de concrete vormgeving die voortvloeit uit dit resultaat van inspanningen en niet aan de orde is voor de inhoud of de abstracte ideeën die voortvloeien uit dit ‘resultaat’ van inspanningen⁹⁴⁷. In wezen geeft deze ‘vorm versus

⁹⁴⁵ Zie in dit verband, bijvoorbeeld: A. STROWEL, "La contrefaçon en droit d'auteur: conditions et preuve ou *pas de contrefaçon sans 'plagiat'* (noot bij Voorz. Rb Bergen 18 november 2005)", *Auteurs & Media* 2006, p. 268 ("une reprise ou utilisation par le défendeur des éléments protégés de l'œuvre"); J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Kluwer, Deventer, 2005, p. 158 en 164.

⁹⁴⁶ Vergelijk bijvoorbeeld: M. FLAMÉE, "Beschermingsomvang van octrooien, Equivalentiemethode" in P. VANCRAESBEECK (ed.), *Problemen van Octrooirecht*, Diegem, Kluwer, 1994, p.313-314 ("de equivalentiemethode beoogt dan te preciseren welke graad van abstrahering geoorloofd is bij de analyse van de concreet omschreven verschijningsvorm van de uitvinding"); LEARNED HAND stelt in dit verband meerbepaald: "Upon any work, and especially upon a play, a great number of patterns of increasing generality will fit equally well, as more and more of the incident is left out. The last may perhaps be no more than the most general statement of what the play is about, and at times might consist only of its title; but there is a point in this series of abstractions where they are no longer protected, since otherwise the playwright could prevent the use of his 'ideas,' to which, apart from their expression, his property is never extended." Circuit Court of Appeals, Second Circuit, 10 november 1930, (Nichols v. Universal Pictures Corporation), 45 F.2d, p. 119, (p.121); Voor een toepassing in recentere rechtspraak: House of Lords 23 november 2000, (Designers Guild Ltd. v. Russell Williams), *WLR*, p. 2416 (p.2423) (Daar overweegt Lord HOFFMANN: "At that level of abstraction, the idea, though expressed in the design, would not have represented sufficient of the author's skill and labour as to attract copyright protection.).

⁹⁴⁷ Uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: art 9.2. TRIPS dat bepaalt: "De bescherming van het auteursrecht strekt zich uit tot uitdrukkingsvormen en niet tot denkbeelden, procedures, werkwijzen of mathematische concepten als

inhoud'-dichotomie volgens de theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten' daarmee dus ook aan dat, gelijkenissen op het niveau van abstractie van het abstracte idee, tussen de kenmerken van een zintuiglijk waarneembare manifestatie en de relevante referentiekenmerken die een relevante referentie- incorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, niet relevant zijn om de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie ook tot het 'object' te rekenen van de exclusieve bevoegdheid die het auteursrecht verleent naar aanleiding van dit resultaat van inspanningen.

De *derde parameter* binnen de 'denkoperatie rond gelijkenissen' betreft, zoals aangegeven, dus de mate van gelijkenissen die, op het relevante niveau van abstractie, moet bestaan tussen de relevante referentiekenmerken die de relevante referentie-inkorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen en de kenmerken van een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, om deze andere zintuiglijk waarneembare manifestatie tot het 'object' te rekenen. Binnen het auteursrecht is een invulling van deze derde parameter bijvoorbeeld terug te vinden in het beginsel dat een 'substantiële gelijkenis' moet voorliggen met 'beschermd elementen' van het 'werk' om tot inbreuk te kunnen besluiten⁹⁴⁸. Minstens in het Britse recht is het in dit verband bijvoorbeeld ook gebruikelijk om de invulling van deze parameter verder te preciseren door aan te nemen dat zowel een kwalitatief als een kwantitatief substantiële gelijkenis met deze 'beschermd elementen' kan volstaan om tot inbreuk te besluiten⁹⁴⁹.

De *vierde parameter*, ten slotte, binnen de 'denkoperatie rond gelijkenissen' heeft dus betrekking op de *concrete relevantie* van een voldoende gelijkenissen, op het relevante niveau van abstractie, tussen de relevante referentiekenmerken die de relevante referentie-inkorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen en de kenmerken van een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, om deze zintuiglijk waarneembare manifestatie ook daadwerkelijk tot het 'object' te rekenen. Bij de invulling van deze vierde parameter geven bepalingen en beginselen binnen een intellectueel recht in wezen het volgende aan: welke eigenschappen de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een andere zintuiglijk waarneembare manifestaties nog moeten vervullen, *naast* het vertonen van voldoende gelijkenissen, op het relevante niveau van abstractie met de relevante referentiekenmerken die de relevante referentie-inkorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, opdat de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie ook daadwerkelijk onder het 'object' zou vallen van de exclusieve bevoegdheid die het betrokken intellectueel recht toekent naar aanleiding van dit resultaat van inspanningen. Binnen de intellectuele rechten volgt een invulling van deze vierde parameter bijvoorbeeld uit het vaak gehanteerde beginsel dat inbreuk 'ontlening' vereist en uit bepaalde opvattingen rond de inherente limieten van de toegekende bescherming. Het beginsel dat inbreuk ook 'ontlening' vereist, houdt immers in essentie in dat naast een voldoende gelijkenissen, op het relevante niveau van abstractie, met de relevante referentiekenmerken die de relevante referentie-inkorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, alvast nog een bijkomend vereiste vervuld moet zijn om daadwerkelijk tot inbreuk te besluiten: deze gelijkenissen moet hun verklaring kunnen vinden in het feit dat een persoon *kennis* had van deze relevante referentiekenmerken die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen én vervolgens *gelijkende* kenmerken aanwendde⁹⁵⁰. Bij de zonet aangehaalde opvattingen rond de inherente limieten van de

zodanig." Zie in die zin ook: L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 172.

⁹⁴⁸ Zie in dit verband, bijvoorbeeld: A. STROWEL, "La contrefaçon en droit d'auteur: conditions et preuve ou *pas de contrefaçon sans 'plagiat'* (noot bij Voorz. Rb Bergen 18 november 2005)", *Auteurs & Media* 2006, p. 268 ("*une identité ou une similarité substantielle*" ten aanzien van "des éléments protégés de l'œuvre").

⁹⁴⁹ Zie: art. 16 Britse Copyright, Designs and Patents Act 1988 met betrekking tot "*The acts restricted by copyright in a work*" bepaalt in zijn derde lid met name: "*References in this Part to the doing of an act restricted by the copyright in a work are to the doing of it— (a) in relation to the work as a whole or any substantial part of it, ...*"; High Court of Justice--Chancery Division, 15 april 1999 (*Cantor Fitzgerald International v. Tradition*), R.P.C. 2000, p. 95 (p.131: "*It follows that a copyist infringes if he appropriates a part of the work upon which a substantial part of the author's skill and labour were expended.*"); Zie ook: W. CORNISH en D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 454-455; L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 166 e.v..

⁹⁵⁰ Zie met betrekking tot deze vereiste van 'ontlening' binnen de intellectuele rechten, bijvoorbeeld: J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Kluwer, Deventer, 2005, p. 165-166 ("*Daarentegen is van inbreuk geen sprake als hij van dat werk geen gebruik heeft gemaakt, het wellicht in het geheel niet kende, maar slechts*

toegekende bescherming is dan met name te denken aan, weliswaar vaak bediscussieerde opvattingen, die inhouden dat zintuiglijk waarneembare manifestaties, ondanks én voldoende gelijkenissen, op het relevante niveau van abstractie, én ‘ontlening’ ten aanzien van de relevante referentiekenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, geen aanleiding geven tot inbreuk indien zij *in concreto* niet resulteren in een bijkomende, zelfstandige mogelijkheid om het beschermde resultaat van inspanningen te genieten⁹⁵¹.

In het licht van hun invulling van de vier zonet besproken archetypische parameters die samen aansturen op een ‘denkoperatie rond gelijkenissen’, willen intellectuele rechten, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, zoals aangegeven, de afbakening van de groep zintuiglijk waarneembare manifestaties die samen het ‘object’ uitmaken van de exclusieve bevoegdheid die ze verlenen, in concrete gevallen uiteindelijk dus afhankelijk maken van een beoordeling rond het volgende: of er, tussen de zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie van inspanningen dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen en de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een zintuiglijk waarneembare manifestatie, een gelijkenis bestaat die relevant is en, bekeken op het relevante niveau van abstractie en op het vlak van hun capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, ook voldoende groot is om aannemelijk te maken dat de capaciteit om gelijkenis behoeftbevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie dankt aan haar zintuiglijk waarneembare kenmerken die deze gelijkenis vertonen in wezen eveneens teruggaat op het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen.

b.2. De afstelling van het ingrijpen via de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’

een eigen werk heeft geschapen dat een zekere gelijkenis vertoont met het oudere werk. Anders gezegd het auteursrecht beschermt alleen tegen ontlening; het geeft geen monopolie op een bepaalde vormgeving.”); A. STROWEL, "La contrefaçon en droit d'auteur: conditions et preuve ou pas de contrefaçon sans 'plagiat' (noot bij Voorz. Rb Bergen 18 november 2005)", *Auteurs & Media* 2006, p. 268; A. KOPFF, "Die Schutzsysteme im Immaterialgüterrecht", *GRURInt* 1983, p.351-356 (in het bijzonder p.354); DE VISSCHER en MICHAUX die met betrekking tot het auteursrecht stellen: "... *que le caractère indépendant de la création 'exonère face à l'action en contrefaçon',...*" F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du Droit d'Auteur et des Droits Voisins*, Brussel, Bruylant, 2000, p. 270; House of Lords, 1 februari 1979 (*L.B. (Plastics) v. Swish Products*), F.S.R. 1979, p. 145 (p. 149: "*Nor is there infringement if a person arrives by independent work at a substantial similar result to that sought to be protected. The protection given by the law of copyright is against copying, the basis of the protection being that one man must not be permitted to appropriate the result of another's labour.*").

⁹⁵¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: DREIER, die met betrekking tot tijdelijke, technische duplicaties in een digitale context, stelt dat het als algemene regel passend zou zijn om aan te nemen dat deze geen aanleiding geven tot ‘inbreuk’ indien ze niet leiden tot een "*neue Möglichkeit der Werknutzung*", "*neue, eigenständige Nutzungsmöglichkeit*" of "*gesteigerte Werknutzung*" mogelijk maken" T. DREIER, "Perspektiven einer Entwicklung des Urheberrechts" in J. BECKER en T. DREIER, *Urheberrecht und digitale Technologie*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, p. 135; Vergelijk in die zin ook: In die zin ook: U. LOEWENHEIM, "§44 a Vorübergehende Vervielfältigungshandlungen" in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p. 966 ("*neue, eigenständige Nutzungsmöglichkeit*"), Vergelijk ook: H.v.J. 22 december 2010, C-393/09 (*Bezpečnostní softwarová asociace – S vaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury*), r.o. 57 ("*Wanneer een grafische gebruikersinterface echter tijdens een televisie-uitzending wordt getoond, nemen de televisiekijkers op zuiver passieve wijze kennis van deze interface, zonder dat zij hierin kunnen ingrijpen. Zij kunnen dus geen gebruik maken van de functie van voornoemde interface, die erin bestaat interactie tussen het computerprogramma en de gebruiker ervan mogelijk te maken. Aangezien de grafische gebruikersinterface, wanneer hij tijdens een televisie-uitzending wordt getoond, niet beschikbaar wordt gesteld aan het publiek, waardoor de leden van dat publiek toegang zouden verkrijgen tot het wezenlijke bestanddeel van deze interface, namelijk de interactie met de gebruiker, vindt er geen mededeling van de grafische gebruikersinterface aan het publiek plaats in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.*"); Vergelijk ook: E. POUILLET, *Brevets d'invention et contrefaçon*, Parijs, Marchal et Billard, 1899, Nr. 664 ("*La décision serait tout autre s'il s'agissait d'un modèle réduit destiné à donner l'idée de l'objet breveté, de son mécanisme, de sa construction, sans que dans ses dimensions, il pût être appliqué à l'industrie et produire un travail utile. Ce n'est alors qu'un dessin en relief d'un objet breveté, et il ne nous paraît pas plus possible de le poursuivre comme contrefaçon que l'on ne pourrait poursuivre à ce titre la reproduction par le dessin, par la gravure ou par la photographie*").

De bepalingen en beginselen binnen een intellectueel recht die aanwijzingen geven rond de afbakening van het 'object', interpreteren als aanwijzingen rond een concrete 'denkoperatie rond gelijkenissen', is volgens de 'theorie rond intellectueelrechtelijke lasten' dan met name aangewezen om het volgende te bereiken: de afbakening van dit 'object', aan de hand van deze bepalingen en beginselen, zo objectief mogelijk afstellen op die feitelijke omstandigheden die in het licht van de nagestreefde beleidsdoelstellingen relevant kunnen zijn bij deze afbakening. Met het oog op een dergelijke afstelling van het betrokken ingrijpen, biedt deze interpretatie van de betrokken bepalingen en beginselen volgens de 'theorie rond intellectueelrechtelijke lasten' met name de volgende voordelen. In de eerste plaats (b.2.1.) laat deze interpretatie, volgens de theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten' toe om daarbij zo objectief mogelijk rekening te houden met de aan de mens interne bewustzijnsfenomenen rond intellectuele arbeid die, met het oog op een afstelling in het licht van de nagestreefde beleidsdoelstellingen, relevante feitelijke omstandigheden zijn bij de afbakening van het object. Ten tweede (b.2.2.) biedt deze interpretatie een duidelijk aanknopingspunt om bij de afbakening van het 'object' overeenkomstig het nagestreefde beleid, ook eventueel rekening te houden met die concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties, die niet meteen verband houden met het al dan niet teruggaan op het bescherming motiverende resultaat van inspanningen.

b.2.1. Een afstelling in het licht van relevante aan de mens interne bewustzijnsfenomenen

Een interpretatie van de bepalingen en beginselen rond de afbakening van het 'object' als aanwijzingen voor een concrete 'denkoperatie rond gelijkenissen', biedt volgens de theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten' in de eerste plaats dus het volgende voordeel met het oog op een zo objectief mogelijke afstelling van het betrokken ingrijpen op de, in het licht van de nagestreefde beleidsdoelstellingen, relevante feitelijke omstandigheden: deze interpretatie laat toe om bij de afbakening van het 'object' zo objectief mogelijk rekening te houden met de aan de mens interne bewustzijnsfenomenen rond intellectuele arbeid die, in het licht van de nagestreefde beleidsdoelstellingen, relevante feitelijke omstandigheden zijn bij de beoordeling rond de afbakening van het 'object'. De verklaring hiervoor, volgens de theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten', is in wezen dat deze interpretatie toelaat om de aanwijzingen van de betrokken bepalingen en beginselen te verstaan als aanwijzingen rond specifieke deelanalyses die zo objectief mogelijke hypothesen toelaten rond de betrokken aan de mens interne bewustzijnsfenomenen.

Bij haar zonet vermelde pleidooi voor een interpretatie van de bepalingen en beginselen rond de afbakening van het 'object' als aanwijzingen voor een concrete 'denkoperatie rond gelijkenissen' neemt de theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten' aan dat de afbakening van het 'object' van de door het intellectuele recht verleende exclusieve bevoegdheid overeenkomstig de nagestreefde beleidsdoelstellingen, in beginsel, vraagt om uitsluitel te kunnen krijgen rond het volgende gegeven dat verband houdt met aan de mens interne bewustzijnsfenomenen rond intellectuele arbeid: of aan te nemen is dat de capaciteit van een bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestatie om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, in wezen teruggaat op het resultaat van intellectuele arbeid dat ook motiveert waarom het betrokken intellectuele recht bescherming toekende.

In het licht van haar zonet vermelde veronderstelling rond de aan de mens interne bewustzijnsfenomenen die relevant zijn bij de afbakening van het 'object', is het volgens de theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten' dan met name aangewezen om de concrete bepalingen en beginselen rond de afbakening van het 'object', door middel van hun interpretatie als een invulling van de archetypische parameters binnen de betrokken 'denkoperatie rond gelijkenissen', als aanwijzingen te verstaan rond de volgende specifieke deelanalyses: 1.) een specifieke analyse rond 'kennis' en 'gelijkenis' die verder bouwt op de eerder besproken 'denkoperatie rond verschillen' in het kader van het toekennen van bescherming en 2.) een specifieke toetsing rond de relevantie *in concreto* van 'kennis' en 'gelijkenis' in het licht van een overname van de capaciteit tot het teweegbrengen van dezelfde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen.

(1.) Een specifieke deelanalyse rond 'kennis' en 'gelijkenis'

Om de gevallen te traceren waarin te overwegen is dat de capaciteit van een bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestatie om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, in wezen teruggaat op

het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid, is het volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dus in de eerste plaats aangewezen om in de concrete bepalingen en beginselen rond de afbakening van het ‘object’ aanwijzingen te lezen voor het volgende: een specifieke analyse rond ‘kennis’ en ‘gelijkenis’ die verder bouwt op de eerder besproken ‘denkoperatie rond verschillen’ in het kader van het toekennen van bescherming. Bij deze specifieke analyse rond ‘kennis’ en ‘gelijkenis’ gekoppeld aan de betrokken ‘denkoperatie rond verschillen’ gaat het dan concreet om een analyse die, op het niveau van abstractie dat volgens deze ‘denkoperatie rond verschillen’ het ‘aanwendingsscala’ dekt van het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid⁹⁵², de gelijkenissen onderzoekt tussen: a.) de zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die een relevante referentie-incorporatie dankt aan dit bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid en b.) de zintuiglijk waarneembare kenmerken die een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie meekreeg van een persoon om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, op een moment dat deze persoon *kennis* had van de betrokken zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan dit bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid.

Haar voorkeur om bij de afbakening van het ‘object’ van de door het intellectuele recht verleende exclusieve bevoegdheid terug te vallen op de zonet omschreven specifieke analyse rond ‘kennis’ en ‘gelijkenis’ gekoppeld aan de ‘denkoperatie rond verschillen’, baseert de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dan met name op de volgende opvatting: om de gevallen te traceren waarin te overwegen is dat de capaciteit van een bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestatie om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, in wezen teruggaat op het resultaat van intellectuele arbeid dat ook motiveert waarom het betrokken intellectuele recht bescherming toekeende, maakt deze analyse maximaal gebruik van geldige veronderstellingen rond feitelijke verbanden tussen zintuiglijk waarneembare kenmerken en de betrokken relevante aan de mens interne bewustzijnsfenomenen.

Bij het traceren van gevallen waarin te overwegen is dat de capaciteit om, via gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken, gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, in wezen teruggaat op het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid, kunnen we volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, in de eerste plaats immers uitgaan van de volgende veronderstelling: de analyse en parameters om het bestaan en de kenmerken vast te stellen van het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid, binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ in het kader van het toekennen van bescherming, kunnen ook als basis dienen om, in het kader van de afbakening van het ‘object’, rekening te houden met het bestaan en de kenmerken van dit bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid bij het traceren van toepassingen ervan. De theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ neemt dus met name aan dat het mogelijk is om bij de afbakening van het ‘object’ van de exclusieve bevoegdheid die een intellectueel recht verleent, verder te bouwen op de analyse en parameters binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ die, bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming, aannemelijk maakten dat sprake is van een resultaat van intellectuele arbeid van de soort die het betrokken intellectuele recht vereist voor het toekennen van zijn bescherming, met name dus een resultaat van intellectuele arbeid met het door het betrokken intellectuele recht vereiste ‘aanwendingsscala’ binnen bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare kenmerken van bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare manifestaties.

In de tweede plaats kunnen we, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, bij het traceren van gevallen waarin te overwegen is dat de capaciteit om, via gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken,

⁹⁵² In dit verband herinneren we eraan dat, bij het toekennen van bescherming, de ‘denkoperatie rond verschillen’ met name vraagt om het ‘aanwendingsscala’ van het resultaat van intellectuele arbeid na te gaan door de graad van abstractie te onderzoeken tot waar kenmerken ontleend aan het betrokken resultaat van intellectuele arbeid inderdaad verschillen blijven vertonen ten aanzien van de relevantie referentiegroep die intellectuele arbeid aannemelijk maken. De veronderstelling hier is nu met name dat de graad van abstractie ten aanzien van zintuiglijk waarneembare kenmerken die bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming als graadmeter kan dienen om het ‘aanwendingsscala’ vast te stellen van het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid, ook als graadmeter kan dienen om rekening te houden met het ‘aanwendingsscala’ van dit resultaat van intellectuele arbeid bij het afbakenen van de omvang van de toegekende bescherming.

gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, in wezen teruggaat op het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid, dan ook uitgaan van de volgende veronderstelling: dat indien een persoon *kennis* heeft van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die hun capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen inderdaad danken aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid van een initiële bedenker, dit in beginsel ook aannemelijk maakt dat de capaciteit van, op het relevante niveau van abstractie, voldoende *gelijkende* zintuiglijk waarneembare kenmerken die deze persoon vervolgens aanwendt om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, zal te danken zijn aan dit bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid van deze initiële bedenker. Het relevante niveau van abstractie in deze veronderstelling slaat daarbij dan met name op het niveau van abstractie dat volgens de ‘denkoperatie rond verschillen’ in het kader van het toekennen van bescherming te hanteren is ten aanzien van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die voortvloeien uit het betrokken bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid om rekening te houden met het ‘aanwendingsscala’ van dit resultaat van intellectuele arbeid.

De zonet vermelde tweede veronderstelling gaat daarbij, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, dan met name in essentie terug op het fenomeen dat we hierboven reeds aangeduid hebben als het onvermogen om nog intellectuele arbeid te leveren gericht op het bedenken van reeds gekende kenmerken. Bij dit fenomeen gaat het er zoals aangegeven om dat, indien een persoon een zintuiglijk waarneembare manifestatie zintuiglijk waarneembare kenmerken geeft, die *niet of onvoldoende verschillen* van de zintuiglijk waarneembare kenmerken, die hij op dat moment *kent* van andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, ook uit te sluiten is dat deze persoon daarbij intellectuele arbeid leverde gericht op het bedenken van de betrokken gelijkende kenmerken. Alle pogingen van deze persoon om toch nog op eigen kracht intellectuele arbeid te leveren gericht op het bedenken van gelijkende kenmerken zullen dan immers, zoals aangegeven, falen omwille van de volgende reden: deze persoon zal daarbij niet kunnen vermijden om meteen al te denken aan de bestaande kenmerken die hij reeds kent. Het vergaat deze persoon daarbij dan, zoals gezegd, net als mensen die, wanneer hen gevraagd wordt om niet aan een nijlpaard te denken, onvermijdelijk aan een nijlpaard moeten denken.

In de constellatie van feitelijke omstandigheden die centraal staat binnen de zonet omschreven tweede veronderstelling, speelt het onvermogen om nog intellectuele arbeid te leveren gericht op het bedenken van reeds gekende kenmerken, dan met name als volgt: indien een persoon *kennis* heeft van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die hun capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen inderdaad danken aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid van een initiële bedenker, is aan te nemen dat de capaciteit van, op het niveau van abstractie dat het ‘aanwendingsscala’ dekt van dit resultaat van intellectuele arbeid, voldoende *gelijkende* zintuiglijk waarneembare kenmerken die deze persoon vervolgens aanwendt om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, daarbij niet steunt op eigen ‘adequate intellectuele arbeid’ van deze persoon maar integendeel, in zoverre de betrokken capaciteit intellectuele arbeid vroeg, op het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid van de initiële bedenker. Eigen ‘adequate intellectuele arbeid’ verwijst hierbij dan met name naar intellectuele arbeid die ook, op zich genomen en zonder de mogelijkheid om kenmerken over te nemen die een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid, zou volstaan om tot een aanwending te komen van zintuiglijk waarneembare kenmerken met de betrokken capaciteit om het genot te verschaffen van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen⁹⁵³. In de zonet omschreven constellatie van omstandigheden binnen deze tweede veronderstelling is eigen ‘adequate intellectuele arbeid’ van de betrokken persoon daarbij dan met name dus uitgesloten omwille van zijn inherent onvermogen om nog intellectuele arbeid te leveren gericht op het bedenken van reeds gekende kenmerken. Het gaat er in het licht van de zonet omschreven tweede veronderstelling dus bijvoorbeeld concreet om dat indien een schilder, een bestaand schilderij zag, en, vervolgens een nieuw schilderij maakt met dezelfde compositie, deze schilder onmogelijk kan beweren dat hij voor zijn eigen schilderij nog intellectuele arbeid leverde rond het bedenken van de compositie,

⁹⁵³ Hierbij is op te merken dat de kwalificatie van de inspanningen als ‘adequaat’ of ‘inadequaat’, zoals wij deze termen verstaan, niet bepaald is door de kwantiteit van de inspanningen maar enkel door de capaciteit van deze inspanningen om een bepaald resultaat op te leveren. Zo kan een persoon bijvoorbeeld, in termen van de geïnvesteerde tijd en moeite, kwantitatief meer inspanningen leveren in mislukte pogingen om een klomp te maken, als het een ervaren klompenmaker vraagt om een klomp te maken. De onhandigheid van de betrokken persoon maakt echter dat zijn concrete inspanningen niettemin ‘inadequaat’ zijn om een klomp te maken.

die ook op zichzelf en zonder kennis van het eerste schilderij, zou volstaan om tot een dergelijke compositie te komen. In dit concrete voorbeeld is het voor de betrokken schilder immers inherent onmogelijk om nog intellectuele arbeid te leveren gericht op het bedenken van de door hem reeds gekende kenmerken van de compositie van zijn schilderij. In zoverre de compositie van zijn schilderij teruggaat op intellectuele arbeid is dit in dit voorbeeld dan met name de intellectuele arbeid van de persoon die initieel de compositie bedacht die te zien is in het bestaande schilderij.

In het licht van de zonet omschreven tweede veronderstelling en het passende toepassingsgebied van de daarop gebaseerde analyse rond ‘kennis’ en ‘gelijkenis’ gekoppeld aan de ‘denkoperatie rond verschillen’, is het volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dan met name ook belangrijk om het volgende te observeren: dat deze veronderstelling enkel opgaat rond resultaten van intellectuele arbeid en niet rond resultaten van handenarbeid. De verklaring hiervoor is in wezen dat, waar zich rond intellectuele arbeid het fenomeen voordoet dat we aangeduid hebben als het onvermogen om nog intellectuele arbeid te leveren gericht op het bedenken van reeds gekende kenmerken, een dergelijk fenomeen zich niet voordoet rond handenarbeid. Indien een persoon een zintuiglijk waarneembare manifestatie zintuiglijk waarneembare kenmerken geeft, die *niet of onvoldoende verschillen* van de zintuiglijk waarneembare kenmerken, die hij op dat moment *kent* van andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, is, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, immers niet te sluiten dat deze persoon daarbij nog handenarbeid leverde gericht op het creëren van de betrokken gelijkende kenmerken, en is al evenmin uit te sluiten dat deze persoon daarbij op grond van eigen ‘adequate handenarbeid’ tot de betrokken gelijkende kenmerken kwam en hun capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen. Eigen ‘adequate handenarbeid’ verwijst hierbij dan met name naar handenarbeid die ook, op zich genomen en zonder de mogelijkheid om kenmerken over te nemen die een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie dankt aan een eerder resultaat van inspanningen, zou volstaan om tot een aanwending te komen van de betrokken zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan verbonden capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen. Indien een persoon *kennis* heeft van zintuiglijk waarneembare kenmerken die hun capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan het resultaat van *handenarbeid* van een initiële maker, en deze persoon, vervolgens, voldoende *gelijkende* zintuiglijk waarneembare kenmerken aanwendt om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, is, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ in beginsel met name steeds rekening te houden met twee hypothesen. Enerzijds is er in deze constellatie van feitelijke omstandigheden dan inderdaad rekening te houden met de hypothese dat de betrokken persoon tot *gelijkende* kenmerken komt en de daaraan verbonden *gelijkende* capaciteit tot behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen als deze die hij *kent* van incorporaties van het resultaat van *handenarbeid* van een initiële maker, door daarbij gebruik te maken van technische middelen die een mogelijkheid scheppen om, met ‘inadequate inspanningen’, een zintuiglijk waarneembare manifestatie *gelijkende* zintuiglijk kenmerken en daaraan verbonden *gelijkende* capaciteit tot behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te geven. Anderzijds is er in de zonet omschreven constellatie van feitelijke omstandigheden echter ook rekening te houden met de hypothese dat de betrokken persoon tot *gelijkende* kenmerken komt en de daaraan verbonden *gelijkende* capaciteit tot behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen als deze die hij *kent* van incorporaties van het resultaat van *handenarbeid* van een initiële maker, door op eigen kracht ‘adequate inspanningen’ te leveren. We menen deze twee hypothese daarbij met name te kunnen illustreren aan de hand van het reeds aangehaalde voorbeeld van een cd-rom die de meetresultaten bevat van een onderzoek waarbij een onderzoeker aan de hand van algemeen gekende proefopstelling noteerde welke inkrimping en uitzetting duizend metaallegeringen kennen bij elk interval van één graad Celsius tussen min en plus vijftig graden Celsius. Indien een andere persoon, die de initiële cd-rom *kende* later een cd-rom blijkt vervaardigd te hebben met *dezelfde* of *gelijke* meetresultaten is er dan in de eerste plaats rekening mee te houden dat hij tot deze gelijkende cd-rom kwam door de initiële cd-rom te kopiëren via een technisch middel, bijvoorbeeld een cd-writer. Bij het gebruik van een dergelijke cd-writer geldt dan zoals aangegeven dat, zonder de mogelijkheid om deze bestaande cd-rom met meetresultaten te gebruiken, de concrete inspanningen om een cd-rom in de cd-writer te stoppen en de stappen te doorlopen van het kopieerprogramma niet zouden volstaan om tot een cd-rom te komen met data rond de inkrimping en uitzetting van duizend metaallegeringen bij elk interval van één graad Celsius tussen min en plus vijftig graden Celsius. Indien een andere persoon, die de initiële cd-rom *kende* later een cd-rom blijkt vervaardigd te hebben met *dezelfde* of *gelijke* meetresultaten is er dan in de tweede plaats echter ook rekening mee te houden dat hij tot deze gelijkende cd-rom kwam door de betrokken algemeen gekende proefopstelling te hernemen. In dit laatste geval levert deze andere persoon dan inspanningen die ook, zonder het

vooraf bestaan van de initiële cd-rom, zouden volstaan om tot een cd-rom te komen met de betrokken meetresultaten. Waar de toepassing van de hierboven beschreven specifieke analyse rond ‘kennis’ en ‘gelijkenis’ in het licht van een resultaat van *intellectuele arbeid* dus reeds toelaat om te besluiten dat, in beginsel, aan te nemen is dat in een concreet geval de capaciteit om, via gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken, gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, te danken is aan dit resultaat van intellectuele arbeid, laat de toepassing van deze analyse rond ‘kennis’ en ‘gelijkenis’ in het licht van een resultaat van *handenarbeid* daarentegen dus op zich nog alle opties open rond de vraag of in een concreet geval de capaciteit om, via gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken, gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, te danken is aan dit resultaat van *handenarbeid*.

Door een beroep te doen op de beide zonet vermelde veronderstellingen rond feitelijke verbanden tussen zintuiglijk waarneembare kenmerken en de betrokken relevante aan de mens interne bewustzijnsfenomenen, laat de hierboven omschreven specifieke analyse rond ‘kennis’ en ‘gelijkenis’ gekoppeld aan de ‘denkoperatie rond verschillen’, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, dan uiteindelijk een zo objectieve mogelijke analyse toe om de gevallen te traceren waarin te overwegen is dat de capaciteit van een bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestatie om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, in wezen teruggaat op het resultaat van intellectuele arbeid dat ook motiveert waarom het betrokken intellectuele recht bescherming toekende. De betrokken analyse rond ‘kennis’ en ‘gelijkenis’ gekoppeld aan de ‘denkoperatie rond verschillen’ is daarbij niet vrij van, in wezen, subjectieve appreciaties. Ten eerste bouwt deze analyse verder op de hierboven besproken subjectieve appreciaties die binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ aan de orde zijn om het bestaan en de kenmerken vast te stellen van een bepaald resultaat van intellectuele arbeid. Daarnaast stuurt deze analyse rond ‘kennis’ en ‘gelijkenis’ met name ook aan op een in wezen subjectieve beoordeling waar deze analyse vraagt om het volgende te beoordelen: of de zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid en de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie voldoende gelijkend zijn om aannemelijk te maken dat zij een capaciteit inhouden om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die teruggaat op dit bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid. Aangezien de aan de mens interne bewustzijnsfenomenen bij het leveren van intellectuele arbeid en bij het ervaren van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen nu eenmaal geen empirische kennis toelaten, zijn de zonet aangehaalde subjectieve appreciaties, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, echter niet te vermijden, tenminste indien daadwerkelijk rekening te houden is met deze betrokken relevante aan de mens interne bewustzijnsfenomenen. De hierboven besproken specifieke analyse rond archetypische rollen in het doen ontstaan of voortzetten van ‘consumptieketens’, biedt volgens de betrokken theorie dan nog tenminste het volgende voordeel: deze analyse biedt een kader om hypothesen rond de vraag of een zintuiglijk waarneembare manifestatie haar capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen in wezen dankt aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid, zoveel mogelijk op een uniforme en gesystematiseerde wijze te toetsen aan de zintuiglijk waarneembare kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties en handelingen.

De parameters binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ bieden volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dan, het uitgelezen aanknopingspunt om toepassing te maken van de hierboven omschreven specifieke analyse rond ‘kennis’ en ‘gelijkenis’ gekoppeld aan de ‘denkoperatie rond verschillen’, met het oog op het traceren van de gevallen waarin te overwegen is dat de capaciteit van een bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestatie om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, te danken is aan het resultaat van intellectuele arbeid dat ook motiveert waarom het betrokken intellectuele recht bescherming toekende. Ten eerste vormen de volgende parameters binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ immers een concreet aanknopingspunt om, zoals de hierboven omschreven specifieke analyse rond ‘kennis’ en ‘gelijkenis’ vraagt verder te bouwen op de vaststellingen binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ rond het bestaan van een resultaat van intellectuele arbeid met het door het betrokken intellectuele recht vereiste ‘aanwendingsscala’ binnen bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare kenmerken van bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare manifestaties: 1.) de parameter rond de relevante referentiekenmerken en 2.) de parameter rond het *niveau van abstractie* waarop voor de afbakening van het ‘object’ een vergelijking door te voeren is. Daarnaast biedt de parameter rond de mate van gelijkenissen binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ een aanknopingspunt om gelijkenissen op te sporen die,

zoals de hierboven omschreven specifieke analyse rond ‘kennis’ en ‘gelijkenis’ vraagt, in beginsel, aannemelijk maken kunnen maken dat zij over een capaciteit beschikken tot het teweegbrengen van gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die teruggaat op eenzelfde resultaat van intellectuele arbeid. Ten slotte, biedt de parameter rond de concrete *relevantie* van voldoende gelijkenissen dan een aanknopingspunt binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ om, zoals de hierboven omschreven specifieke analyse rond ‘kennis’ en ‘gelijkenis’ vraagt, na te gaan of een persoon *kennis* had van de relevante referentiekenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen. Of de betrokken ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ daarbij dus ook daadwerkelijk aanstuurt op de hierboven beschreven analyse rond ‘kennis’ en ‘gelijkenis’ gekoppeld aan de ‘denkoperatie rond verschillen’, zal daarbij dus wel afhangen van de vraag of binnen het betrokken intellectuele recht de concrete bepalingen en beginselen rond de afbakening van het ‘object’ de betrokken parameters een concrete invulling geven die daarop aanstuurt.

(2.) De relevantie in concreto van ‘kennis’ en ‘gelijkenis’

Om dan te beslissen of een concrete zintuiglijk waarneembare manifestatie daadwerkelijk tot het ‘object’ te rekenen is, omdat deze zintuiglijk waarneembare manifestatie daadwerkelijk een capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dankt aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid, is het volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ in de tweede plaats ook aangewezen om in de concrete bepalingen en beginselen rond de afbakening van het ‘object’ aanwijzingen te lezen voor het volgende: een specifieke toetsing rond de relevantie *in concreto* van ‘kennis’ en ‘gelijkenis’ in het licht van een overname van de capaciteit tot het teweegbrengen van dezelfde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen. Het gaat hierbij dan met name om een specifieke toetsing die een, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ wenselijke, bijkomende controle toelaat rond de gevallen waarin, volgens de hierboven vermelde analyse rond ‘kennis’ en ‘gelijkenis’ gekoppeld aan de ‘denkoperatie rond verschillen’, te overwegen is dat de capaciteit van een bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestatie om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, in wezen te danken is aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid. Belangrijk voor de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ is daarbij met name dat deze specifieke toetsing rond de relevantie *in concreto* van ‘kennis’ en ‘gelijkenis’ een aanknopingspunt biedt om, in het licht van de concrete eigenschappen van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie, na te gaan of deze zintuiglijk waarneembare manifestatie *in concreto* aan de vastgestelde ‘gelijkenis’ en ‘ontlening’ inderdaad een capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dankt aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid. De betrokken specifieke toetsing rond de relevantie *in concreto* van ‘kennis’ en ‘gelijkenis’ laat dus concreet toe om de hierboven vermelde analyse rond ‘kennis’ en ‘gelijkenis’ gekoppeld aan de ‘denkoperatie rond verschillen’, betrouwbaarder te maken en waar nodig bij te sturen. Door aan te nemen dat de bepalingen en beginselen binnen een intellectueel recht die de afbakening van het ‘object’ beheersen, te interpreteren zijn als aanwijzingen rond de vier hierboven vermelde archetypische parameters binnen een concrete ‘denkoperatie rond gelijkenissen’, biedt volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dan met name het voordeel dat er een duidelijk aanknopingspunt is voor de zonet omschreven, wenselijke controle rond de relevantie *in concreto* van ‘kennis’ en ‘gelijkenis’: de specifieke parameter rond de concrete *relevantie* van een voldoende gelijkenissen, op het relevante niveau van abstractie, tussen de relevante referentiekenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen en de kenmerken van een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, om deze zintuiglijk waarneembare manifestatie ook daadwerkelijk tot het ‘object’ te rekenen.

b.2.2. Een afstelling in het licht van zintuiglijk waarneembare kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties

Een interpretatie van de bepalingen en beginselen rond de afbakening van het ‘object’, als aanwijzingen voor een concrete ‘denkoperatie rond gelijkenissen’, biedt, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ daarnaast ook het volgende voordeel met het oog op een zo objectief mogelijke afstelling van het betrokken ingrijpen op de, in het licht van de nagestreefde beleidsdoelstellingen, relevante feitelijke omstandigheden: deze interpretatie biedt een duidelijk aanknopingspunt om bij de afbakening van het ‘object’ overeenkomstig het nagestreefde beleid, eventueel ook rekening te kunnen houden met concrete eigenschappen van zintuiglijk

waarneembare manifestaties, *naast* de concrete eigenschappen ervan die aangeven dat zij een genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen toelaten die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen. In het kader van de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ biedt met name de invulling van de volgende archetypische parameter dan met name een duidelijk aanknopingspunt voor dergelijke overwegingen: de specifieke parameter rond de concrete *relevantie* van een voldoende gelijkenissen, op het relevante niveau van abstractie, tussen de relevante referentiekenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen en de kenmerken van een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, om deze zintuiglijk waarneembare manifestatie ook daadwerkelijk tot het ‘object’ te rekenen. Bij de uitvoering van de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ is er dus meteen een duidelijk aanknopingspunt om bij de afbakening van het ‘object’ bijvoorbeeld rekening te houden met het gegeven dat een zintuiglijk waarneembare manifestatie die zijn capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen inderdaad dankt aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid, *in concreto* gebruikt wordt binnen een gevangenis⁹⁵⁴.

c. Analyse rond consumptie-ketens

Volgens de ‘theorie rond intellectueelrechtelijke lasten’ is het, ten slotte, ook aangewezen om, binnen een intellectueel recht, de concrete bepalingen en beginselen rond de afbakening van de exclusieve bevoegdheid die dit intellectuele recht verleent over het ‘object’, als volgt te interpreteren: als aanwijzingen rond zintuiglijk waarneembare handelingen die, op grond van hun zintuiglijk waarneembare kenmerken, te kwalificeren zijn als handelingen met een bepaalde rol in het doen ontstaan of voortzetten van ‘consumptieketens’ rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’⁹⁵⁵. De ‘theorie rond intellectueelrechtelijke lasten’ gaat er daarbij, zoals aangegeven, vanuit dat aan te nemen is dat de categorieën voorbehouden handelingen binnen intellectuele rechten de rechthebbende in wezen zintuiglijk waarneembare handelingen voorbehouden rekening houdend met zes mogelijke, archetypische rollen van deze handelingen in het doen ontstaan of verderzetten van dergelijke ‘consumptieketens’⁹⁵⁶. In wat volgt, gaan we opnieuw eerst (c.1) dieper in op de zes archetypische rollen in het doen ontstaan of verderzetten van ‘consumptieketens’ die volgens de ‘theorie rond intellectueelrechtelijke lasten’ centraal staan bij de afbakening van de exclusieve bevoegdheid die intellectuele rechten verlenen over het ‘object’. Vervolgens (c.2.) bespreken we dan hoe een interpretatie van de betrokken bepalingen en beginselen rond de afbakening van de toegekende exclusieve bevoegdheid over het ‘object’, als verwijzingen naar deze archetypische rollen in het doen ontstaan of verderzetten van ‘consumptieketens’, kan bijdragen tot een zo objectief mogelijke afstelling van het betrokken ingrijpen van intellectuele rechten.

c.1. Archetypische rollen in het doen ontstaan of voortzetten van ‘consumptieketens’

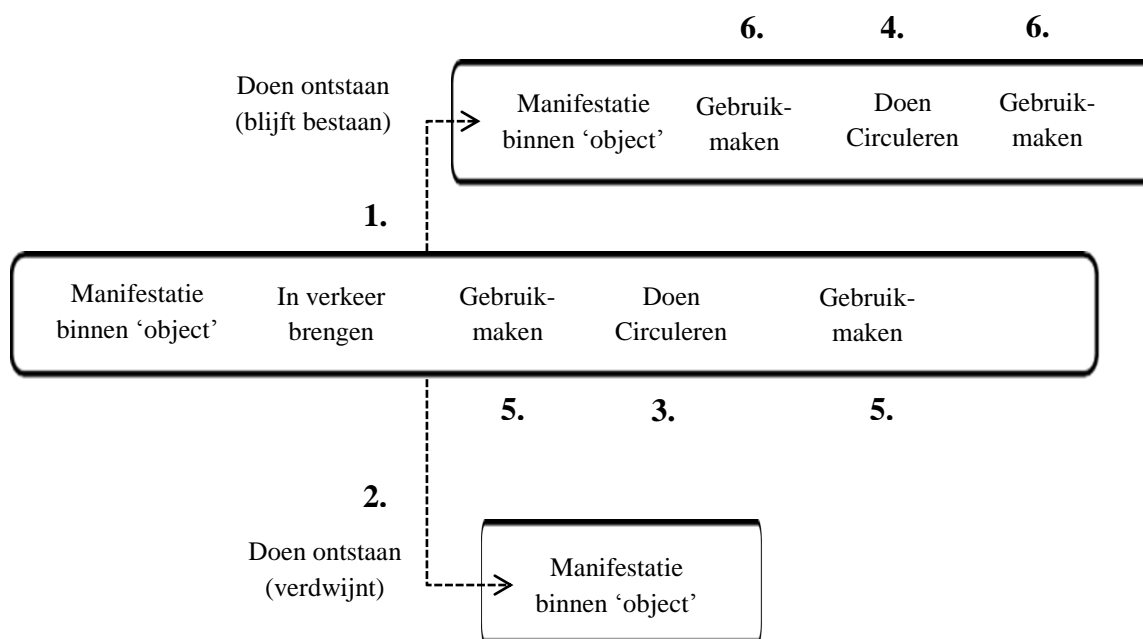
⁹⁵⁴ Zie bijvoorbeeld: art. 5.2., e) Richtlijn Informatiemaatschappij.

⁹⁵⁵ Een ‘consumptieketen’ verwijst in dit verband, zoals aangegeven, naar een reeks van één of meerdere zintuiglijk waarneembare handelingen, waarbij deze zintuiglijk waarneembare handelingen gekenmerkt zijn door de volgende eigenschappen: 1) deze handelingen worden na elkaar uitgevoerd ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie waarvan de zintuiglijk waarneembare kenmerken die ze dankt aan een bepaald resultaat van inspanningen een genot binnen specifieke ruimtelijke en temporele limieten toelaten van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door dit resultaat van inspanningen, en 2.) bij het zich voltrekken van deze handelingen ten aanzien van deze zintuiglijk waarneembare manifestatie dragen deze handelingen bij tot of resulteren ze in, een genot van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door het betrokken resultaat van inspanningen, *binnen* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen op grond van het gebruik van enkel die specifieke, zintuiglijk waarneembare manifestatie met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken.

⁹⁵⁶ In dit verband herinneren we er echter aan dat de aangehaalde zes archetypische rollen in het doen ontstaan of verderzetten van ‘consumptieketens’ volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ enkel het raamwerk vormen om de categorieën voorbehouden handelingen te interpreteren. Het hangt daarbij echter nog steeds af van de concrete regelgeving rond het betrokken intellectuele recht *of* en *in welke mate* dit intellectuele recht, via zijn bepalingen en beginselen rond zijn categorieën voorbehouden handelingen, zintuiglijk waarneembare handelingen met één van deze archetypische rollen al dan niet voorbehoudt aan de rechthebbende.

Bij de analyse rond archetypische rollen in het doen ontstaan of verderzetten van ‘consumptieketen’ gaat de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ zoals aangegeven uit van het volgende: de categorieën voorbehouden handelingen binnen een intellectueel recht houden de rechthebbende zintuiglijk waarneembare handelingen voor, in het licht van de rol die deze handelingen vervullen in het doen ontstaan of verderzetten van ‘consumptieketen’ rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’. De theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ neemt hierbij, zoals aangegeven, met name aan dat de categorieën voorbehouden handelingen daarbij te verstaan zijn als verwijzingen naar zintuiglijk waarneembare handelingen met één van de volgende zes archetypische rollen:

- (1) het **doen ontstaan** van een *nieuwe, alternatieve* ‘consumptieketen’ rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die ook **blijft bestaan** na de stopzetting van de betrokken handeling die aanleiding gaf tot deze alternatieve consumptieketen, *naast* de ‘consumptieketen’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende;
- (2) het **doen ontstaan** van een *nieuwe, alternatieve* consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die **verdwijnt** samen met de stopzetting van de betrokken handelingen die aanleiding gaf tot deze alternatieve consumptieketen, *naast* de ‘consumptieketen’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende;
- (3) de **voortzetting** van een *bestaande*, consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ door het **doen circuleren** van de zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende;
- (4) de **voortzetting** van een *bestaande*, alternatieve consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, *naast* de consumptieketen rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende, door het **doen circuleren** van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’;
- (5) de **voortzetting** van een *bestaande*, consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, door het **gebruikmaken** van de zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende; en, tenslotte
- (6) de **voortzetting** van een *bestaande* alternatieve consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, *naast* de consumptieketen rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van op grond van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende, door het **gebruikmaken** van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’.



De zonet vermelde archetypische rollen die volgens de ‘theorie rond intellectueelrechtelijke lasten’ centraal staan bij de afbakening van de exclusieve bevoegdheid die intellectuele rechten verlenen over het ‘object’, laten zich, volgens ons, dan het beste toelichten door de parameters te specificeren die maken dat een zintuiglijk waarneembare handeling een van deze archetypische rollen vervult. Om deze parameters te bespreken, richten we ons dan initieel naar, als het ware, het ‘hoofdonderscheid’ tussen de zonet vermelde archetypische rollen, met name het onderscheid tussen: het **doen ontstaan** en het **voortzetten** van ‘consumptieketens’ ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’.

Het doen ontstaan van ‘consumptieketens’

In de eerste plaats bespreken we dan met name de archetypische rollen, binnen het raamwerk van de analyse rond ‘consumptieketens’, die verband houden met het doen ontstaan van nieuwe, alternatieve ‘consumptieketens’ rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, *naast* de consumptieketens rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende.

Een zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’⁹⁵⁷ doet daarbij, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, dan met name een dergelijke nieuwe, alternatieve ‘consumptieketen’ ontstaan rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, als deze handeling het volgende teweegbrengt: de handeling wijzigt of dupliceert de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ op een manier die bijdraagt tot of resulteert in een genot van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, *buiten* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door middel van het gebruik van enkel die specifieke zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die met de toestemming van de rechthebbende ‘in het verkeer’ kwamen, zoals deze ‘in het verkeer’ kwamen, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken.

⁹⁵⁷ Het gaat hierbij dan met name om het ‘object’ van de door een intellectueel recht verleende exclusieve bevoegdheid.

De theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten' neemt daarbij dus aan dat er drie typische gevallen zijn waarin een zintuiglijk waarneembare handeling ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object' een nieuwe, alternatieve consumptieketen doet ontstaan rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen. Ten eerste is er de situatie, waarin een zintuiglijk waarneembare handeling ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object', aanleiding geeft tot een dergelijke nieuwe, alternatieve consumptieketen door het 'dupliceren' van de zintuiglijk waarneembare kenmerken van deze zintuiglijk waarneembare manifestatie in een bijkomende zintuiglijk waarneembare manifestatie. Deze situatie doet zich bijvoorbeeld voor indien iemand een fotokopie maakt van een exemplaar van een roman. Deze fotokopie zal immers een genot van de roman toelaten, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het genot van deze roman door middel van het gebruik van enkel het specifieke, ongewijzigde exemplaar van deze roman. De fotokopie laat immers bijvoorbeeld toe om de roman thuis verder te genieten terwijl het gekopieerde exemplaar van de roman zich reeds terug in de stadsbibliotheek bevindt. Ten tweede is er dan het geval, waarin een zintuiglijk waarneembare handeling ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object', resulteert in een nieuwe, alternatieve consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen door het 'wijzigen', preciezer het 'gewijzigd hernemen', van de zintuiglijk waarneembare kenmerken van deze zintuiglijk waarneembare manifestatie, zonder daarbij aanleiding te geven tot een bijkomende zintuiglijk waarneembare manifestatie. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn indien een rechthebbende een persoon een digitaal bestand overhandigt dat voorzien is van technische voorzieningen die maken dat dit digitale bestand toelaat om een lied slechts eenmaal te beluisteren en deze persoon vervolgens de technische voorziening die dit digitale bestand meekreeg van de rechthebbende zodanig wijzigt dat dit digitaal bestand voortaan toelaat om het lied vele malen te beluisteren. De wijzigingen die deze persoon aanbrengt in de zintuiglijk waarneembare kenmerken van het digitale bestand, laten dan immers uiteindelijk een genot toe van het lied, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van dit lied door middel van het gebruik van enkel het initiële, ongewijzigde digitale bestand.

Ten derde is er dan ook het geval, waarin een zintuiglijk waarneembare handeling ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object', resulteert in een nieuwe, alternatieve consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen door het initieel 'in het verkeer brengen' van deze zintuiglijk waarneembare manifestatie. Deze situatie doet zich bijvoorbeeld voor indien iemand een beeldhouwwerk verkoopt dat van de hand is van de beeldhouwer maar waarrond deze beeldhouwer nog niet zijn toestemming gaf om dit beeldhouwwerk 'in het verkeer' te brengen. Deze situatie doet zich evengoed voor indien een persoon de fotokopieën verkoopt die hij maakte van een exemplaar van een roman.

In dit verband is, ten slotte, op te merken dat een zintuiglijke waarneembare handeling die een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object' 'dupliceert' of 'wijzigt' enkel aanleiding zal geven tot een nieuwe 'consumptieketen' rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door het bescherming motiverende 'resultaat' van inspanningen, indien de betrokken wijziging of duplicatie ook een genot toelaat van deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, *buiten* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door middel van het gebruik van enkel de betrokken, ongewijzigde zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object'.

Uit de hierboven vermelde opsomming van de archetypische rollen binnen het raamwerk van de analyse rond 'consumptieketens', blijkt dan dat de theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten' aanneemt dat de uiteindelijke rol van zintuiglijk waarneembare handelingen die ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object' een nieuwe, alternatieve consumptieketens doen ontstaan rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, *naast* de consumptieketens rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object' die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende, in het kader van dit raamwerk, nog verder te ontleden is in het licht van de volgende additionele parameter: of de betrokken zintuiglijk waarneembare handeling daarbij een nieuwe, alternatieve 'consumptieketen' doet ontstaan die blijft bestaan dan wel verdwijnt bij het stopzetten van deze handelingen. In het licht van deze additionele parameter is dan een onderscheid mogelijk tussen alternatieve, niet-handelingsgebonden consumptieketens en alternatieve, handelingsgebonden consumptieketens.

Zintuiglijk waarneembare handelingen die een dergelijke alternatieve, niet-handelingsgebonden ‘consumptieketen’ doen ontstaan die dus zal blijven bestaan, ook nadat deze handelingen niet langer gesteld worden, zijn dan bijvoorbeeld het fotokopiëren van een exemplaar van een roman en, in de regel, het downloaden van een digitaal bestand dat een lied bevat. In beide gevallen resulteren deze handelingen immers in zintuiglijk waarneembare manifestaties, die in staat zullen zijn om, ook na de stopzetting van de handelingen die hen voortbrachten, de alternatieve ‘consumptieketens’ te laten voortbestaan die uit deze handelingen ontstonden. De fotokopie zal immers, ook na de stopzetting van het kopiëren waaraan ze haar ontstaan dankt, aanleiding geven tot een ‘consumptieketen’ rond het genot van de roman, met andere ruimtelijke en temporele limieten als het geval is binnen de consumptieketen, gebaseerd op het exemplaar van deze roman, dat als basis diende voor deze kopie. Ook bij het downloaden van het lied zal het gedownloade digitale bestand, na de stopzetting van het downloaden, verder de basis blijven vormen voor een ‘consumptieketen’ rond het genot van het betrokken lied met andere ruimtelijke en temporele limieten, als het geval is binnen de consumptieketen, gebaseerd op het digitale bestand, dat als basis diende voor deze download.

Zintuiglijk waarneembare handelingen daarentegen, die een alternatieve handelingsgebonden consumptieketen doen ontstaan rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, die dus zal verdwijnen van zodra deze handelingen niet langer gesteld worden, zijn dan bijvoorbeeld het zingen van een lied en, veelal, het streamen van een lied. In deze gevallen geven deze handelingen dan immers aanleiding tot zintuiglijk waarneembare manifestaties die, als zodanig, niet langer in staat zijn om de alternatieve ‘consumptieketens’ te laten voortbestaan die uit deze handelingen ontstonden, van zodra deze handelingen niet langer gesteld worden. Na het zingen van een deel van het lied verliezen de betrokken geluidsgolven immers al snel hun capaciteit om het betrokken deel van het lied weer te geven. Bij het streamen van het lied is het in de regel zo voorzien dat de reeds doorgestuurde delen van het lied, in het geheugen telkens vervangen, ‘overschreven’, worden door de delen van het lied die op dat moment beluisterd worden. Het resultaat is dus dat de ontvanger na het streamen, in beginsel, geen digitaal bestand overhoudt dat het lied kan weergeven.

Het voortzetten van ‘consumptieketens’

In de tweede plaats behandelen we dan de archetypische rollen binnen het raamwerk van de analyse rond ‘consumptieketens’ die verband houden met het voortzetten van bestaande ‘consumptieketens’ rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’. De rode draad doorheen deze rollen of wat kenmerkend is aan een zintuiglijk waarneembare handeling die een bestaande ‘consumptieketen’ rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen voortzet ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’, is dat deze handeling, ongeacht eventuele wijzigingen of duplicaties van deze zintuiglijk waarneembare manifestatie, uiteindelijk enkel bijdraagt tot of resulteert in het volgende: een genot van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, *binnen* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door middel van het gebruik van enkel die specifieke, op het vlak van zijn zintuiglijk waarneembare kenmerken, ongewijzigde zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ die oorspronkelijk aan de basis ligt van deze ‘consumptieketen’. Een zintuiglijk waarneembare handeling kan met andere woorden dus niet meer kwalificeren als een voortzetten van een bestaande ‘consumptieketen’ rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ indien deze handeling bijdraagt tot of resulteert in het volgende: een genot van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, *buiten* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door middel van het gebruik van enkel die specifieke, op het vlak van zijn zintuiglijk waarneembare kenmerken, ongewijzigde zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ die oorspronkelijk aan de basis ligt van deze ‘consumptieketen’.

Uit de hierboven vermelde opsomming van de archetypische rollen binnen het raamwerk van de analyse rond ‘consumptieketens’, blijkt dan opnieuw dat de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ aanneemt dat de uiteindelijke rol van zintuiglijk waarneembare handelingen die een bestaande ‘consumptieketen’ voortzetten rond

aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object', in het kader van dit raamwerk, in de eerste plaats, nog verder te ontleden is in het licht van de volgende additionele parameter: of deze handelingen een dergelijke bestaande 'consumptieketen' voortzetten ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object' die wel of niet met de toestemming van de rechthebbende 'in het verkeer' kwam. In het licht van deze parameter is er dus concreet een onderscheid tussen: 1.) zintuiglijk waarneembare handelingen die consumptieketens rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen voortzetten op grond van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object' die 'in het verkeer' gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende en 2.) zintuiglijk waarneembare handelingen die consumptieketens rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen voortzetten ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object', *naast* de consumptieketens op grond van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object' die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende. Eigen aan de zonet vermelde eerste soort zintuiglijk waarneembare handelingen, is dan met name dus dat zij uiteindelijk enkel bijdragen tot of resulteren in een genot van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door het bescherming motiverende 'resultaat' van inspanningen, *binnen* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door middel van het gebruik van enkel die specifieke zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object' die met de toestemming van de rechthebbende 'in het verkeer' kwamen, zoals deze 'in het verkeer' kwamen, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken. Eigen aan de zonet vermelde tweede soort zintuiglijk waarneembare handelingen, is dan dat zij daarentegen uiteindelijk bijdragen tot of resulteren in een genot van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door het bescherming motiverende 'resultaat' van inspanningen, *buiten* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door middel van het gebruik van enkel die specifieke zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object' die met de toestemming van de rechthebbende 'in het verkeer' kwamen, zoals deze 'in het verkeer' kwamen, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken.

Uit de hierboven vermelde opsomming van de archetypische rollen binnen het raamwerk van de analyse rond 'consumptieketens', blijkt dan ook dat de theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten' aanneemt dat de uiteindelijke rol van zintuiglijk waarneembare handelingen die een bestaande 'consumptieketen' voortzetten rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object', in de tweede plaats, nog verder te ontleden is in het licht van de volgende additionele parameter: of deze handelingen een dergelijke bestaande 'consumptieketen' voortzetten ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object' door 1.) een 'doen circuleren' of door 2.) een 'gebruikmaken'.

Een zintuiglijk waarneembare handeling houdt dan met name een voortzetting in van een bestaande 'consumptieketen' rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object', door een 'doen circuleren', indien deze handeling het volgende inhoudt: de handeling houdt in dat een persoon minstens de feitelijke macht over deze zintuiglijk waarneembare manifestatie afgeeft aan een andere persoon, zonder dat deze handeling daarbij aanleiding geeft tot het ontstaan van een nieuwe 'consumptieketen'. Een zintuiglijk waarneembare handeling die een dergelijke bestaande consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object', voortzet door een 'doen circuleren' is dan bijvoorbeeld het afgeven of het verkopen van een boek aan een ander persoon. Een ander voorbeeld is, volgens ons, dan het geheel van handelingen van een persoon dat het volgende omvat: een digitaal bestand dat zich op zijn computersysteem bevindt en toelaat een bepaald leid weer te geven, via een netwerk van computersystemen doorsturen naar het computersysteem van een andere persoon door middel van de 'transmissie-door-duplicatie'-techniek die eigen is aan computersystemen, en het digitale bestand binnen zijn computersysteem dan, bijna onmiddellijk daarna of in de handeling van het doorsturen zelf, wissen. Binnen het zonet omschreven geheel van handelingen, is volgens ons immers aan te nemen dat de betrokken 'transmissie-door-duplicatie', ondanks de

duplicaties die zich daarbij voordoen, uiteindelijk geen aanleiding geeft tot een nieuwe ‘consumptieketen’, meer bepaald omdat deze ‘transmissie-door-duplicatie’ en wissen daarbij uiteindelijk geen genot toelaat van het betrokken lied buiten de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van dit lied op grond van enkel het specifieke, ongewijzigde digitale bestand dat aan de basis lag van deze ‘transmissie-door-duplicatie’⁹⁵⁸. Het enige wat de betrokken ‘transmissie-door-duplicatie’ binnen het zonet omschreven geheel van handelingen uiteindelijk wijzigt is in wezen immers de concrete locatie van dit digitale bestand niet zijn capaciteit om een genot te verschaffen van het betrokken lied binnen specifieke ruimtelijke en temporele limieten. De betrokken ‘transmissie-door-duplicatie’ op zich leidt er binnen het zonet omschreven geheel van handelingen echter niet toe dat het uiteindelijk bijvoorbeeld mogelijk wordt om het lied te genieten op meerdere plaatsen, in de zin van een andere plaats dan deze waarop het computersysteem zich bevindt waarin zich ook het concrete digitale bestand bevindt, zij het dan eventueel na zijn transmissie-door-duplicatie en wissen. Uiteraard zou er wel een nieuwe ‘consumptieketen’ ontstaan indien, in het zonet beschreven voorbeeld, de betrokken persoon het digitale bestand met het lied, door middel van de ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek doorstuurt naar het computersysteem van de andere persoon, zonder daarbij binnen zijn computersysteem het digitale bestand met het lied te wissen dat aan de basis lag voor deze ‘transmissie-door-duplicatie’.

Een zintuiglijk waarneembare handeling houdt daarentegen een voortzetting in van een bestaande ‘consumptieketen’ rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, door een ‘gebruikmaken’, indien deze handeling het volgende inhoudt: met deze handeling realiseert een persoon zijn ervaring van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverend ‘resultaat’ van inspanningen, *binnen* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door middel van het gebruik van enkel die specifieke, op het vlak van zijn zintuiglijk waarneembare kenmerken, ongewijzigde zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ die oorspronkelijk aan de basis ligt van deze ‘consumptieketen’. Opdat een zintuiglijk waarneembare manifestatie zou kunnen kwalificeren als een voortzetten van een dergelijke bestaande ‘consumptieketen’ rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ door een ‘gebruikmaken’, mag deze handelingen dus geen aanleiding geven tot het ontstaan van een nieuwe ‘consumptieketen’, meer bepaald dus geen aanleiding geven tot een genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverend ‘resultaat’ van inspanningen, *buiten* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door middel van het gebruik van enkel die specifieke, op het vlak van zijn zintuiglijk waarneembare kenmerken, ongewijzigde zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ die oorspronkelijk aan de basis ligt van deze ‘consumptieketen’. Van een ‘gebruikmaken’ is volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dan bijvoorbeeld sprake bij de handeling van het bekijken en lezen van de woorden op de pagina’s van een boek. Deze handelingen lokken dan met name een ervaring van genot uit, bijvoorbeeld genot door deel te hebben aan bepaalde ideeën of genot door het imaginair ervaren van bepaalde spannende

⁹⁵⁸ Vergelijk in die zin ook: J. MITCHELL, “DRM: The Good, the Bad, and the Ugly” in *Colleges, Code and Copyright: The Impact of Digital Networks and technological Controls on Copyright: Publications in Librarianship* no. 56 American Library Association. p. 36; http://interactionlaw.com/documentos/DRM_good_bad_ugly.pdf (“*It is the equivalent of magically transferring the ink from my book to a friend’s blank pages in another state. My friend can now read the book (while I am left with blank pages), but the copyright owner remains whole because no additional copies have been made.*”); Vergelijk op dit punt ook: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*), r.o. 78 (“*Zoals uit punt 70 van het onderhavige arrest blijkt moet de eerste verkrijger van een materiële of immateriële kopie van een computerprogramma waarvoor het distributierecht van de houder van het auteursrecht op grond van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 is uitgeput, de op zijn computer gedownload kopie wanneer hij deze doorverkoopt onbruikbaar maken om het in artikel 4, lid 1, sub a, van richtlijn 2009/24 bedoelde exclusieve recht van die houder om zijn computerprogramma te reproduceren niet te schenden.*”); Zie echter ook: H.v.J. 16 juli 2009, C-5/08, (*Infopaq International t. Danske Dagblades Forening*) r.o. 62 (“*Voor de rechtszekerheid voor de auteursrechthebbers is bovendien vereist dat het bewaren en het wissen van de reproductie niet afhankelijk zijn van een willekeurige menselijke interventie, namelijk van de gebruiker van de beschermde werken. In een dergelijk geval bestaat er immers geen garantie dat de betrokken persoon daadwerkelijk de gemaakte reproductie wist of althans deze reproductie wist zodra het bestaan ervan niet langer gerechtvaardigd is gelet op de functie ervan, die erin bestaat een technisch procedé mogelijk te maken.*”).

gebeurtenissen, die te danken is aan het bedenken en schrijven van het boek. Een dergelijk ‘gebruikmaken’ ligt volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dan bijvoorbeeld eveneens voor bij het rijden met een motorfiets. Deze handeling lukt dan met name een ervaring van genot uit, bijvoorbeeld genot door het ervaren van acceleratie, die teruggaat op de inspanningen om de motor van de motorfiets te ontwerpen en te bouwen. Het gebruiken van een incorporatie van computerprogramma bijvoorbeeld die zich in het ROM-geheugen bevindt van een computersysteem, kan volgens ons dan, ondanks de duplicaties van dit computerprogramma die door dit gebruiken plaatsvinden in diverse onderdelen van dit computersysteem, eveneens kwalificeren als het zonet omschreven ‘gebruikmaken’ zolang daarbij het volgende gegeven is: de duplicaties van dit computerprogramma die door dit gebruiken plaatsvinden doen uiteindelijk geen nieuwe, alternatieve ‘consumptieketen’ ontstaan naast de consumptieketen op grond van de incorporatie van het computerprogramma die zich in het ROM-geheugen bevindt. Dit vraagt dus met name dat de betrokken duplicaties van het computerprogramma in de diverse onderdelen van het computersysteem geen genot toelaten van het computerprogramma, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van het computerprogramma door het gebruik van enkel die specifieke, ongewijzigde incorporatie van het computerprogramma die zich in het ROM-geheugen bevindt van het computersysteem. Deze voorwaarde houdt dus concreet in dat de betrokken duplicaties van het computerprogramma in de verschillende onderdelen van het computersysteem geen basis mogen vormen voor een mogelijk genot van het computerprogramma op andere tijdstippen en andere plaatsen als het genot van het computerprogramma dat mogelijk is op grond van het gebruik van enkel de betrokken incorporatie van computerprogramma in het ROM-geheugen van het computersysteem, met name dus bijvoorbeeld geen genot van het computerprogramma via dit computersysteem nadat de betrokken incorporatie van computerprogramma zich niet langer in het ROM-geheugen bevindt van het betrokken computersysteem⁹⁵⁹.

De analyse rond ‘consumptieketens’

De theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ neemt dus aan dat de bepalingen en beginselen rond de categorieën voorbehouden handelingen binnen intellectuele rechten te verstaan zijn als verwijzingen naar zintuiglijk waarneembare handelingen, in het licht van het vervullen van één van de zonet omschreven zes archetypische rollen in het doen ontstaan of verderzetten van ‘consumptieketens’ rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’. De theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ neemt in die zin, zoals aangegeven, bijvoorbeeld concreet aan dat de categorie voorbehouden handelingen ‘vervaardigen van een voortbrengsel’ binnen het octrooirecht, te verstaan is als een referentie naar zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’, die nieuwe, alternatieve ‘consumptieketens’ doen ontstaan, *naast* de ‘consumptieketens’ op grond van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende, waarbij de door deze zintuiglijk waarneembare handelingen ontstane alternatieve ‘consumptieketens’, met name dan op grond van de door deze handelingen ontstane voortbrengselen, ook zullen blijven bestaan nadat deze handelingen een einde namen.

Hierbij brengen we dan in herinnering dat de hierboven vermelde, zes archetypische rollen in het doen ontstaan of verderzetten van ‘consumptieketens’ rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, enkel het raamwerk vormen om de bepalingen en beginselen rond de categorieën voorbehouden handelingen te verstaan. Het hangt daarbij nog steeds af van de concrete regelgeving rond de wettelijke categorieën voorbehouden handelingen binnen het betrokken intellectuele recht *of* en *in welke mate* dit intellectuele recht zintuiglijk waarneembare handelingen met één van deze archetypische rollen al dan niet exclusief voorbehoudt aan de rechthebbende.

Door in hun bepalingen en beginselen rond hun categorieën voorbehouden handelingen te verwijzen naar de zonet omschreven zes archetypische rollen in het doen ontstaan of verderzetten van ‘consumptieketens’ willen

⁹⁵⁹ Hierbij nemen we aan dat het aanwezig of afwezig zijn van de betrokken incorporatie van het computerprogramma in het ROM-geheugen zich met name laat vaststellen in het licht van het al dan niet nog voorhanden zijn binnen de schakelcomponenten van het ROM-geheugen van het binaire patroon dat correspondeert met de instructies van het betrokken computerprogramma.

intellectuele rechten, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, de afbakening van de exclusieve bevoegdheid die zij verlenen over het ‘object’ in concrete gevallen, zoals aangegeven, afhankelijk maken van een beoordeling rond het volgende: gaat het om een door de betrokken categorieën voorbehouden handelingen aangeduide soort zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die, door het vervullen van de in deze aanduiding begrepen rol in het doen ontstaan of verderzetten van ‘consumptieketens’, ook aannemelijk maakt dat zij bijdraagt tot of resulteert in een genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat in wezen te danken is aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen. Leidt deze analyse in het licht van ‘consumptieketens’ tot het besluit dat inderdaad een dergelijke zintuiglijk waarneembare handeling voorligt van de soort aangeduid door de betrokken categorieën voorbehouden handelingen, dan valt deze zintuiglijk waarneembare handeling, zoals gezegd, in beginsel onder de exclusieve bevoegdheid die het betrokken intellectuele de rechthebbende verleent naar aanleiding van het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen.

c.2. De afstelling van het ingrijpen via de ‘analyse rond consumptieketens’

De bepalingen en beginselen binnen een intellectueel recht die aanwijzingen geven rond de afbakening van de door dit intellectuele recht verleende exclusieve bevoegdheid over het ‘object’, zoals zonet vermeld, interpreteren als verwijzingen naar zintuiglijk waarneembare handelingen met een bepaalde archetypische rol in het doen ontstaan of voortzetten van ‘consumptieketens’ rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, is volgens de ‘theorie rond intellectueelrechtelijke lasten’, dan met name aangewezen om het volgende te bereiken: de afbakening van deze exclusieve bevoegdheid zo objectief mogelijk afstellen op de feitelijke omstandigheden die daarbij relevant zijn in het licht van de nagestreefde beleidsdoelstellingen. Met het oog op een dergelijke afstelling van het betrokken ingrijpen, biedt deze interpretatie van de betrokken bepalingen en beginselen volgens de ‘theorie rond intellectueelrechtelijke lasten’ immers opnieuw de volgende voordelen. In de eerste plaats (c.2.1.) laat deze interpretatie, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ toe om daarbij zo objectief mogelijk rekening te houden met de aan de mens interne bewustzijnsfenomenen rond intellectuele arbeid die, met het oog op een afstelling in het licht van de nagestreefde beleidsdoelstellingen, relevante feitelijke omstandigheden zijn bij de afbakening van de toegekende exclusieve bevoegdheid over het ‘object’. Daarnaast (c.2.2.) biedt deze interpretatie een duidelijk aanknopingspunt om bij de afbakening van deze exclusieve bevoegdheid overeenkomstig het nagestreefde beleid, ook rekening te kunnen houden met de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken van zintuiglijk waarneembare handelingen die niet meteen verband houden met het al dan niet teruggaan op het bescherming motiverende resultaat van inspanningen.

c.2.1. Een afstelling in het licht van relevante aan de mens interne bewustzijnsfenomenen

Een eerste voordeel van een interpretatie van de bepalingen en beginselen rond de afbakening van de exclusieve bevoegdheid over het ‘object’, als verwijzingen naar zes archetypische rollen van zintuiglijk waarneembare handelingen in het doen ontstaan of verderzetten van ‘consumptieketens’, is volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dan met name het volgende: deze interpretatie laat toe om de aanwijzingen van de betrokken bepalingen en beginselen te verstaan als aanwijzingen rond een specifieke analyse die zo objectief mogelijke hypothesen toelaat rond die omstandigheden in verband met aan de mens interne bewustzijnsfenomenen die relevant zijn met het oog op het afbakenen van de exclusieve bevoegdheid die het betrokken intellectuele recht verleent over het ‘object’.

Bij haar zonet vermelde pleidooi voor een interpretatie van de bepalingen en beginselen rond de afbakening van de exclusieve bevoegdheid als verwijzingen naar zes archetypische rollen in het doen ontstaan of verderzetten van ‘consumptieketens’, vertrekt de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dan met name van de veronderstelling dat de afbakening van de exclusieve bevoegdheid die een intellectueel recht verleent, overeenkomstig de nagestreefde beleidsdoelstellingen, in beginsel vraagt om uitsluitel te kunnen krijgen rond het volgende gegeven dat verband houdt met aan de mens interne bewustzijnsfenomenen rond intellectuele arbeid: of aan te nemen is dat een zintuiglijk waarneembare handeling ten aanzien van een bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’, buiten de rechthebbende om, bijdraagt tot of resulteert in een genot van bepaalde

behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die in wezen te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid.

In het licht van haar veronderstelling rond de aan de mens interne bewustzijnsfenomenen die relevant zijn bij de afbakening van de door het intellectuele recht verleende exclusieve bevoegdheid, neemt de theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten' dan aan dat het aangewezen is om de concrete bepalingen en beginselen rond het doorvoeren van deze afbakening, door middel van hun interpretatie als verwijzingen naar zes archetypische rollen in het doen ontstaan of voortzetten van 'consumptieketens', in te passen binnen de volgende specifieke analyse: een analyse rond de rol die zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object' dat afgebakend is door de 'denkoperatie rond gelijkenissen', vervullen in het doen ontstaan of voortzetten van 'consumptieketens' rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid.

Haar voorkeur om bij de afbakening van de door het intellectuele recht verleende exclusieve bevoegdheid terug te vallen op de zonet omschreven specifieke analyse rond archetypische rollen in het doen ontstaan of voortzetten van 'consumptieketens' baseert de theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten' dan met name op de volgende opvatting: om de gevallen te traceren waarin aan te nemen is dat een zintuiglijk waarneembare handeling buiten de rechthebbende om, bijdraagt tot of resulteert in een genot van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid, maakt deze analyse maximaal gebruik van geldige veronderstellingen rond feitelijke verbanden tussen zintuiglijk waarneembare kenmerken en de betrokken relevante aan de mens interne bewustzijnsfenomenen.

Waar de zonet omschreven specifieke analyse rond archetypische rollen in het doen ontstaan of voortzetten van 'consumptieketens' ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object', zich richt naar een afbakening van het 'object' volgens de 'denkoperatie rond gelijkenissen', laat deze specifieke analyse volgens de theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten' in de eerste plaats zo objectief mogelijke hypothesen toe rond de volgende vraag: of een concrete zintuiglijk waarneembare handeling betrekking heeft op een zintuiglijk waarneembare manifestatie die haar capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen in wezen dankt aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid. In dit verband kunnen we verwijzen naar de bespreking hierboven rond de wijze waarop een interpretatie van de bepalingen en beginselen rond de afbakening van het 'object' in het licht van de archetypische parameters binnen de 'denkoperatie rond gelijkenissen', toelaat om zo objectief mogelijk gevallen te traceren waarin aan te nemen is dat de capaciteit van een bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestatie om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, in wezen te danken is aan een bepaald bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid.

Waar de zonet omschreven specifieke analyse rond archetypische rollen in het doen ontstaan of voortzetten van 'consumptieketens' dan vervolgens nagaat hoe de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een zintuiglijk waarneembare handeling ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object' dat afgebakend is door de 'denkoperatie rond gelijkenissen', deze zintuiglijk waarneembare handeling doen kwalificeren in het licht van het raamwerk van de betrokken archetypische rollen in het doen ontstaan of voortzetten van 'consumptieketens', laat deze specifieke analyse volgens de theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten' in de tweede plaats zo objectief mogelijke hypothesen toe rond de volgende vraag: of deze concrete zintuiglijk waarneembare handeling ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie die haar capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dankt aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid, al dan niet buiten de rechthebbende om, bijdraagt tot of resulteert in een genot van deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen. Het feit of de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een zintuiglijk waarneembare handeling aannemelijk maken dat deze handeling een 'consumptieketen' doet ontstaan of voortzet ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het door de 'denkoperatie rond gelijkenissen' afgebakende 'object' is volgens de theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten' dan immers, in het licht van de capaciteit van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid, een zo objectief mogelijk uitgangspunt om ook het volgende

aannemelijk te maken: dat deze handeling bijdraagt tot of resulteert in een genot van deze bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid.

Het gegeven of de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een zintuiglijk waarneembare handeling ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het door de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ afgebakende ‘object’, aannemelijk maken dat deze handeling het ontstaan of de voortzetting inhoudt van een *alternatieve* ‘consumptieketen’ rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen dit ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende, is volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dan met name de meest objectieve graadmeter om het volgende na te gaan: of deze handeling al dan niet bijdraagt tot of resulteert in een genot van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid, buiten de rechthebbende om.

Indien een zintuiglijk waarneembare handeling louter de voortzetting blijkt in te houden van een bestaande consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het betrokken ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende, dan laat dit volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ ook toe om het volgende aan te nemen: deze handeling draagt dan wel bij tot of resulteert in een genot van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid maar dit gebeurt *niet* buiten de betrokken rechthebbende om. Het gegeven dat de betrokken zintuiglijk waarneembare handeling in dit geval deze consumptieketen louter *voortzet*, houdt daarbij immers zoals aangegeven ook in dat deze handeling *geen* aanleiding geeft tot een genot van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door middel van het gebruik van enkel die specifieke zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ die met de toestemming van de rechthebbende ‘in het verkeer’ kwam, zoals deze ‘in het verkeer’ kwam, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken. Strikt genomen geeft deze handeling, volgens de theorie rond intellectueelrechtelijke lasten, dus geen aanleiding tot een genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid dat deze rechthebbende niet kon incalculeren op het ogenblik van het toestemmen tot het ‘in het verkeer’ brengen van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’. Op het moment dat de rechthebbende toestemde tot het ‘in het verkeer’ brengen van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ kon hij zich immers, in het licht van de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken ervan ook een beeld vormen van de ruimtelijke en temporele limieten van het genot dat deze zintuiglijk waarneembare manifestatie toelaat van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid.

Indien daarentegen blijkt dat een zintuiglijk waarneembare handeling het doen ontstaan of de voortzetting inhoudt van een *alternatieve* consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende, dan laat dit volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ ook toe om het volgende aan te nemen: deze handeling draagt bij tot of resulteert in een genot van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid en dit gebeurt *wel* buiten de rechthebbende om. Het gegeven dat de betrokken zintuiglijk waarneembare handeling in dit geval een dergelijke alternatieve consumptieketen *doet ontstaan* of *voortzet*, houdt daarbij immers zoals aangegeven ook in dat deze handeling *wel* aanleiding geeft tot een genot van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door middel van het gebruik van enkel die specifieke zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ die met de toestemming van de rechthebbende ‘in het verkeer’ kwam, zoals deze ‘in het verkeer’ kwam, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken. In dit geval is, volgens de theorie rond intellectueelrechtelijke lasten, dan aan te nemen dat deze handeling, buiten de betrokken rechthebbende om,

aanleiding geeft tot een genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid. De reden hiervoor is dan in wezen dat het hierbij *niet* gaat om een genot van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat deze rechthebbende kon begroten en afhankelijk maken van zijn toestemming op het ogenblik van het 'in het verkeer brengen' van specifieke zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object'.

Ook hier geldt dan dat de hierboven beschreven specifieke analyse rond archetypische rollen in het doen ontstaan of voortzetten van 'consumptieketens' geen volstrekt objectieve analyse toelaat, maar enkel een zo objectief mogelijke analyse rond de vraag of een zintuiglijk waarneembare handeling, buiten de rechthebbende om, bijdraagt tot of resulteert in een genot van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan zijn bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid. De betrokken analyse in het licht van 'consumptieketens' is immers evenmin vrij van, in wezen, subjectieve appreciaties. Ten eerste bouwt deze analyse verder op de hierboven besproken subjectieve appreciaties die binnen de 'denkoperatie rond gelijkenissen' aan de orde zijn om te beoordelen of aan te nemen is dat een zintuiglijk waarneembare manifestatie haar capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen in wezen dankt aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid. Daarnaast stuurt deze analyse in het licht van 'consumptieketens' in het bijzonder ook aan op in wezen subjectieve appreciaties waar deze analyse vraagt om het volgende te beoordelen: 1.) of een zintuiglijk waarneembare handeling daadwerkelijk bijdraagt tot of resulteert in een genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid en 1.) of het hierbij dan gaat om een genot dat de rechthebbende al dan niet incalculeerde dan wel kon incalculeren bij het 'in het verkeer' brengen van zintuiglijk waarneembare manifestaties met een bepaalde capaciteit om genot teweeg te brengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid. Aangezien de aan de mens interne bewustzijnsfenomenen bij het leveren van intellectuele arbeid en bij het ervaren van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen nu eenmaal geen empirische kennis toelaten, zijn de zonet aangehaalde subjectieve appreciaties, volgens de theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten', echter niet te vermijden, tenminste indien daadwerkelijk rekening te houden is met deze betrokken relevante aan de mens interne bewustzijnsfenomenen. De hierboven besproken specifieke analyse rond archetypische rollen in het doen ontstaan of voortzetten van 'consumptieketens', biedt volgens de betrokken theorie dan nog tenminste het volgende voordeel: deze analyse biedt een kader om hypothesen rond de vraag of sprake is van een genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid, buiten de betrokken rechthebbende om, zoveel mogelijk op een uniforme en gesystematiseerde wijze te toetsen aan de zintuiglijk waarneembare kenmerken van zintuiglijk waarneembare handelingen en manifestaties.

c.2.2. Een afstelling in het licht van zintuiglijk waarneembare manifestaties

Een interpretatie van de bepalingen en beginselen rond de afbakening van de toegekende exclusieve bevoegdheid over het ‘object’, als aanwijzingen voor een concrete ‘denkoperatie rond gelijkenissen’, biedt, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ daarnaast ook het volgende voordeel met het oog op een zo objectief mogelijke afstelling van het betrokken ingrijpen op de, in het licht van de nagestreefde beleidsdoelstellingen, relevante feitelijke omstandigheden: deze interpretatie biedt een duidelijk aanknopingspunt om bij de afbakening van de toegekende exclusieve bevoegdheid overeenkomstig het nagestreefde beleid, eventueel ook rekening te kunnen houden met concrete eigenschappen van zintuiglijk waarneembare handelingen, *naast* de concrete eigenschappen ervan die aangeven dat zij bijdragen tot of resulteren in een genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen. De verklaring hiervoor is dan in wezen dat de hierboven beschreven specifieke analyse rond archetypische rollen in het doen ontstaan of voortzetten van ‘consumptieketens’ van meet af aan vertrekt van de zintuiglijk waarneembare kenmerken van zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’. Vanuit deze benadering is er dan ook een duidelijk aanknopingspunt om bij de afbakening van de toegekende exclusieve bevoegdheid over het ‘object’ bijvoorbeeld rekening te houden met gegeven dat een zintuiglijk waarneembare handeling die resulteert in een genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid, dit genot *in concreto* verschaft binnen de familiekring⁹⁶⁰.

d.) Synthese

Ten slotte, maken we nu een korte synthese rond de manier waarop een interpretatie van de concrete bepalingen en beginselen binnen intellectuele rechten in het licht van de zonet besproken archetypische analyses, met name de ‘denkoperatie rond verschillen’, de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ en de analyse rond ‘consumptieketens’, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ bijdraagt tot een zo objectief mogelijk afstelling van dit ingrijpen op de feitelijke omstandigheden die daarbij relevant zijn gezien de nagestreefde beleidsdoelstellingen. Uit het voorgaande is duidelijk dat de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ aanneemt dat een dergelijke interpretatie met name verdienstelijk is op twee punten.

Een eerste voordeel van een interpretatie in het licht van de betrokken archetypische analyses, is, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ met name dat dit toelaat om het ingrijpen van de intellectuele rechten zo objectief mogelijk af te stellen op het bestaan en de kenmerken van aan de mens interne bewustzijnsfenomenen die relevant zijn in het licht van het met dit ingrijpen nagestreefde beleid.

De ‘denkoperatie rond verschillen’, de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ en de analyse rond ‘consumptieketens’ laten, zoals aangegeven, telkens geen volstrekt objectieve analyses toe rond het bestaan en de kenmerken van de betrokken, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen, in de zin van analyses die volledig vrij zijn van, in wezen subjectieve, appreciaties. Aangezien de betrokken aan de mens interne bewustzijnsfenomenen nu eenmaal geen empirische kennis toelaten, zijn de zonet aangehaalde subjectieve appreciaties, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, zoals aangegeven, echter niet te vermijden, tenminste indien daadwerkelijk rekening te houden is met het bestaan en de kenmerken van deze aan de mens interne bewustzijnsfenomenen. Bij het afstellen van het ingrijpen van de intellectuele rechten in het licht van de betrokken, relevante aan de mens interne bewustzijnsfenomenen is, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, zoals aangegeven, veeleer het volgende na te streven: hypothesen rond het bestaan en de kenmerken van deze aan de mens interne bewustzijnsfenomenen, **zoveel mogelijk objectiveren, door deze** te laten steunen op zintuiglijk waarneembare kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties en handelingen, **zonder daarbij uit het oog te verliezen** dat het er niet om gaat te peilen naar het loutere voorliggen van bepaalde zintuiglijk waarneembare kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties en handelingen maar, integendeel, om te peilen naar het bestaan en de

⁹⁶⁰ Vergelijk op dit vlak: art. 3.1. Richtlijn Informatiemaatschappij en art. XI.165., §1, lid 4 WER (oud art. 1, § 1, lid 4 Auteurswet) die de auteur enkel een bevoegdheid verlenen over ‘publiek mededelen’ en niet over ‘mededelen’ binnen de familiekring. Zie in dit verband bijvoorbeeld: G. MOM, “Uitvoering in (strikt) besloten kring”, *ami* 2010, p.81 e.v..

kenmerken van bewustzijnsfenomenen die verband houden met intellectuele arbeid⁹⁶¹. Vanuit deze aanname dat subjectieve beoordelingen onvermijdelijk zijn bij een afstelling van het ingrijpen van intellectuele rechten op de relevante aan de mens interne bewustzijnsfenomenen, biedt een interpretatie in het licht van de hierboven besproken archetypische analyses volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ dan met name het volgende voordeel: deze archetypische analyses bieden telkens een kader om hypothesen rond het bestaan en de kenmerken van de relevante aan de mens interne bewustzijnsfenomenen zoveel mogelijk op een uniforme en gesystematiseerde wijze te toetsen aan het voorliggen van relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties en handelingen. Zoals aangegeven, sturen deze archetypische analyses volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ immers telkens aan op specifieke analyses die maximaal gebruik maken van geldige veronderstellingen rond het verband tussen zintuiglijk waarneembare kenmerken en de betrokken relevante aan de mens interne bewustzijnsfenomenen. Door op die manier zo objectief mogelijke hypothesen toe te laten rond het bestaan en de kenmerken van de relevante aan de mens interne bewustzijnsfenomenen, laat een interpretatie in het licht van deze archetypische analyses, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, uiteindelijk ook toe om intellectuele rechten zo objectief mogelijk af te stellen op deze aan de mens interne bewustzijnsfenomenen.

Een tweede verdienste van een interpretatie in het licht van de hierboven besproken archetypische analyses is, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, dan dat deze analyses telkens een overkoepelend raamwerk vormen om bij de afstelling van het betrokken ingrijpen van intellectuele rechten overeenkomstig het nagestreefde beleid rekening te houden met: zowel, omstandigheden die verband houden met het bestaan en de kenmerken van aan de mens interne bewustzijnsfenomenen, als, omstandigheden die eventueel verband houden met zintuiglijk waarneembare kenmerken van incorporaties van inspanningen of zintuiglijk waarneembare manifestaties die niet meteen gelinkt zijn aan het bestaan en de kenmerken van aan de mens interne bewustzijnsfenomenen. De theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ acht dit gegeven met name wenselijk omdat beide soorten omstandigheden relevant kunnen zijn in het licht van het nagestreefde beleid.

2.2. De ‘mechaniek’ van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’

Rond de ‘mechaniek’ van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ bestaat er een relatief grote eensgezindheid dat deze in beginsel te verklaren is door wat we kunnen aanduiden als een theorie rond ‘objectiefrechtelijke gedragsregels’. Deze theorie rond ‘objectiefrechtelijke gedragsregels’ verklaart de ‘mechaniek’ van dit ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, vanuit het juridische concept en de focus die traditioneel de eigenheid uitmaken van dit ingrijpen, met name het juridisch concept van een objectiefrechtelijke plicht⁹⁶² en een focus op het geheel van de concrete begeleidende feitelijke omstandigheden rond bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen⁹⁶³. De theorie rond ‘objectiefrechtelijke

⁹⁶¹ Zie in die zin zoals aangegeven ook: G. SCHULZE, "Werturteil und Objektivität im Urheberrecht - Die Feststellung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit am Beispiel der "kleinen Münze" -", *GRUR* 1984, p. 417.

⁹⁶² Het gaat er dan, zoals aangegeven, met name om dat het archetypische ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ zijn specifieke soort investeringsbescherming in principe realiseert door middel van het juridische concept van een ‘objectiefrechtelijke plicht’, waaraan personen een relatieve bevoegdheid kunnen ontleen om, in een concreet geval, van andere personen de naleving te eisen van dit verbod. Zie in dit verband, bijvoorbeeld: SCHÜNEMANN, die het recht inzake oneerlijke mededinging typeert als: “*objektiv-rechtlichen Wettbewerbsverhaltensnormen*”, W. SCHÜNEMANN, "Kapitel 1. Allgemeine Bestimmungen" in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p. 474; ROUBIER, die in verband met het recht inzake oneerlijke mededinging schrijft: “*Mais il existe aussi une autre action en justice, qu'on appelle l'action en concurrence déloyale, qui ne correspond pas à la défense d'un droit antérieurement recherché et établi, mais qui est seulement une réaction accordée par l'ordre juridique contre une conduite critiquable d'un concurrent.*” P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Parijs, Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 307.

⁹⁶³ Wat de focus betreft, gaat het er dan, zoals aangegeven, om dat het recht inzake oneerlijke mededinging in principe vraagt om zijn ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ in concrete gevallen af te stellen door *ex post* te toetsen of het geheel van de betrokken feitelijke omstandigheden maakt dat een concrete handelspraktijk in dit geval, die teruggaat op een ‘kopiëren’ of ‘imiteren’, te beoordelen is als een oneerlijke ‘parasitaire mededinging’. Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld SAMBUC, die observeert: “*Wenn der Leistungsschutz als solcher dem*

gedragsregels' stelt immers dat het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging', aansluitend bij het juridisch concept van een objectiefrechtelijke plicht⁹⁶⁴, in essentie het volgende doet: ten eerste, iedereen een verbod opleggen om 'handelspraktijken'⁹⁶⁵ te stellen die teruggaan op een 'kopiëren' van de inspanningen van een andere onderneming, in omstandigheden die deze handelspraktijken een 'parasitair' karakter⁹⁶⁶ verlenen⁹⁶⁷ en, ten

Lauterkeitsrecht fremd ist, darf der UWG-Nachahmungsschutz nur unter dem unlauterkeitstypischen Gesichtspunkt des Handlungsunrechts eingreifen: er schützt nicht das 'Was', sondern gegen das 'wie' der Nachahmung. Erforderlich sind 'besondere Begleitumstände', aus denen sich ausnahmsweise die Unlauterkeit der Nachahmungshandlung ergeben kann" T. SAMBUC, "Einleitung" in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Gesetz gegen de unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p. 410.

⁹⁶⁴ Het gaat er dan, zoals aangegeven, met name om dat het archetypische ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging' zijn specifieke soort investeringsbescherming in principe realiseert door middel van het juridische concept van een 'objectiefrechtelijke plicht', waaraan personen een relatieve bevoegdheid kunnen ontleen om, in een concreet geval, van andere personen de naleving te eisen van dit verbod. Zie in dit verband, bijvoorbeeld: SCHÜNEMANN, die het recht inzake oneerlijke mededinging typeert als: "*objektiv-rechtlichen Wettbewerbsverhaltensnormen*", W. SCHÜNEMANN, "Kapitel 1. Allgemeine Bestimmungen" in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG, *Gesetz gegen de unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p. 474; ROUBIER, die in verband met het recht inzake oneerlijke mededinging schrijft: "*Mais il existe aussi une autre action en justice, qu'on appelle l'action en concurrence déloyale, qui ne correspond pas à la défense d'un droit antérieurement recherché et établi, mais qui est seulement une réaction accordée par l'ordre juridique contre une conduite critiquable d'un concurrent.*" P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Parijs, Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 307.

⁹⁶⁵ Een 'handelspraktijk' omschrijft art. I.8., 23° WER (oud art. 2, 29° Wet Marktpraktijken) hierbij als volgt: "*iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een onderneming, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product;*". Het begrip 'onderneming' binnen deze definitie is volgens art. I.1., 1° WER (oud artikel 2, 1° Wet Marktpraktijken) te verstaan als: "*elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen*".

⁹⁶⁶ Eigen aan het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen 'parasitaire mededinging', binnen het algemene verbod op oneerlijke handelspraktijken, is dat het recht inzake oneerlijke mededinging hierbij optreedt tegen handelspraktijken die het 'oneerlijk' acht louter omwille van hun 'parasitair' karakter. Opdat handelspraktijken een verboden 'parasitaire mededinging' zouden uitmaken is, in beginsel, niet vereist dat ze naast het vertonen van een 'parasitair' karakter ook nog aanleiding geven tot 'verwarringsstichting', 'slechtmaking' of een inbreuk op intellectuele rechten. Zie in die zin bijvoorbeeld: J. LIGOT, F. VANBOSSELE, O. BATTARD en A. TALLON (editor), *Les pratiques loyales*, Brussel, Larcier, 2012, p. 103-104; G. STRAETMANS, "Over parasitaire concurrentie en namaak", *DAOR* 2011, p. 283; R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 75; G. LONDERS, "Onrechtmatig imiteren, kopiëren en aanhaken" in J. STUYCK (ed.), *Handelspraktijken anno 2006*, Kluwer, Mechelen, 2006, p. 192. Uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: Brussel 7 december 2006, *T.B.H.* 2007, p.580 (p.582: "*Pour qu'il y ait concurrence parasitaire, il n'est pas indispensable qu'il existe un risque de confusion;*"); Brussel 6 november 2003, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2003, p. 566; Vergelijk ook: Cass. 29 mei 2009, *NJW* 2010, p. 151 (p.153: "*Die andere redenen bestaan niet alleen uit de miskennis van intellectuele eigendomsrechten of verwarringstichtende reclame, maar kunnen elke vorm van onrechtmatig gedrag zijn.*"); L. VOGEL, *Droit de la concurrence déloyale. 350 décisions commentées*, Parijs, LawLex, 2005, p. 489.

⁹⁶⁷ Vergelijk bijvoorbeeld: G. STRAETMANS, "Over parasitaire concurrentie en namaak", *DAOR* 2011, p. 283 ("*Van aanhaken of parasitaire concurrentie is er sprake wanneer een onderneming de faam van een andere uitbuit zonder verwarring te stichten en zonder de verdiensten van de andere onderneming omlaag te halen (zonder slechtmaking of dénigrement)*"; P. CALLENS, "Leiden nieuwe cumulregels automatisch tot aanhaking wanneer auteursrechtelijke namaak wordt vastgesteld?" *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2008, p. 690 ("*Aanhaken of parasiteren houdt in dat een verkoper, zonder verwarring te stichten en zonder de verdiensten van een andere verkoper af te breken, door het kopiëren of imiteren profiteert van de creatieve inspanningen en investeringen die deze andere verkoper zich heeft getroost en van de faam en het succes die op grond hiervan werden verworven, terwijl hijzelf gespaard blijft van deze inspanningen en investeringen.*") V. WELLENS, "Doorwerking van het auteursrecht in de Wet Handelspraktijken", *T.B.H.* 2007, p.587 ("*Aanhaking (of parasitisme) veronderstelt dat, zonder dat daarvoor sprake moet zijn van verwarringstichting, wordt geprofiteerd van de inspanningen van een andere verkoper of van het succes dat deze verkoper op grond daarvan heeft behaald.*"); Zie concreet wat dit algemene verbod betreft rond handelspraktijken die 'parasitaire mededinging' uitmaken: art. VI.104. WER (oud art. 95 Wet Marktpraktijken).

tweede, bepaalde personen daarbij, als belanghebbende⁹⁶⁸, een relatieve bevoegdheid laten ontlenen aan dit algemene verbod om in concrete gevallen ook de naleving te eisen van dit verbod ten aanzien van die personen die met hun ‘handelspraktijken’ dit verbod op ‘parasitaire mededinging’ overtreden en daardoor de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaden of kunnen schaden⁹⁶⁹. ‘Handelspraktijken’ zijn daarbij dan in brede zin te verstaan als zintuiglijk waarneembare handelingen die verband houden met de verkoop van producten en diensten⁹⁷⁰. ‘Kopiëren’ is daarbij dan in brede zin te verstaan als het voldoende *gelijkend* aanwenden of overnemen van *gekende* zintuiglijk waarneembare kenmerken⁹⁷¹. Volgens deze theorie rond ‘objectiefrechtelijke gedragsregels’ werkt het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ daarbij dus concreet in op de verhoudingen tussen mensen door bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden, met name ‘handelspraktijken’ die verband houden met het kopiëren van een incorporatie van inspanningen van een andere onderneming.

Dit ingrijpen stellen de concrete bepalingen en beginselen van het recht inzake oneerlijke mededinging, volgens deze theorie rond ‘objectiefrechtelijke gedragsregels’, dan met name af door rekening te houden met het geheel van de feitelijke omstandigheden die gepaard gaan met concrete ‘handelspraktijken’ die teruggaan op het kopiëren van een incorporatie van inspanningen van een andere onderneming. Daarbij stelt deze theorie dan vast dat in het bijzonder twee soorten ‘begeleidende omstandigheden’ van het kopiëren waarop de betrokken ‘handelspraktijk’ teruggaat, als bijzondere indicaties gelden voor het feit dat sprake is van ‘parasitaire mededinging’. De eerste dergelijke ‘begeleidende omstandigheid’ is dat een kopie voorligt van kenmerken die ontleend zijn aan een ‘resultaat’ van inspanningen van een andere onderneming dat een bepaalde drempel bereikt aan geïnvesteerde intellectuele arbeid of handenarbeid. De tweede ‘begeleidende omstandigheid’ is dat een persoon in combinatie met het kopiëren van de betrokken incorporatie van de inspanningen van een andere onderneming, op ‘onrechtmatige’ wijze een voordeel behaalt⁹⁷². Haar verklaring rond de ‘mechaniek’ van het ingrijpen van het recht

⁹⁶⁸ Zie art. XVII.7 WER (oud art. 113 Wet Marktpraktijken). Uitgebreid met betrekking tot de mogelijkheden om vorderingen in te stellen in het kader van de Wet Marktpraktijken, bijvoorbeeld: A. TALLON, *De wet op de marktpraktijken: procedure en sancties.*, Gent, Larcier, 2012, 201 p.

⁹⁶⁹ Aangezien het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ een toepassing uitmaakt van art. VI.104. WER (oud art. 95 Wet Marktpraktijken) vereist dit ingrijpen ook steeds dat een ‘handelspraktijk’ voorligt, die twee voorwaarden vervult: 1.) de handelspraktijk is strijdig met de eerlijke marktpraktijken – in dit geval dus omdat ze kwalificeert als ‘parasitaire mededinging’ – én 2.) de handelspraktijk moet de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaden of kunnen schaden. Voor een uitgebreide bespreking van deze voorwaarden, zie bijvoorbeeld: J. LIGOT, F. VANBOSSELE, O. BATTARD en A. TALLON (editor), *Les pratiques loyales*, Brussel, Larcier, 2012, p. 40 e.v.; Zie ook: Luik 10 juni 2011, *I.R.D.I.* 2012, p. 83 (“*Enfin, les intérêts professionnels de l’appelante ne sont pas atteints alors même que la preuve de l’existence d’un dommage n’est pas requise.*”).

⁹⁷⁰ Een ‘handelspraktijk’ omschrijft art. I.8., 23° WER (oud art. 2, 29° Wet Marktpraktijken) hierbij als volgt: “*iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een onderneming, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product;*”. Het begrip ‘onderneming’ binnen deze definitie is volgens art. I.1., 1° WER (oud artikel 2, 1° Wet Marktpraktijken) te verstaan als: “*elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen*”.

⁹⁷¹ In die zin bijvoorbeeld: H. KÖHLER, “UWG § 4 Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen” in H. KÖHLER en J. BORNKAMM, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München, C.H. BECK, 2011, nr. 9.34 (Waar deze rond het begrip ‘Nachahmung einer Ware oder Dienstleistung’ stelt: “*Der Begriff hat eine hersteller- und eine produktbezogene Komponente: Erstens muss dem Hersteller im Zeitpunkt der Herstellung des Produkts das Original als Vorbild bekannt gewesen sein. ... Zweitens muss das Produkt (oder ein Teil davon) mit dem Originalprodukt übereinstimmen oder ihm zumindest so ähnlich sein, dass es sich in ihm wiedererkennen lässt*”).

⁹⁷² Brussel 7 december 2006, *T.B.H.* 2007, p.580 (in het bijzonder p.582-583 “*Pour qu’il y ait concurrence parasitaire, il n’est pas indispensable qu’il existe un risque de confusion (Bruxelles 6 novembre 2003, Ann. prat. comm. conc. 2003, p. 566). Il y a concurrence parasitaire en cas de copie par un concurrent d’une prestation, d’un produit ou d’un service si les conditions suivantes sont réunies: a) la prestation, le produit ou le service qui est copié doit être le fruit d’efforts créatifs et d’investissements relativement importants du point de vue financier et quant au temps consacré. La prestation protégée doit être suffisamment originale; b) la prestation, le produit ou le service copié doit avoir une valeur économique; c) celui qui copie ou imite doit tirer profit des efforts et investissements de l’autre vendeur, quelle qu’en soit la forme; c’est le cas notamment lorsque le copieur évite ainsi des frais de recherche et de développement du produit ou profite de la publicité effectuée par le créateur original; d) le copieur ne doit pas avoir consenti le moindre effort créatif pour distinguer sa prestation, son produit*”).

inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ doet de theorie rond ‘objectiefrechtelijke gedragsregels’ dan uiteindelijk besluiten dat de aanwijzingen die de bepalingen en beginselen binnen het recht inzake oneerlijke mededinging geven rond dit ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, te verstaan zijn als de invulling van drie parameters die de afstelling beheersen van dit ingrijpen:

- 1.) de *mate van ‘gelijkenis’ door ‘ontlening’* die moet bestaan tussen de zintuiglijk waarneembare kenmerken waarop een ‘handelspraktijk’ betrekking heeft en de zintuiglijk waarneembare kenmerken die te danken zijn aan het resultaat van inspanningen van een andere onderneming, om aan te nemen dat deze ‘handelspraktijk’ inderdaad teruggaat op een ‘kopiëren’ van de incorporatie van de inspanningen van een andere onderneming en dus kan kwalificeren als ‘parasitaire mededinging’
- 2.) de *kenmerken* die de *incorporatie van inspanningen* van een andere onderneming moet vertonen opdat de ‘handelspraktijk’ die teruggaat op een ‘kopiëren’ ervan zou kunnen kwalificeren als ‘parasitaire mededinging’ en
- 3.) de *kenmerken* van het *voordeel* dat de ‘handelspraktijk’ op grond van het ‘kopiëren’ van een incorporatie van de inspanningen van een andere onderneming moet opleveren om te kunnen kwalificeren als ‘parasitaire mededinging’⁹⁷³.

*ou son service de celui de l'autre vendeur.”); L. VOGEL, *Droit de la concurrence déloyale. 350 décisions commentées*, Parijs, LawLex, 2005, p.459, 463 en p. 471 e.v.; M. BUYDENS “Produktpiraterie und unlauterer Wettbewerb - Die Situation in Belgien und Frankreich mit Hinweisen auf die Rechtslage in Deutschland”, *GRUR Int* 1995, p. 20 e.v.; Hoge Raad 27 juni 1986 (Holland Nautic v. Decca), *Computerrecht* 1986, p.176 (p.177: “Ontbreekt een dergelijke absoluut recht dan is bij een stand van zaken als zich hier voordoet voor een vergelijkbare bescherming via het recht van de ongeoorloofde mededinging in beginsel ten minste vereist dat wordt geprofiteerd van een prestatie van dien aard dat zij op één lijn valt te stellen met die welke toekenning van een dergelijk recht rechtvaardigen.”) Hoge Raad 27 juni 1986 (Holland Nautic v. Decca), *Computerrecht* 1986, p.176 (p.177); Zie voor de verdere uitwerking van deze prestatiebescherming ook: Hoge Raad 27 oktober 1987 (KNVB v. NOS), *NJ* 1988, 310; Hoge Raad 20 november 1987 (*Staat v. Den Ouden*), *NJ* 1988, 311 en Hoge Raad 23 mei 2003 (KNVB v. Feyenoord), *NJ* 2003, 494; P. GEERTS, *Bescherming van de intellectuele eigendom*, Deventer, Kluwer, 2007, p. 18; F. GROSHEIDE, “Hoe slaafs mag men nabootsen”, *IER* 2005, p. 270; A. QUAEDVLIEG, “Beschermingsdrift: Een studie naar feiten en achtergronden rond sweat of the brow- of prestatiebescherming”, *B.I.E.* 1996, (Deel II) p.59; D. VAN ENGELLEN, “The Misappropriation Doctrine in the Netherlands”, *IIC* 1991, p.14; Bundesgerichtshof 14 december 1995 (*Vakuumpumpen-zaak*), *GRUR* 1996, p.210 (p.212: “Zu den im Streitfall besonders zu berücksichtigenden Umständen gehören vor allem das von der Klägerin behauptete schrittweise und zielbewußte Anhängen an eine Vielzahl ihrer Produkte, die freie Wählbarkeit einer Fülle von Gestaltungselementen und die aufgrund der Ersparung kostspieliger, eigener Entwicklungsarbeit mögliche erhebliche Preisunterbietung in Verbindung mit den daraus erzielten Wettbewerbsvorteilen.”); Bundesgerichtshof 8 november 2001 (*Noppenbahnen-zaak*), *GRUR* 2002, p. 275, rechtsoverweging 21 (“Eine solche wettbewerbliche Eigenart setzt voraus, daß die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale des Erzeugnisses geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen.”); H.-P. GÖTTING, “Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9)” in K.-H. FEZER, *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, München, Beck, 2005, Band 1, p.782 (Waar hij die ‘Behinderung von Mitbewerbern’ omschrijft als: “...die systematische Nachahmung einer Vielzahl eigenartiger, überdurchschnittlicher Erzeugnisse eines Mitbewerbers durch ein planmäßiges und zielgerichtetes Anhängen an die fremde Leistung, obwohl andere Gestaltungselemente frei wählbar sind.”); T. SAMBUC, “Die Eigenart der “wettbewerblichen Eigenart” - Bemerkungen zum Nachahmungsschutz von Arbeitsergebnissen durch § 1 UWG”, *GRUR* 1986, p. 130; Zie echter ook: Cass. 29 mei 2009, *NJW* 2010, p.151 (p.153: “De verkoper die, zonder zelf een creatieve inspanning te leveren, rechtstreeks voordeel haalt uit belangrijke inspanningen of investeringen gewijd aan een creatie met economische waarde van een andere verkoper, begaat nog geen daad strijdig met de eerlijke handelsgebruiken. De rechter kan nochtans op grond van het behalen van een voordeel om een andere reden dan het louter nabootsen, oordelen dat dit handelen onrechtmatig is. Die andere redenen bestaan niet alleen uit de miskennis van intellectuele eigendomsrechten of verwarringstichtende reclame, maar kunnen elke vorm van onrechtmatig gedrag zijn.”) Zie rond dit arrest bijvoorbeeld: Zie in die zin bijvoorbeeld: D. MERTENS, “Het Hof van Cassatie over ‘parasitaire mededinging’ en ‘aanhaking’. Scherpstelling of genadeschot?” noot bij Cass. 29 mei 2009, *R.W.* 2010-2011, p.1562-1566; G. STRAETMANS, “Over parasitaire concurrentie en namaak”, *DAOR* 2011, p. 286; R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 77-78.*

⁹⁷³ Zie de toetsing rond elk van deze drie criteria in bijvoorbeeld: Brussel 1 maart 2011, *RABG* 2011, p. 1136 e.v.; Gent 9 mei 2011, *Bull.BMM* 2011, p. 158 e.v. (...“Het gebruik van dezelfde outillage en hetzelfde

Binnen de zonet beschreven, heersende theorie rond ‘objectiefrechtelijke gedragsregels’ stellen we dan vast dat er uiteindelijk nog weinig discussie bestaat rond de ‘realiteit’ waarop het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ inwerkt en die het recht inzake oneerlijke mededinging als leidraad neemt om dit ingrijpen af te stellen. In dit verband neemt deze theorie met name aan dat het recht inzake oneerlijke mededinging dit ingrijpen in werking stelt en afstelt, in het licht van het volgende: de kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties, daarbij eventueel rekening houdend met de hypothesen die deze kenmerken toelaten rond de relevante, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen. De opvattingen die ook het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ lieten aanknopen bij de autonome, geestelijke realiteit van ‘immateriële goederen’, zijn immers grotendeels op de achtergrond geraakt⁹⁷⁴. Bij de zonet vermelde, relevante, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen, is dan in het bijzonder opnieuw te denken aan de bewustzijnsfenomenen bij het leveren van intellectuele arbeid en aan de bewustzijnsfenomenen bij het ervaren van een bepaalde behoeftebevrediging uitgelokt door de zintuiglijk waarneembare kenmerken die te danken zijn aan een bepaald ‘resultaat’ van inspanningen.

Toch is ook de verklaring van de ‘mechaniek’ van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ niet vrij van discussiepunten. In dit verband stellen we vast dat er met name onenigheid is rond de volgende vraag: of het wel zinvol is om bij de verklaring van het concrete ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’ strikt vast te houden aan het juridische concept en de focus die traditioneel de eigenheid uitmaken van dit ingrijpen, met name dus het juridisch concept van een objectiefrechtelijke plicht en een focus op het geheel van de concrete begeleidende feitelijke omstandigheden rond bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen. Sommige auteurs (2.2.1.) geven in dit verband aan dat het, in het licht van het daadwerkelijke ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ weinig zinvol is om dit ingrijpen nog te laten aanknopen bij het juridische concept en de focus die traditioneel de eigenheid uitmaken van dit ingrijpen. Andere auteurs daarentegen, waaronder wijzelf, (2.2.2.) menen dat het wel degelijk zinvol is om bij de interpretatie van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’, vast te houden aan het juridische concept en de focus die traditioneel de eigenheid uitmaken van dit ingrijpen. In wat volgt, lichten we deze beide standpunten toe in zoverre zij raken aan de ‘mechaniek’ van het

*publiciteitsbureau vormen op zich geen bewijs van parasitaire aanhaking.”... “Appellante toont niet aan dat geïntimeerde geteerd heeft op de investeringen van appellante, zonder zelf een inspanning te leveren. Het feit dat appellante gedurende vele jaren geïnvesteerd heeft in vormgeving en uitwerking (financieel en in tijd) van de tuinhuisjes, chalets, garages, carports, paardenstallen en hondenhokken, volstaat niet om vast te stellen dat Woodvaria zich onrechtmatig gedragen heeft.”); Brussel 7 december 2006, T.B.H. 2007, p.580 (p.582-583: “Il y a concurrence parasitaire en cas de copie par un concurrent d’une prestation, d’un produit ou d’un service si les conditions suivantes sont réunies: a) la prestation, le produit ou le service qui est copié doit être le fruit d’efforts créatifs et d’investissements relativement importants du point de vue financier et quant au temps consacré. La prestation protégée doit être suffisamment originale; b) la prestation, le produit ou le service copié doit avoir une valeur économique; c) celui qui copie ou imite doit tirer profit des efforts et investissements de l’autre vendeur, quelle qu’en soit la forme; c’est le cas notamment lorsque le copieur évite ainsi des frais de recherche et de développement du produit ou profite de la publicité effectuée par le créateur original; d) le copieur ne doit pas avoir consenti le moindre effort créatif pour distinguer sa prestation, son produit ou son service de celui de l’autre vendeur.”); Zie met betrekking tot de toetsing rond deze drie criteria in de rechtspraak ook bijvoorbeeld: J. LIGOT, F. VANBOSSELE, O. BATTARD en A. TALLON (editor), *Les pratiques loyales*, Brussel, Larcier, 2012, p. 104 e.v. en M. BUYDENS “Produktpiraterie und unlauterer Wettbewerb - Die Situation in Belgien und Frankreich mit Hinweisen auf die Rechtslage in Deutschland”, *GRUR Int* 1995, p. 21.*

⁹⁷⁴ Zie in dit verband: A. PUTTEMANS, *Droits Intellectuels et Concurrence Déloyale. Pour une protection des droits intellectuels par l’action en concurrence déloyale*, Brussel, Bruylant, 2000, p. 125 e.v. Zie ook : M. LEISTNER, *Richtiger Vertrag und Lauterer Wettbewerb: Eine grundlagenorientierte Studie unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Perspektive*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p.211 e.v.; F. WEIHRAUCH, *Der Unmittelbare Leistungsschutz im UWG*, Berlin, Verlag Arno Spitz, 2001, p.108 e.v (in het bijzonder p.115); V. JÄNICH, *Geistiges Eigentum – eine Komplementärererscheinung zum Sacheigentum?*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2002, p. 191; A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Basel en Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p. 113.

ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’⁹⁷⁵. Deze bespreking⁹⁷⁶ moet ons met name de nodige achtergrond geven om uiteindelijk te bepalen welke opvatting rond het juridische concept en de focus die dit ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ beheersen, de meest coherent verklaring oplevert rond de ‘mechaniek’ van dit ingrijpen, met het oog op de vaststelling van coherente en ‘geschikte’ criteria en referentiepunten voor de comparatieve toetsing die wij wensen uit te voeren rond de wenselijkheid van de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht.

2.2.1. De opvatting dat het niet zinvol is om vast te houden aan de traditionele concepten

Een deel van de rechtsleer geeft aan dat het, in het licht van de twee soorten ‘begeleidende omstandigheden’ die het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ gewoonlijk als bijzondere indicatie ziet om ‘parasitaire mededinging’ te traceren, nauwelijks nog zinvol is om dit ingrijpen te laten aanknopen bij het juridische concept en de focus die traditioneel de eigenheid uitmaken van dit ingrijpen⁹⁷⁷. De afstelling van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ in het licht van de betrokken ‘begeleidende omstandigheden’ leidt volgens de betrokken auteurs *de facto* veeleer tot het volgende: dat rond de incorporaties van bepaalde soorten ‘resultaten’ van inspanningen van een andere onderneming, *elke* handelspraktijk verboden is die teruggaat op het ‘kopiëren’ ervan, en dat het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ rond deze incorporaties van inspanningen gelijkenissen gaat vertonen met het ingrijpen van intellectuele rechten⁹⁷⁸. Ten eerste nemen sommige van de betrokken auteurs immers aan dat de ‘begeleidende omstandigheid’ om ‘parasitaire mededinging’ te traceren, dat een kopie voorligt van kenmerken die ontleend zijn aan een ‘resultaat’ van inspanningen dat een bepaalde drempel bereikt, *de facto* het volgende impliceert: dat deze ‘omstandigheid’ die duidt op ‘parasitaire mededinging’ *elk* kopiëren zal begeleiden van incorporaties van het ‘resultaat’ van inspanningen dat deze drempel bereikt. Het feit dat het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen de drempel bereikt is volgens hen dan immers logischerwijze een constante bij *elk* kopiëren van de belichamingen van dit ‘resultaat’ van inspanningen⁹⁷⁹. Ten tweede nemen sommige van deze auteurs ook aan dat, indien een onderneming zonder toestemming een incorporatie ‘kopieert’ van een ‘resultaat’ van inspanningen van een andere onderneming dat de drempel bereikt om ‘parasitaire mededinging’ te aanvaarden,

⁹⁷⁵ Het verband met de verklaring van de ‘mechaniek’ van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ is dan met name dat het juridische concept en de gehanteerde focus mee bepalen hoe de concrete bepalingen en beginselen rond de afstelling van dit ingrijpen, te verstaan zijn als verwijzingen naar kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties.

⁹⁷⁶ Bij deze bespreking focussen we opnieuw niet op de gelijkenissen maar wel op de verschillpunten in de verklaringen die deze opvattingen bieden rond de ‘mechaniek’ van het betrokken ingrijpen. In dit geval betekent dit dus dat we geen vergelijking dienen uit te voeren rond de situering van de ‘realiteit’ van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ maar wel rond de verhouding van dit ingrijpen tot het juridische concept en de focus die traditioneel zijn eigenheid uitmaken.

⁹⁷⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. KUR, “Der wettbewerbliche Leistungsschutz Gedanken zum wettbewerbsrechtlichen Schutz von Formgebungen, bekannten Marken und ‘Characters’”, *GRUR* 1990, p. 2 e.v.; Vergelijk ook P. LE TOURNEAU, “Des mérites et vertus de la responsabilité civile”, *Gaz. Pal.* 1985, p. 283 e.v.; Genuanceerder, met name in de zin dat het problematisch is om het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ te laten aanknopen bij het juridische concept en de focus die traditioneel de eigenheid uitmaken van dit ingrijpen, bijvoorbeeld: H.-P. GÖTTING, “Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9)” in K.-H. FEZER, *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Verlag C.H. Beck München 2005, (Band 1) p. 756, A. KAMPERMAN SANDERS, *Unfair Competition Law. The Protection of Intellectual Creativity*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p.113 en M. BUYDENS “Produktpiraterie und unlauterer Wettbewerb - Die Situation in Belgien und Frankreich mit Hinweisen auf die Rechtslage in Deutschland”, *GRUR Int* 1995, p. 23 e.v..

⁹⁷⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. KAMPERMAN SANDERS, *Unfair Competition Law. The Protection of Intellectual Creativity*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 113.

⁹⁷⁹ In die zin bijvoorbeeld: A. KAMPERMAN SANDERS, *Unfair Competition Law. The Protection of Intellectual Creativity*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p.113 (“*Usually misappropriation amounts to the recognition of a head of interest, which is then protected by means of tortious liability. The end-result is analogous to the protection of traditional intellectual property assets. It is merely a case in which de facto monopolies come into existence because an intangible is being protected under a head of interest. In the end intangibles are protected, simply because they are qualified as being worthy of protection, which is tantamount to recognizing a monopoly right. In essence these intangibles qualify as a monopolistic property right*”).

dit ‘kopiëren’ *inherent* gepaard gaat met een ‘profiteren’, een uitsparen van eigen inspanningen, door deze onderneming dat in de praktijk zal kwalificeren als de tweede ‘begeleidende omstandigheid’ om ‘parasitaire mededinging’ te traceren, met name als een ‘op onrechtmatige wijze voordeel behalen’. De analyse van deze auteurs is dan met name dat in deze gevallen het uitsparen van de inspanningen die verbonden waren aan het creëren van de initiële incorporatie van inspanningen, nu eenmaal *inherent* is aan het kopiëren van deze incorporaties van inspanningen⁹⁸⁰. Hun analyse dat de ‘begeleidende omstandigheden’ om ‘parasitaire mededinging’ te traceren, het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ de *facto elke* handelspraktijk doen verbieden die teruggaat op het *kopiëren* van de incorporaties van bepaalde soorten ‘resultaten’ van inspanningen van een andere onderneming, doet de betrokken auteurs dan besluiten dat dit ingrijpen zich in werkelijkheid nauwelijks nog laat verklaren binnen het juridische concept en de focus die traditioneel zijn eigenheid uitmaken⁹⁸¹. Optreden tegen *elk* kopiëren van een bepaald resultaat van inspanning van de betrokken soort, betekent immers ook dat het betrokken ingrijpen niet langer focust op het geheel van de omstandigheden rond het concrete kopiëren maar veeleer – net zoals bij intellectuele rechten het geval is – op het louter voorliggen van ‘kennis’ en ‘gelijkenis’ ten aanzien van incorporaties van het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen. Indien een onderneming op voorhand weet dat het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ haar *post factum* zal toelaten om op te treden tegen *elk* concreet kopiëren van incorporaties van haar ‘resultaat’ van inspanningen door andere ondernemingen, zorgt dit er dan ook voor dat de betrokken onderneming aan dit ingrijpen een *de facto* exclusiviteit ontleent rond incorporaties van haar resultaat van inspanningen, een *de facto* exclusiviteit die gelijkenissen gaat vertonen met de bescherming die een rechthebbende ontleent aan de subjectieve rechten toegekend door intellectuele rechten⁹⁸².

Hun zonet beschreven analyse rond het daadwerkelijke ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ dat volgt uit de ‘begeleidende omstandigheden’ die gewoonlijk als indicatie gelden om ‘parasitaire mededinging’ te traceren, deed sommige auteurs dan ook reeds besluiten dat het beter is om de traditionele analyse rond het juridische concept en de focus die de eigenheid vormen van dit ingrijpen te laten varen. Volgens deze auteurs zou het met name beter zijn om van meet af aan duidelijk te stellen dat er soorten resultaten van inspanningen zijn waarvoor het volgende zou gelden: de betrokken ‘resultaten’ van inspanningen voldoen niet aan de vereisten voor een bescherming op grond van de bestaande intellectuele rechten maar het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire

⁹⁸⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. BUYDENS “Produktpiraterie und unlauterer Wettbewerb - Die Situation in Belgien und Frankreich mit Hinweisen auf die Rechtslage in Deutschland”, *GRUR Int* 1995, p. 23 (“*Die Rechtsprechung auf dem Gebiet der parasitären Nachahmung beruht letztlich auf einem Paradox: Obwohl das Recht des unlauteren Wettbewerbs nicht das Ziel verfolgt, Leistungen kreativer Art zu schützen und die Nachahmung folglich im Grundsatz zulässig ist, führt die Theorie des parasitären Wettbewerbs in Wahrheit doch zu einem Schutz dieser Leistungen, da sie das notwendige Ergebnis jeder Nachahmung, nämlich die Einsparung der mit der Schöpfung verbundenen Kosten, als unzulässig ansieht.*”) en M. BUYDENS, “La Sanction de la ‘Piraterie de produits’ par le Droit de la Concurrence Déloyale”, *J.T.* 1993, p. 126 (“*Nous avons remarqué que cette théorie du parasitisme revient, en fait, à renverser le principe de la liberté de la copie: condamner l’effet logique de toute copie (c’est-à-dire le bénéfice qu’on en retire nécessairement) revient, en effet, à condamner la copie elle-même.*”).

⁹⁸¹ Zie in die zin zoals aangegeven: A. KUR, “Der wettbewerbliche Leistungsschutz Gedanken zum wettbewerbsrechtlichen Schutz von Formgebungen, bekannten Marken und “Characters””, *GRUR* 1990, p. 2 e.v.; H.-P. GÖTTING, “Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9)” in K-H FEZER, *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Verlag C.H. Beck München 2005, (Band 1) p. 756, (“*Allerdings lässt sich nicht verkennen, dass der ergänzende Wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz im Ergebnis einem immaterialgüterrechtlichen Schutz sehr nahe kommt, weil er ungeachtet der verschiedenen Anknüpfungspunkte dem Schöpfer eines Produktes mit wettbewerblicher Eigenart gegenüber dem nachahmenden Konkurrenten ein negatives Verbotungsrecht und ein positives Benutzungsrecht verleiht.*”) en M. BUYDENS “Produktpiraterie und unlauterer Wettbewerb - Die Situation in Belgien und Frankreich mit Hinweisen auf die Rechtslage in Deutschland”, *GRUR Int* 1995, p. 23 e.v..

⁹⁸² Zie in die zin ook de analyse bij bijvoorbeeld: A. KAMPERMAN SANDERS, *Unfair Competition Law. The Protection of Intellectual Creativity*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 113 (“*Usually misappropriation amounts to the recognition of a head of interest, which is then protected by means of tortious liability. The end-result is analogous to the protection of traditional intellectual property assets. It is merely a case in which de facto monopolies come into existence because an intangible is being protected under a head of interest. In the end intangibles are protected, simply because they are qualified as being worthy of protection, which is tantamount to recognizing a monopoly right. In essence these intangibles qualify as a monopolistic property right.*”).

mededinging' verbiedt andere ondernemingen principieel om incorporaties ervan te kopiëren. Rond de betrokken soorten 'resultaten' van inspanningen zou het dus niet meer nodig zijn om naast het eigenlijke kopiëren van incorporaties ervan, nog 'begeleidende omstandigheden' aan te tonen die dit kopiëren 'onrechtmatig' maken. Rond deze soorten 'resultaten' van inspanningen pleiten de betrokken auteurs met andere woorden voor een omkering van het traditionele principe van de 'vrijheid van kopiëren' binnen het recht inzake oneerlijke mededinging. Belangrijk hier is dat duidelijk aannemen dat er soorten van 'resultaten' van inspanningen zijn waarvoor een omkering geldt van de principiële 'vrijheid van kopiëren', volgens de betrokken auteurs, het volgende voordeel heeft: deze benadering zou bijdragen tot de ontwikkeling van duidelijkere criteria om die resultaten van inspanningen af te bakenen waarvoor deze omkering – ook nu reeds *de facto* – geldt⁹⁸³.

2.2.2. De opvatting dat het wel zinvol is om vast te houden aan de traditionele concepten

In navolging van andere auteurs⁹⁸⁴, menen wij echter dat het wel degelijk zinvol is om bij de interpretatie van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen 'parasitaire mededinging', vast te houden aan het juridische concept en de focus die traditioneel de eigenheid uitmaken van dit ingrijpen. In het juridische concept en de focus die traditioneel de eigenheid uitmaken van dit ingrijpen, ligt volgens ons immers de sleutel om de twee soorten 'begeleidende omstandigheden' die het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging' gewoonlijk naar voor schuift om 'parasitaire mededinging' te traceren, inderdaad te verstaan als aanwijzingen rond een specifieke toetsing die toelaat om dit ingrijpen zo precies mogelijk af te stellen op de feitelijke omstandigheden die relevant zijn in het licht van het met dit ingrijpen nagestreefde beleid.

Ons pleidooi om bij de interpretatie van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen 'parasitaire mededinging', strikt vast te houden aan het juridische concept en de focus die traditioneel de eigenheid uitmaken van dit ingrijpen, gaat daarbij met name uit van de veronderstelling dat een afstelling van het betrokken ingrijpen, overeenkomstig het daarmee nagestreefde beleid, vraagt om daarbij uitsluitel te kunnen krijgen rond het volgende gegeven: of aan te nemen is dat een zintuiglijk waarneembare handeling die teruggaat op het 'kopiëren' van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die een incorporatie van inspanningen van een andere onderneming dankt aan de handenarbeid of de intellectuele arbeid van een andere onderneming, ook gepaard gaat met het zich, zonder toestemming, toe-eigenen van deze handenarbeid of intellectuele arbeid van de andere onderneming om, op grond van 'inadequate inspanningen', een genot toe te laten van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die in wezen mogelijk gemaakt zijn door het betrokken resultaat van handenarbeid of intellectuele arbeid van deze andere onderneming.

Uit onze veronderstelling rond het gegeven dat, in beginsel, te verifiëren is bij de afstelling van het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging', volgt volgens ons dan ook dat dit ingrijpen af te stellen is in het licht van een toetsing die het geheel van de concrete feitelijke omstandigheden onderzoekt rond zintuiglijk waarneembare handelingen die kunnen kwalificeren als een 'kopiëren' van de incorporatie van inspanningen van een andere onderneming. Met name om na te gaan of het 'kopiëren' van de door een andere onderneming vervaardigde incorporatie van handenarbeid, ook gepaard gaat met het zich, zonder toestemming, toe-eigenen van de handenarbeid van deze

⁹⁸³ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. KUR, "Der wettbewerbliche Leistungsschutz Gedanken zum wettbewerbsrechtlichen Schutz von Formgebungen, bekannten Marken und 'Characters'", *GRUR* 1990, p. 3 ("Für die Rechtsprechung könnte ein solches Vorgehen einen Gewinn an Glaubwürdigkeit bedeuten, da sie nicht länger gezwungen wäre, in Wendungen, die einer näheren Analyse kaum standzuhalten vermögen, ein Handlungsunrecht zu konstruieren, wo ein solches in Wahrheit fehlt.").

⁹⁸⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: J. GLÖKNER, *Europäisches Lauterkeitsrecht* (Europäisches Wirtschaftsrecht, band 38), München, C.H. BECK, 2006, p. 593 e.v. en T. SAMBUC, "Einleitung" in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p. 406-407 ("Theoretisch lassen sich geistiges Eigentum und der Schutz gegen unlauteren Wettbewerb klar voneinander scheiden. Letzterer beruht auf Verhaltensregeln, deren Verletzung von Fall zu Fall Ansprüche von Konkurrenten und/oder Verbänden auslöst. Diese sind schuldrechtlicher (deliktischer) Natur. Geistiges Eigentum hingegen weist dem jeweils Berechtigten absolute Nutzungs-, Verfügungs- und Abwehrrechte gegenüber jedermann zu. Sie sind ihrem Wesen nach dinglicher Natur. ... Mit der Zuweisung ausschließlicher Herrschaftspositionen geriete das Unlauterkeitsrecht in einem nicht mehr lösbaren Widerspruch zur Wettbewerbsfreiheit.").

ander onderneming, is volgens ons nood aan een dergelijke toetsing die verdergaat dan de loutere vaststelling van een ‘kopiëren’ op grond van ‘kennis’ en ‘gelijkenis’ ten aanzien van de betrokken incorporatie van handenarbeid.

In de context van het traceren van ‘parasitaire mededinging’ ten aanzien van incorporaties van *intellectuele arbeid* is het daarbij nog niet onontbeerlijk dat het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ zich richt naar een toetsing van het geheel van de feitelijke omstandigheden rond het ‘kopiëren’ ervan. Rond zintuiglijk waarneembare kenmerken die daadwerkelijk intellectuele arbeid vroegen, geldt immers dat ook een beperktere toetsing, met name specifiek rond het voorliggen van een door ‘ontlening’ – ‘kennis’ dus – te verklaren voldoende ‘gelijkenis’ ten aanzien van deze kenmerken, op zich reeds een betrouwbare eerste indicator vormt om, in beginsel, het volgende te overwegen: dat tot deze gelijkenis komen met deze zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan verbonden capaciteit tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen gepaard ging met het uitsparen van de intellectuele arbeid die in beginsel, zonder de mogelijkheid om te ‘kopiëren’, noodzakelijk zou zijn om tot de aanwending te komen van de betrokken gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan verbonden capaciteit tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen. De verklaring hiervoor is dan opnieuw het fenomeen dat we hierboven reeds aangeduid hebben als het onvermogen om nog intellectuele arbeid te leveren gericht op het bedenken van reeds gekende kenmerken. Bij dit fenomeen gaat het er zoals aangegeven om dat, indien een persoon een zintuiglijk waarneembare manifestatie zintuiglijk waarneembare kenmerken geeft, die *niet of onvoldoende verschillen* van de zintuiglijk waarneembare kenmerken, die hij op dat moment *kent* van andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, ook uit te sluiten is dat deze persoon daarbij intellectuele arbeid leverde gericht op het bedenken van de betrokken gelijkende kenmerken⁹⁸⁵. Stel bijvoorbeeld dat een persoon, met *kennis* van het schilderij van een andere persoon, vervolgens een *gelijkend* schilderij maakt, dan zal dit inherent inhouden dat hij de eventuele intellectuele arbeid van deze andere persoon rond het bedenken van de compositie van het initiële schilderij, uitspaart bij het maken van de kopie met dezelfde of gelijkende compositie. Indien een persoon *kennis* heeft van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die hun capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen inderdaad danken aan het resultaat van *intellectuele arbeid* van een initiële bedenker, en deze persoon vervolgens, bekeken op het niveau van abstractie dat het ‘aanwendingsscala’ dekt van dit resultaat van *intellectuele arbeid*, voldoende *gelijkende* zintuiglijk waarneembare kenmerken aanwendt om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, is volgens ons, zoals aangegeven door de theorie rond intellectueelrechtelijke lasten’, meer bepaald in beginsel het volgende aan te nemen: dat deze persoon op het resultaat van *intellectuele arbeid* van de initiële bedenker steunt om, op grond van ‘inadequate inspanningen’, een genot toe te laten van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die in wezen mogelijk gemaakt zijn door dit resultaat van intellectuele arbeid van de initiële bedenker.

In de context daarentegen van het traceren van ‘parasitaire mededinging’ ten aanzien van incorporaties van *handenarbeid* is het volgens ons *wel* onontbeerlijk dat het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ zich richt naar een toetsing van het geheel van de feitelijke omstandigheden rond het ‘kopiëren’ ervan. Rond zintuiglijk waarneembare kenmerken die te danken zijn aan handenarbeid geldt volgens ons immers dat enkel een toetsing van het geheel van de concrete feitelijke omstandigheden rond het ‘kopiëren’ van deze kenmerken, en met name van de concrete werkwijze daarbij om tot de gelijkende zintuiglijk waarneembare te komen, ook toelaat om te besluiten of al dan niet het volgende aan te nemen is: dat tot deze gelijkenis komen met deze zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan verbonden capaciteit tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen gepaard ging met het uitsparen van de handenarbeid die in beginsel, zonder de mogelijkheid om te ‘kopiëren’, noodzakelijk zou zijn om tot de aanwending te komen van de betrokken gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan verbonden capaciteit tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen. Een beperktere toetsing, specifiek rond door ‘ontlening’ – ‘kennis’ dus – te verklaren ‘gelijkenis’ ten aanzien van de betrokken bestaande zintuiglijk waarneembare kenmerken die te

⁹⁸⁵ Alle pogingen van deze persoon om toch nog op eigen kracht intellectuele arbeid te leveren gericht op het bedenken van gelijkende kenmerken zullen dan immers, zoals aangegeven, falen omwille van de volgende reden: deze persoon zal daarbij niet kunnen vermijden om meteen al te denken aan de bestaande kenmerken die hij reeds kent. Het vergaat deze persoon daarbij dan, zoals gezegd, net als mensen die, wanneer hen gevraagd wordt om niet aan een nijlpaard te denken, onvermijdelijk aan een nijlpaard moeten denken.

danken zijn aan handenarbeid, laat volgens ons immers nog geen besluiten toe in dit verband. De verklaring hiervoor is in wezen, zoals aangegeven, dat, waar zich rond intellectuele arbeid het fenomeen voordoet dat we aangeduid hebben als het onvermogen om nog intellectuele arbeid te leveren gericht op het bedenken van reeds gekende kenmerken, een dergelijk fenomeen zich niet voordoet rond handenarbeid. Indien een persoon een zintuiglijk waarneembare manifestatie zintuiglijk waarneembare kenmerken geeft, die *niet of onvoldoende verschillen* van de zintuiglijk waarneembare kenmerken, die hij op dat moment *kent* van andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, is, volgens ons, immers niet te sluiten dat deze persoon daarbij nog handenarbeid leverde gericht op het creëren van de betrokken gelijkende kenmerken, en is al evenmin uit te sluiten dat deze persoon daarbij op grond van eigen ‘adequate inspanningen’ tot de betrokken gelijkende kenmerken kwam en hun capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen. Eigen ‘adequate inspanningen’ verwijst hierbij dan met name naar inspanningen die ook, op zich genomen en zonder de mogelijkheid om kenmerken over te nemen die een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie dankt aan een eerder resultaat van inspanningen, zou volstaan om tot een aanwending te komen van de betrokken zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan verbonden capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen. Bij handenarbeid doet zich integendeel dus het fenomeen voor dat het nu eenmaal niet onmogelijk is om nog ‘adequate inspanningen’ te leveren rond het vervaardigen van gelijkaardige, reeds gekende kenmerken die te danken zijn aan handenarbeid. Indien een persoon *kennis* heeft van zintuiglijk waarneembare kenmerken die hun capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan het resultaat van *handenarbeid* van een initiële maker, en deze persoon, vervolgens, voldoende *gelijkende* zintuiglijk waarneembare kenmerken aanwendt om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, is, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ in beginsel met name steeds rekening te houden met twee hypothesen. Enerzijds is er in deze constellatie van feitelijke omstandigheden dan inderdaad rekening te houden met de hypothese dat de betrokken persoon tot *gelijkende* kenmerken komt en de daaraan verbonden *gelijkende* capaciteit tot behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen als deze die hij *kent* van incorporaties van het resultaat van *handenarbeid* van een initiële maker, door daarbij gebruik te maken van technische middelen die een mogelijkheid scheppen om, met ‘inadequate inspanningen’, een zintuiglijk waarneembare manifestatie *gelijkende* zintuiglijk kenmerken en daaraan verbonden *gelijkende* capaciteit tot behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te geven. Anderzijds is er in de zonet omschreven constellatie van feitelijke omstandigheden echter ook rekening te houden met de hypothese dat de betrokken persoon tot *gelijkende* kenmerken komt en de daaraan verbonden *gelijkende* capaciteit tot behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen als deze die hij *kent* van incorporaties van het resultaat van *handenarbeid* van een initiële maker, door op eigen kracht ‘adequate inspanningen’ te leveren. We menen deze twee hypothese daarbij zoals aangegeven met name te kunnen illustreren aan de hand van het voorbeeld van een cd-rom die de meetresultaten bevat van een onderzoek waarbij een onderzoeker aan de hand van algemeen gekende proefopstelling noteerde welke inkrimping en uitzetting duizend metaallegeringen kennen bij elk interval van één graad Celsius tussen min en plus vijftig graden Celsius. Indien een andere persoon, die de initiële cd-rom *kende* later een cd-rom blijkt vervaardigd te hebben met *dezelfde* of *gelijke* meetresultaten is er dan in de eerste plaats rekening mee te houden dat hij tot deze gelijkende cd-rom kwam door de initiële cd-rom te kopiëren via een technisch middel, bijvoorbeeld een cd-writer. Bij het gebruik van een dergelijke cd-writer geldt dan zoals aangegeven dat, zonder de mogelijkheid om deze bestaande cd-rom met meetresultaten te gebruiken, de concrete inspanningen om een cd-rom in de cd-writer te stoppen en de stappen te doorlopen van het kopieerprogramma niet zouden volstaan om tot een cd-rom te komen met data rond de inkrimping en uitzetting van duizend metaallegeringen bij elk interval van één graad Celsius tussen min en plus vijftig graden Celsius. Indien een andere persoon, die de initiële cd-rom *kende* later een cd-rom blijkt vervaardigd te hebben met *dezelfde* of *gelijke* meetresultaten is er dan in de tweede plaats echter ook rekening mee te houden dat hij tot deze gelijkende cd-rom kwam door de betrokken algemeen gekende proefopstelling te hernemen. In dit laatste geval levert deze andere persoon dan inspanningen die ook, zonder het vooraf bestaan van de initiële cd-rom, zouden volstaan om tot een cd-rom te komen met de betrokken meetresultaten.

In gevallen waarin een persoon kenmerken ‘kopieert’ die een door hem gekende incorporatie van inspanningen dankt aan de handenarbeid van een andere persoon, is het volgens ons dus niet inherent zo dat dit inhoudt dat deze persoon daarbij een voordeel behaalt door zich de inspanningen toe te eigenen van deze andere persoon. Of een persoon bij het ‘kopieëren’ van kenmerken die te danken zijn aan de handenarbeid van een andere persoon ook een ‘voordeel’ behaalt door zich de inspanningen toe te eigenen van deze andere persoon dan wel steunt op eigen ‘adequate inspanningen’, is volgens ons enkel vast te stellen door een toetsing die nagaat op welke concrete wijze

deze persoon de betrokken kopie tot stand bracht. In die zin gaat het volgens ons dan ook *niet* op om, zoals sommige hierboven aangehaalde auteurs doen, in de context van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, dat zich dus uitstrekt tot incorporaties van handenarbeid en intellectuele arbeid, het volgende aan te nemen: dat elk ‘kopiëren’ van een incorporatie van inspanningen van een andere onderneming *inherent* gepaard gaat met een ‘profiteren’, een uitsparen van eigen inspanningen, dat in de praktijk zal kwalificeren als de tweede ‘begeleidende omstandigheid’ om ‘parasitaire mededinging’ te traceren, met name als een ‘op onrechtmatige wijze voordeel behalen’⁹⁸⁶. Bijvoorbeeld bij het op grond van eigen ‘adequate inspanningen’ kopiëren van een kenmerken die te danken zijn aan handenarbeid is volgens ons dus immers aan te nemen dat geen sprake is van een ‘op onrechtmatige wijze voordeel behalen’ dat op ‘parasitaire mededinging’ duidt en is, in beginsel, te denken aan de toepassing van het principe van ‘vrijheid van kopiëren’ dat geldt binnen het recht inzake oneerlijke mededinging⁹⁸⁷.

Strikt vasthouden aan het juridische concept en de focus die traditioneel de eigenheid uitmaken van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, helpt volgens ons nu met name om, in de twee soorten ‘begeleidende omstandigheden’ die dit ingrijpen gewoonlijk naar voor schuift om ‘parasitaire mededinging’ te traceren, de toetsing te lezen die nodig is om dit ingrijpen zo precies mogelijk af te stellen op de feitelijke omstandigheden die relevant zijn in het licht van het nagestreefde beleid, met name een toetsing die rekening houdt met het geheel van de concrete feitelijke omstandigheden rond een ‘kopiëren’ van de incorporatie van inspanningen van een andere onderneming.

In de eerste plaats verplicht een interpretatie strikt in het licht van het juridische concept en de focus die traditioneel de eigenheid uitmaken van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, immers tot het volgende: om in het kader van de ‘begeleidende omstandigheid’ rond het behalen van een ‘onrechtmatig voordeel’ in combinatie met een ‘kopiëren’, steeds nog het geheel van de betrokken feitelijke omstandigheden rond dit ‘kopiëren’ te toetsen om te beoordelen of daadwerkelijk sprake is van het behalen van een dergelijk ‘onrechtmatig voordeel’⁹⁸⁸. Waar het juridische concept en de focus die traditioneel de eigenheid uitmaken van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, vragen om dit ingrijpen af te stellen, rekening houdend met het geheel van de concrete feitelijke omstandigheden rond een ‘kopiëren’, zetten zij, volgens ons, dus ook terecht aan tot het volgende: om bij het traceren van het behalen van een ‘onrechtmatig voordeel’ in combinatie met het kopiëren van incorporatie van inspanningen van een andere onderneming, een toetsing te hanteren die zowel rond het ‘kopiëren’ van zintuiglijk waarneembare kenmerken die te danken zijn handenarbeid als rond het ‘kopiëren’ van zintuiglijk waarneembare kenmerken die te danken zijn intellectuele arbeid, toelaat om betrouwbaar te beoordelen of het behalen van een dergelijk ‘onrechtmatig voordeel’ daarbij inderdaad voorligt, met name dus in de vorm van het zich, zonder toestemming, toe-eigenen van de inspanningen van de andere onderneming om, op grond van ‘inadequate

⁹⁸⁶ Vergelijk nochtans uitdrukkelijke in die zin, bijvoorbeeld: M. BUYDENS “Produktpiraterie und unlauterer Wettbewerb - Die Situation in Belgien und Frankreich mit Hinweisen auf die Rechtslage in Deutschland”, *GRUR Int* 1995, p. 23 (“...*Obwohl das Recht des unlauteren Wettbewerbs nicht das Ziel verfolgt, Leistungen kreativer Art zu schützen und die Nachahmung folglich im Grundsatz zulässig ist, führt die Theorie des parasitären Wettbewerbs in Wahrheit doch zu einem Schutz dieser Leistungen, da sie das notwendige Ergebnis jeder Nachahmung, nämlich die Einsparung der mit der Schöpfung verbundenen Kosten, als unzulässig ansieht.*”).

⁹⁸⁷ Zie rond de gelding van het principe van ‘vrijheid van kopiëren’ in het kader van het recht inzake oneerlijke mededinging, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: Cass. 29 mei 2009, *NJW* 2010, p.151; Cass. 4 november 1954, Ing. Cons. 1954, p.249; Brussel 7 december 2006, *T.B.H.* 2007, p.580, (p.582: “...*que la simple copie de l'oeuvre d'autrui ne constitue pas, en soi, un acte de concurrence déloyale*); V. WELLENS, *Doorwerking van de intellectuele rechten in de Wet Handelspraktijken: voorrangsregels op het kruispunt van de oneerlijke mededinging en de vrijheid van kopie*, Gent, Larcier, 2007, p. 7; F. GOTZEN, “De Norm van de Eerlijke Gebruiken en de Intellectuele Rechten” in P. WYTINCK en J. STUYCK, *De nieuwe wet handelspraktijken: wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, Brussel, Story-Scientia 1992, p.262; F. GROSHEIDE, “Hoe slaafs mag men nabootsen”, *IER* 2005, p. 270; J. GLÖKNER, *Europäisches Lauterkeitsrecht*, München, C.H. BECK, 2006, p. 594 en L. VOGEL, *Droit de la concurrence déloyale. 350 décisions commentées*, Parijs, LawLex, 2005, p. 480.

⁹⁸⁸ Vergelijk bijvoorbeeld: H.-P. GÖTTING, “Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9)”, in K-H FEZER (ed.), *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Verlag C.H. Beck München 2005, (Band 1) p. 762 (“*Kurz gesagt bezieht sich der ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz anders als die Immaterialgüterrechte nicht auf das "ob", sondern auf das "wie" der Nachahmung.*”).

inspanningen’, een genot toe te laten van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die in wezen mogelijk gemaakt zijn door het betrokken resultaat van inspanningen van deze andere onderneming.

In de tweede plaats verplicht een interpretatie strikt in het licht van het juridische concept en de focus die traditioneel de eigenheid uitmaken van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, dan ook tot het volgende: om in het kader van de ‘begeleidende omstandigheid’ rond het ‘kopiëren’ van een incorporatie van een ‘resultaat’ van inspanningen dat een bepaalde drempel bereikt, het ‘kopiëren’ van dit resultaat van inspanningen, in beginsel, steeds te benaderen als één omstandigheid binnen het geheel van feitelijke omstandigheden die bepalen of het betrokken ‘kopiëren’ een parasitair karakter heeft⁹⁸⁹. Waar het juridische concept en de focus die traditioneel de eigenheid uitmaken van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, vragen om dit ingrijpen af te stellen, rekening houdend met het geheel van de concrete feitelijke omstandigheden rond een ‘kopiëren’, zetten zij, volgens ons, in dit geval dus met name terecht aan tot het volgende: om een door ‘ontlening’ – ‘kennis’ dus – te verklaren ‘gelijkenis’ met de zintuiglijk waarneembare kenmerken die voortvloeien uit de inspanningen van een bepaald resultaat van inspanningen van andere onderneming, niet zonder meer als het doorslaggevende feit te zien om in het licht van een bepaalde constellatie van feitelijke omstandigheden tot ‘parasitaire mededinging’ te besluiten⁹⁹⁰. In het geval van een incorporatie van een ‘resultaat’ van inspanningen dat een bepaalde drempel aan *intellectuele arbeid* bereikt, is een dergelijk benadering zoals aangegeven te verdedigen. In het geval van een incorporatie van een ‘resultaat’ van inspanningen dat een bepaalde drempel aan *handenarbeid* bereikt, zou een dergelijke focus op het loutere voorliggen van een door ‘ontlening’ – ‘kennis’ dus – te verklaren ‘gelijkenis’ met de zintuiglijk waarneembare kenmerken die te danken zijn aan deze handenarbeid er zoals aangegeven echter toe leiden om het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ ook te laten optreden tegen gevallen waarin sprake is van een ‘kopiëren’ op grond van eigen ‘adequate inspanningen’ en dus geen sprake is van ‘parasitaire mededinging’. Bij een lezing die strikt vasthoudt aan het juridische concept en de focus die traditioneel de eigenheid uitmaken van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ is dus aan te nemen dat de ‘begeleidende omstandigheid’ rond het ‘kopiëren’ van een incorporatie van een ‘resultaat’ van inspanningen dat een bepaalde drempel bereikt dus veeleer als volgt te verstaan: als een aanwijzingen louter om te controleren dát daadwerkelijk inspanningen, investeringen, voorliggen die een ‘handelspraktijk’ onrechtmatig kan toe-eigenen. Of de concrete ‘handelspraktijk’ die teruggaat op het kopiëren van de kenmerken die te danken zijn aan deze inspanningen dan ‘parasitaire mededinging’ uitmaakt, hangt dan af van de concrete contextgebonden kenmerken van deze ‘handelspraktijk’ maar, althans in beginsel,

⁹⁸⁹ Zie uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: Cour de Paris 13 februari 1984, *Ann.* 1984, p. 85 en E. KÖRNER, “Das allgemeine Wettbewerbsrecht des UWG als Auffangtatbestand für fehlgeschlagenen oder abgelaufenen Sonderrechtsschutz”, in H.-J. AHRENS, J. BORNKAMM en H. KUNZ-HALLSTEIN (eds), *Festschrift für Eike Ullman*, Saarbrücken, Juris, 2006, p. 705-706 (“*Obgleich die Nachahmung eines Vorbilds tatbestandliche Voraussetzung für das eingreifen wettbewerbsrechtlicher Vorschriften ist, kann allein das Vorliegen dieses Merkmals nicht zu einer generellen Anwendung des Wettbewerbsrechts neben dem bestehenden Sonderrechtsschutz führen. Dies ist vor allem um deswillen nicht hinnehmbar, weil damit alle tatbestandlichen Begrenzungen des bestehenden Sonderrechtsschutzes aus den Angeln gehoben würden, was besonders evident ist im Falle des zeitlichen Ablaufs eines Sonderschutzrechts, der im Interesse des Fortschritts oder der Wettbewerbsfreiheit eine derartige Nachahmung gerade gestatten will.*”).

⁹⁹⁰ In dit verband wijst HILTY er overigens op dat we ons niet mogen laten misleiden door het gegeven dat in de rechtspraak de kenmerken van het gekopieerde resultaat van inspanningen vaak zo sterk op de voorgrond staan bij het formuleren van een bevel om ‘parasitaire mededinging’ te staken: “*Vor diesem Hintergrund darf der „Umweg“ über das Produkt dahingehend, dass seitens eines Gerichts der Schutz aus praktischer Sicht natürlich am Produkt selbst festgemacht werden muss, indem im Einzelfall letztlich dessen Reproduktion untersagt wird, nicht verwirren. Auch wenn die gerichtliche Unterlassungsanordnung im Resultat gleich aussieht wie ein immaterialgüterrechtlicher „Produktschutz“, so darf diese Wahrnehmung folglich nicht darüber hinwegtäuschen, dass das eigentliche Ziel eben gerade nicht im Schutz des (nicht sonderschutzrechtlich erfassten) Produkts an sich liegt; das fragliche Verbot ist nur die Folge des investitionsschutzrechtlich begründeten Eingriffs in die freien Kräfte des Marktes*” R. HILTY, “Das Recht gegen unlauteren Wettbewerb und seine Schnittstellen”, Symposium *Das Recht gegen Unlauteren Wettbewerb in den neuen Mitgliedstaaten: Impulse für Europa?*, 16-18 Juni 2005, Budapest (In vertaling verschenen in: R. HILTY, “The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces” in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p. 23).

niet van het loutere feit dat het gekopieerde ‘resultaat’ van inspanningen een bepaalde drempel overstijgt en dat een kopie voorligt van een incorporatie van dit ‘resultaat’ van inspanningen⁹⁹¹.

Door bij de interpretatie van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’, strikt vast te houden aan het juridische concept en de focus die traditioneel de eigenheid uitmaken van dit ingrijpen, wordt volgens ons dus duidelijk hoe de twee soorten ‘begeleidende omstandigheden’ die als indicatie gelden om ‘parasitaire mededinging’ te traceren, dit ingrijpen zo precies mogelijk afstellen op de feitelijke omstandigheden die relevant zijn in het licht van het met dit ingrijpen nagestreefde beleid.

3. De systematiek van het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging als investeringsbescherming

Uit de hierboven aangehaalde analyses van wetgevers, rechtspraak en rechtsleer rond het *doel* en het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten en van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’, zijn, volgens ons, nu in essentie twee opvattingen af te leiden rond de ‘systematiek’ van het optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Met een dergelijke ‘systematiek’ van het optimale ingrijpen, verwijzen we, zoals aangegeven, naar een leer die aangeeft op welke manier het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten en van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, af te stellen is in het licht van onderscheiden constellaties van *feitelijke omstandigheden*, om daarin optimaal de *doelstellingen* te realiseren, die het betrokken ingrijpen behoort te bereiken. Een eerste opvatting die we vaststellen rond een dergelijke systematiek menen we te kunnen aanduiden als een systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’. Deze systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ is representatief voor de dominante opvattingen rond de ‘systematiek’ van het optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht en vormt met name een synthese van de hierboven besproken dominante analyses rond het *doel* en het *middel* van het ingrijpen van de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. Deze systematiek sluit daarbij in wezen aan bij wat we eerder aangeduid hebben als het heersende denkkader rond het ingrijpen van de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’. Een tweede opvatting die we vaststellen rond het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimale ingrijpen van de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’, menen we te kunnen aanduiden als een systematiek rond ‘imitatievoordeel’. Deze systematiek rond ‘imitatievoordeel’ vormt daarbij met name onze synthese van de hierboven besproken opvattingen die een alternatief vormen voor de dominante analyses rond het *doel* en het *middel* van het ingrijpen van de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging rond ‘parasitaire mededinging’.

In dit onderdeel, bespreken we nu of de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan wel de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ de beste leidraad vormt om de concrete parameters en referentiepunten vast te leggen binnen de comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen die wij, zoals aangegeven, willen inzetten voor het volgende doel: een beoordeling van de wenselijkheid van de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, op het vlak van het verlenen van de specifieke investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Concreet gaan we daartoe als volgt te werk. Eerst (3.1.) gaan we dieper in op de inhoud van de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’. Vervolgens (3.2.) bespreken we ook de inhoud van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ meer in detail. Uiteindelijk (3.3.) beoordelen we dan of en in welke mate, de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan wel de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ de beste leidraad vormt voor het operationaliseren van de evaluatie die wij wensen door te voeren van de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten rond

⁹⁹¹ Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld SAMBUC, die observeert: “Wenn der Leistungsschutz als solcher dem Lauterkeitsrecht fremd ist, darf der UWG-Nachahmungsschutz nur unter dem unlauterkeitstypischen Gesichtspunkt des Handlungsunrechts eingreifen: er schützt nicht das ‘Was’, sondern gegen das ‘wie’ der Nachahmung. Erforderlich sind ‘besondere Begleitumstände’, aus denen sich ausnahmsweise die Unlauterkeit der Nachahmehandlung ergeben kann” T. SAMBUC, “Einleitung” in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p. 410.

chips, computerprogramma's en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, op het vlak van het verlenen van een investeringsbescherming.

3.1. De systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen'

De dominante systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen' verdedigt een bepaalde opvatting rond de 'systematiek' van het optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Deze systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen' verdedigt dus met name een bepaalde leer rond de manier waarop het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten en van het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging' af te stellen is opdat dit, in het licht van de relevante constellaties van *feitelijke omstandigheden*, optimaal de nagestreefde *doelstellingen* zou realiseren.

Een eerste eigenheid van de dominante systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen' is daarbij dan met name haar analyse van de 'mechaniek' van het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging rond 'parasitaire mededinging'. Voor de verklaring van de 'mechaniek' van het ingrijpen van intellectuele rechten blijkt de systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen' gewoonlijk aan te sluiten bij de dominante theorie rond 'immateriële goederen'. Op het vlak van de 'mechaniek' van het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging' stellen we vast dat de systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen' in beginsel uitgaat van de theorie rond 'objectiefrechtelijke gedragsregels' maar het daarbij niet cruciaal achten om bij de verklaring van de 'mechaniek' van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen 'parasitaire mededinging' al te strikt vast te houden aan het juridische concept en de focus die traditioneel de eigenheid uitmaken van dit ingrijpen.

Een tweede eigenheid van de systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen' is dan haar analyse van het resultaat dat, overeenkomstig utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen te bereiken is aan de hand van het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen 'parasitaire mededinging'. In dit verband stellen we vast dat de systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen' gewoonlijk een synthese maakt van de hierboven besproken 'incentive versus acces'-benadering, 'absolute exclusiviteit'-benadering en 'balans'-benadering.

Hierbij is dan op te merken dat de systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen' teruggaat op analyses rond het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht die wij eerder reeds bekritiseerd hebben. Niettemin achten wij het aangewezen om in te gaan op deze systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen' en de richtlijnen die deze systematiek uitwerkt op grond van de betrokken analyses, met name om een volledig beeld te scheppen van de invloed van deze analyses op de heersende opvattingen rond het optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht.

In dit onderdeel, bespreken we nu met name welke concrete richtlijnen de systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen' aanreikt om tot een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling te komen van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. We geven dus aan welke aanwijzingen de systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen' biedt om het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging tegen 'parasitaire mededinging' zo af te stellen dat dit de volgende doelstelling bereikt: zo conform mogelijk met utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen én overwegingen rond een optimale precisering en differentiatie van gedragsvoorschriften, in de specifieke soort investeringsbescherming voorziet die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. In wat volgt, verdiepen we ons dus in de 'logica' die deze systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen' hanteert om tot haar aanwijzingen te komen rond de optimale afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, met het oog op het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Bij deze 'logica' van de optimale afstelling van het betrokken ingrijpen gaat het dan met name om de redenering die de systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen' opbouwt om het volgende te bepalen: welke feitelijke omstandigheden welke invloed behoren uit te oefenen op de invulling van de parameters die de afstelling beheersen van het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging tegen 'parasitaire mededinging', om in de betrokken constellaties van feitelijke omstandigheden tot het, aan de hand van dit ingrijpen, te bereiken resultaat te komen.

Meer concreet hanteren we in dit onderdeel nu met name de volgende structuur om de concrete richtlijnen te bespreken die de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ biedt om tot een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling te komen van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Ten eerste (3.1.1.) geven we aan welk concreet resultaat een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van de investeringsbescherming door het intellectuele eigendomsrecht, volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’, dient na te streven. Ten tweede (3.1.2.) bespreken we dan de feitelijke omstandigheden die volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’, bepalend zijn om tot een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling te komen van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht in het licht van het aan de hand van dit ingrijpen na te streven concrete resultaat. Ten derde (3.1.3.), bespreken we dan de concrete richtlijnen die de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ biedt om een concrete beschermingsregeling die in een intellectueel recht of het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ voorziet, een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling te geven. Ten vierde (3.1.4.), gaan we dan in op het arsenaal aan ‘differentiaties’ in de concrete afstelling van beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, die het intellectuele eigendomsrecht, volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’, moet voorzien, om, waar nodig, steeds een beschermingsregeling paraat te hebben die, in het licht van de betrokken feitelijke omstandigheden, een, binnen de focus van ons onderzoek, optimaal ingrijpen toelaat van intellectuele rechten of van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’.

3.1.1. Het na te streven resultaat

Hét richtsnoer voor de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ om richtlijnen te formuleren rond de, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, is haar analyse rond het resultaat dat het, vanuit deze focus, optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht dient te bereiken. De focus en centrale vraagstelling van ons onderzoek zorgt er dan met name voor dat de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ daarbij aandacht moet hebben voor het resultaat dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht dient na te streven (A.) aan de hand van de ‘inhoud’ van zijn gedragsvoorschriften en (B.) aan de hand van de formulering, met name de ‘precisering’ en ‘differentiatie’, van deze gedragsvoorschriften. Het is in het licht van haar overwegingen rond deze twee punten dat de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ uiteindelijk (C.) tot haar opvatting komt rond het concrete resultaat dat na te streven is aan de hand van een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van de investeringsbescherming door het intellectuele eigendomsrecht.

A. De ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften

Of de ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften van het intellectuele eigendomsrecht, binnen de focus van ons onderzoek, optimaal is, is volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’, af te meten aan het bereiken van de volgende doelstelling: zo conform mogelijk met utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen in de specifieke soort investeringsbescherming voorzien die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Deze aanname gaat daarbij in wezen terug op de hierboven besproken, brede aanvaarding van de dualistische rechtvaardiging van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, met name een rechtvaardiging in het licht van utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen.

Vervolgens gaat de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan na hoe de *doelstelling* van een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften van het intellectuele eigendomsrecht zich ‘vertaalt’ in een bepaald, aan de hand van deze ‘inhoud’ te bereiken, *resultaat*, rekening houdend met de mechaniek van het ingrijpen van intellectuele rechten en van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’. Op dit punt, stellen we dan, zoals aangegeven, vast dat de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ gewoonlijk een synthese maakt van de hierboven besproken ‘incentive versus acces’-benadering, ‘absolute exclusiviteit’-benadering en ‘balans’-benadering.

Op grond van haar synthese van de hierboven besproken ‘incentive versus acces’-benadering, ‘absolute exclusiviteit’-benadering en ‘balans’-benadering, blijkt de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan met name aan te nemen dat de *doelstelling* van een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften van het intellectuele eigendomsrecht, vraagt om aan de hand van deze ‘inhoud’ het volgende *resultaat* na te streven: personen een bevoegdheid geven om die zintuiglijk waarneembare handelingen

te verbieden die een aanwending inhouden van het resultaat van hun inspanningen, in gevallen waarin en in de mate dat de te verwachten ‘verdiensten’ van dit ingrijpen de te verwachten ‘tekortkomingen’ zullen overstijgen van dit ingrijpen⁹⁹². De ‘verdiensten’ en de ‘tekortkomingen’ van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht zijn daarbij, volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan met name te beoordelen in het licht van de som van utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen. Het verlenen van een bepaalde mate van bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht zal, volgens deze systematiek, dan met name ‘verdienstelijk’ zijn op grond van utilitaristische overwegingen in de mate dat dit ingrijpen toelaat dat handelingen verboden worden die anders in de weg zouden staan van het stellen van handelingen die een hogere of maximale bijdragen leveren het grootst mogelijke geluk van het grootst mogelijke aantal mensen. Daartegenover staat dat het toekennen van een bepaalde mate van bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, volgens deze systematiek, echter ‘tekortkomingen’ zal vertonen in de mate dat dit ingrijpen tot gevolg heeft dat handelingen verboden worden die eigenlijk een hogere of maximale bijdrage zouden geleverd hebben tot het grootst mogelijke geluk van het grootst mogelijke aantal mensen. Op grond van deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen geldt, volgens deze systematiek, dat het verlenen van een bepaalde mate van bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht ‘verdiensten’ toekomt indien dit ingrijpen handelingen verbiedt die de na te leven plichten niet zouden vervullen, onder meer op het vlak van het respecteren van de natuurlijke rechten van andere personen. Omgekeerd zal het toekennen van een bepaalde mate van bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, volgens deze systematiek, echter ‘tekortkomingen’ vertonen indien dit ingrijpen, door personen handelingen te verbieden, zelf verzaakt aan het vervullen van de na te leven plichten, met name dan op het vlak van het respecteren van de natuurlijke rechten van de betrokken personen⁹⁹³.

B. De ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften

Of de ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften van het intellectuele eigendomsrecht, binnen de focus van ons onderzoek, optimaal is, menen we in het licht van de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ te mogen afmeten aan het bereiken van de volgende *doelstelling*: de mate van ‘precisering’ en de mate van ‘differentiatie’ van de betrokken gedragsvoorschriften leveren een bijdrage tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen die maximaal de juridische inspanningen overstijgt die de betrokken regelgevende bepalingen teweegbrengen⁹⁹⁴. We nemen met ander woorden dus aan dat de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ op dit punt in wezen aansluit bij de hierboven besproken inzichten van de rechtstheoretische analyse rond een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften. Deze aanname baseren we daarbij dan met name op de hierboven besproken relatieve consensus binnen de rechtsleer dat een specialisatie van het intellectuele eigendomsrecht door de introductie van *sui generis* intellectuele rechten,

⁹⁹² Zie in die zin bijvoorbeeld: K. BLIND, J. EDLER, M. FRIEDEWALD, *Software Patents. Economic Impacts and Policy Implications*, Cheltenham – Northampton, Edward Elgar Publishing, 2005, p. 8; S. BESEN en L. RASKIND, “An introduction to the Law and Economics of Intellectual Property”, *The Journal of Economic Perspectives* 1991, p. 5 (“*The objective of intellectual property protection is to create incentives that maximize the difference between the value of the intellectual property that is created and used and the social cost of its creation, including the cost of administering the system.*”) en J. HUYDECOPER, “Originaliteit of inventiviteit? Het technisch effect in het auteursrecht.”, *BIE* 1987, p. 108.

⁹⁹³ Met betrekking tot het feit dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen ook rekening moet houden met de natuurlijke rechten van personen die beschermde incorporaties van inspanningen wensen te gebruiken, zie bijvoorbeeld: L. ZEMER, “The Making of a New Copyright Lockean”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 2005-2006, p. 918; W. SCHÜNEMANN, “Kapitel 1. Allgemeine Bestimmungen” in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG, *Gesetz gegen de unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p.480-481; nr 44; J. WALDRON, “From authors to copiers: individual rights and social values in intellectual property”, *Chicago Kent Law Review* 1992-1993, p.842; T. PALMER, “Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects.”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 1990, p. 817 e.v..

⁹⁹⁴ In dit verband baseren we ons op: R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 31; I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 272 en L. KAPLOW, “A Model of the Optimal Complexity of Legal Rules”, *The Journal of Law, Economics, & Organization* 1995, p.150-151 en p. 161.

het volgende moet nagaan: of de bijdrage van de geïntroduceerde *sui generis* intellectuele rechten om tot een meer gerechtvaardigde beschermingsregeling te komen rond de soorten incorporaties van inspanningen gevat door deze rechten, opweegt tegen de eventueel toenemende juridische inspanningen die deze *sui generis* intellectuele rechten met zich meebrengen om regelingen rond de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging toepassing te laten vinden⁹⁹⁵.

De zonet aangehaalde *doelstelling* van een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften van het intellectuele eigendomsrecht daadwerkelijk ‘vertalen’ naar een bepaald *resultaat* dat na te streven is aan de hand van het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten of het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ is, volgens ons echter problematisch voor de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’. Dit blijkt volgens ons bijvoorbeeld met name uit de aanhoudende discussie rond de wenselijkheid van de specialisatie van het intellectuele eigendomsrecht door de introductie van *sui generis* intellectuele rechten. Ons is geen rechtsleer bekend die er reeds in slaagde om in de specifieke context van het intellectuele eigendomsrecht, voortbouwend op de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’, een oplossing te vinden voor het onvermogen van de rechtstheoretische analyse om omvattende en gedetailleerde richtlijnen te formuleren rond een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften⁹⁹⁶.

Uiteindelijk menen we te mogen aannemen dat de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ in het beste geval tot een vrij algemene observatie komt rond het *resultaat* dat, aan de hand van het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten of het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’, na te streven is, met het oog op een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van die gedragsvoorschriften binnen het intellectuele eigendomsrecht die in de specifieke soort investeringsbescherming voorzien die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht. Geredeneerd vanuit de rechtstheoretische analyse rond een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften dient deze observatie er volgens ons dan met name in te bestaan dat de betrokken beschermingsregelingen, vanuit de zonet vermelde optiek, het volgende resultaat dienen na te streven: een ‘precisering’ en ‘differentiatie’ realiseren van dergelijke gedragsvoorschriften die gericht zijn op het verlenen van de betrokken investeringsbescherming, waarvan de bijdrage tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen, overeenkomstig utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijk overwegingen, maximaal de juridische inspanningen overstijgt die de betrokken regelgevende bepalingen teweegbrengen.

C. Synthèse

Uiteindelijk voert de logica van de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan tot het besluit dat een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, vraagt om dit ingrijpen te richten op het bereiken van het volgende concrete *resultaat*: met zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften, personen een bevoegdheid geven om die zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden die een aanwending inhouden van het resultaat van hun inspanningen, in gevallen waarin en in de mate dat de te verwachten ‘verdiensten’ van dit ingrijpen de te verwachten ‘tekortkomingen’ zullen

⁹⁹⁵ Zie voor een dergelijke afweging om te oordelen over de wenselijkheid van *sui generis* intellectuele rechten bijvoorbeeld: HILTY en GEIGER, die met betrekking tot *sui generis* intellectuele rechten het voordeel van “*the high flexibility within the elaboration of appropriate rules*” plaatsen tegenover het nadeel “*that the field is completely new and the implementation of such a right at the level of international conventions would not be easy*”, R. HILTY en C. GEIGER, “Patenting Software? A Judicial and Socio-Economic Analysis”, *IIC* 2005, p. 644; WESTKAMP, die de wenselijkheid van *sui generis* intellectuele rechten benadert vanuit de optiek van het toelaten van een “*bespoke solution to a specific problem*” en hun effect op het vlak van ‘fricties’ ten aanzien van internationale en nationale normen. G. WESTKAMP, “Convergence of Intellectual Property Rights and the Establishment of ‘Hybrid’ Protection under TRIPS”, in F. Macmillan (ed.), “*New Directions in Copyright: Volume 1*”, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, p. 111

⁹⁹⁶ Met dergelijke omvattende en gedetailleerde richtlijnen bedoelen we, zoals aangegeven, richtlijnen, die als leidraad kunnen dienen, om, in het licht van de relevante soorten *feitelijke omstandigheden* en de daarin voor te schrijven soort *gedragingen*, ook steeds die mate van ‘precisering’ en ‘differentiatie’ vast te stellen in de formulering van inhoudelijk passende gedragsvoorschriften die optimaal is.

overstijgen van dit ingrijpen. De verwijzing naar ‘zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften’, slaat hierbij dan met name op gedragsvoorschriften die die mate van ‘precisering’ en ‘differentiatie’ realiseren in de formulering van gedragsvoorschriften die gericht zijn op het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht, waarvoor het volgende geldt: de bijdrage ervan tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen, overeenkomstig utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijk overwegingen, overstijgt maximaal de juridische inspanningen die de betrokken regelgevende bepalingen met zich meebrengen om regelingen rond de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging toepassing te laten vinden.

3.1.2. De feitelijke omstandigheden die de afstelling van het ingrijpen behoren te beïnvloeden

Vervolgens bespreken we dan de feitelijke omstandigheden die volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ bepalend zijn om tot een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling te komen van het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’. Het gaat hierbij dan met name om de feitelijke omstandigheden die volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ bepalend zijn om het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, ten aanzien van de betrokken constellaties van feitelijke omstandigheden, zo af te stellen dat dit daarin het na te streven resultaat bereikt. In het licht van de specifieke focus van ons onderzoek, dienen we er dan opnieuw rekening mee te houden dat feitelijke omstandigheden, in beginsel, vanuit twee invalshoeken bepalend kunnen zijn voor de, in het licht van deze focus, optimale afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht: (A.) vanuit de optiek van een optimale inhoud van gedragsvoorschriften en (B.) vanuit de optiek van een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften.

A. De ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften

De feitelijke omstandigheden die volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ bepalend zijn om tot een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling te komen van de ‘inhoud’ van de gedragsvoorschriften van het intellectuele eigendomsrecht, legt deze systematiek in wezen vast in het licht van het resultaat dat deze ‘inhoud’ volgens haar, zoals zonet vermeld, moet zien te bereiken: personen een bevoegdheid geven om die zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden die een aanwending inhouden van het resultaat van hun inspanningen, in gevallen waarin en in de mate dat de te verwachten ‘verdiensten’ van dit ingrijpen de te verwachten ‘tekortkomingen’ zullen overstijgen van dit ingrijpen. Met het oog op het bereiken van dit resultaat is het volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan met name wezenlijk om bij de afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, rekening te houden met de volgende feitelijke omstandigheden: ten eerste (A.1.), indicaties rond de te verwachten utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke ‘verdiensten’ van het verlenen van een bepaalde mate van bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht en, ten tweede (A.2.), indicaties rond de te verwachten utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke ‘tekortkomingen’ van het verlenen van een bepaalde mate van bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht.

A.1. Indicaties rond de te verwachten ‘verdiensten’ van het ingrijpen

Om de utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke ‘verdiensten’ te evalueren van het verlenen van een bepaalde mate van bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht aan een bepaald resultaat van inspanningen, is volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan met name rekening te houden met de volgende feitelijke omstandigheid: de ‘waarde’ van het resultaat van inspanningen waarrond deze bescherming verleend wordt, bekeken vanuit utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen⁹⁹⁷. Vanuit utilitaristische overwegingen is de ‘waarde’ van het resultaat van inspanningen daarbij met name te evalueren in het licht van zijn bijdrage tot het grootste geluk van het grootst mogelijke aantal mensen. Deze ‘waarde’ van het resultaat van inspanningen, in termen van een bijdrage tot het grootste geluk van het grootst mogelijke aantal mensen, staat daarbij volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ op de volgende manier in verband met de utilitaristische ‘verdienstelijkheid’ van de bescherming van dit resultaat van inspanningen: de bijdrage tot het grootste geluk van het grootst mogelijke aantal mensen die het betrokken resultaat van inspanningen levert, is ook de ‘verdienste’ van de bescherming die de nodige stimulus geeft voor het stellen van handelingen die tot dergelijke resultaten van inspanningen leiden⁹⁹⁸.

Vanuit deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen is de ‘waarde’ van het resultaat van inspanningen daarentegen veeleer te beoordelen vanuit meer algemene opvattingen rond het ‘goede’. Deze ‘waarde’ van het resultaat van inspanningen, in termen van algemene opvattingen rond het ‘goede’, beïnvloedt volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan op de volgende manier de deontologisch-natuurrechtelijke ‘verdienstelijkheid’ van de bescherming van dit resultaat van inspanningen: een hogere dergelijke ‘waarde’ van het resultaat van inspanningen draagt bij tot de legitimiteit, en in die zin dus tot de ‘verdienstelijkheid’, van een bescherming van het natuurlijk recht op de vruchten van dit resultaat van inspanningen tegen handelingen die dit natuurlijk recht miskennen⁹⁹⁹.

Om de deontologisch-natuurrechtelijke en utilitaristische ‘waarde’ in te calculeren van een resultaat van inspanningen, blijkt de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ zich veelal te richten naar de volgende concrete feitelijke indicatoren: of en de mate waarin sprake is van een resultaat van intellectuele arbeid, de mate waarin het betrokken resultaat van inspanningen verschilt van het bestaande, het ‘aanwendingsscala’ van het resultaat van inspanningen en, meer algemeen, de mate waarin het resultaat van inspanningen bepaalde kwalitatieve of kwantitatieve drempels haalt¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁷ Wat het gebruik van de term ‘waarde’ betreft in deze context, vergelijk bijvoorbeeld VANDENBERGHE, die in het kader van wat hij aanduidt als “*de systematiek van het geheel van intellectuele rechten*” het volgend opmerkt: “*het octrooirecht kent slechts aan uitvindingen van hoge waarde een dan nog vrij korte bescherming toe*”. G. VANDENBERGHE, “Softwarebescherming in de U.S.A.: een voorbeeld voor Europa?”, *B.I.E.* 1985, p. 54.

⁹⁹⁸ Zie bijvoorbeeld: S. BESEN en L. RASKIND, “An introduction to the Law and Economics of Intellectual Property”, *The Journal of Economic Perspectives* 1991, p. 5 (“*The objective of intellectual property protection is to create incentives that maximize the difference between the value of the intellectual property that is created and used and the social cost of its creation, including the cost of administering the system.*”) Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld de treffende observatie bij: H. ULLRICH, “Expansionist Intellectual Property Protection and Reductionist Competition Rules: a TRIPS Perspective”, *EUI Working Paper LAW No.2004/3.*, San Domenico, European University Institute Badia Fiesolana, 2004, p. 27-28 (“*The surprising result is that we are back to the reasonable reward doctrine, both conceptually and practically, in that the innovation incentives or the reward constitutes a promise stemming as much from a goal-oriented application of the antitrust laws as from the protection of intellectual property law. Conduct that restrains competition has become part of the innovation process, over and above the well-known restraints on trade inherent in, and guaranteed by, the exclusive rights of intellectual property law.*”).

⁹⁹⁹ HUYDECOPER bijvoorbeeld observeert in die zin met betrekking tot deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen rond een auteursrechtelijke bescherming van incorporaties van inspanningen: “*Inherent aan deze gedachte is dat datgene wat de maker tot stand heeft gebracht, een zekere verdienste heeft: het is die verdienste, die het als onbillijk doet gevoelen dat anderen er zonder kosten van zouden mogen profiteren,...*” J. HUYDECOPER, “Originaliteit of inventiviteit? Het technisch effect in het auteursrecht.”, *BIE* 1987, p.108; vergelijk op dit punt ook: L. BECKER, “Deserving to Own Intellectual Property”, *Chi.-Kent L. Rev.* 1992-1993, p. 609 e.v..

¹⁰⁰⁰ Vergelijk op dat vlak bijvoorbeeld de Europese Commissie, die, eerst, een onderscheid maakt tussen “*goods having the character primarily of staple commodities*” en “*goods to which considerable value has been added through the application of technology, skill and creativity*” en dan vervolgens rond deze tweede soort spreekt van

“the superior performance and non-material attributes of such goods” stelt. Commissie, Groenboek over het auteursrecht en de uitdagingen der technologie. Problemen op het gebied van het auteursrecht die een onmiddellijke aanpak behoeven. COM (Def) 171/1988, Brussel 7 juni 1988, p.2, punt 1.2.2.; Zie ook: S SCOTCHMER, *Innovation and Incentives*, Cambridge (Massachusetts), The MIT Press, 2004, p. 97; Zie bijvoorbeeld ook de observaties bij R. HILTY, "The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces" in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p. 23-24 en p. 46.

A.2. Indicaties rond de te verwachten ‘tekortkomingen’ van het ingrijpen

Om de utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke ‘tekortkomingen’ in kaart te brengen van het verlenen van een bepaalde mate van bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, aan een bepaald resultaat van inspanningen, is volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan met name rekening te houden met de volgende feitelijke omstandigheid: de hoeveelheid substituten die overblijven voor de zintuiglijk waarneembare manifestaties die, bij die mate van bescherming, gevat worden door de bescherming rond het betrokken resultaat van inspanningen.

De omvang van de eventuele utilitaristische ‘tekortkomingen’ van een bepaalde mate van bescherming rond een resultaat van inspanningen, staat volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ immers als volgt in relatie tot de resterende substituten voor die incorporaties van dit resultaat van inspanningen die gevat worden door die mate van bescherming: de utilitaristische ‘tekortkoming’ van de toegekende mate van bescherming die zich voordoet naarmate mensen verhinderd worden om ten aanzien van beschermde incorporaties van een resultaat van inspanningen die handelingen te stellen die eigenlijk de grootst mogelijke bijdrage inhouden tot het grootste geluk voor het grootste aantal mensen, zal, in de regel, *groter* uitvallen naarmate de mogelijkheid *kleiner* is om soortgelijke handelingen te stellen ten aanzien van substituten voor deze beschermde incorporaties van dit resultaat van inspanningen, die niet onder de rond deze incorporatie van inspanningen toegekende bescherming vallen.

De omvang van de eventuele deontologisch-natuurrechtelijke ‘tekortkomingen’ van een bepaalde mate van bescherming rond een resultaat van inspanningen, staat in de logica van de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan in een soortgelijk verband tot de resterende substituten voor die incorporaties van dit resultaat van inspanningen die gevat worden door die mate van bescherming: de deontologisch-natuurrechtelijke ‘tekortkoming’ van de toegekende mate van bescherming die zich voordoet als deze bescherming de natuurlijke rechten van personen miskent door hen bepaalde handelingen te verbieden ten aanzien van de beschermde incorporatie van een resultaat van inspanningen, zal in de regel *groter* uitvallen naarmate de overblijvende mogelijkheid, kleiner uitvalt voor deze personen om soortgelijke handelingen te stellen ten aanzien van substituten voor deze beschermde incorporaties van dit resultaat van inspanningen, die niet gevat worden door de bescherming rond deze incorporatie van inspanningen.

Om rekening te houden met de hoeveelheid substituten voor incorporaties van een bepaald resultaat van inspanningen blijkt de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ zich uiteindelijk te richten naar twee soorten feitelijke indicatoren: 1.) de esthetische of functionele aard van het resultaat van inspanningen en 2.) de mate van keuzevrijheid die bij het creëren van het resultaat van inspanningen bestond om de incorporaties ervan geschikt te maken voor de beoogde functionele of esthetische werking.

Het belang van de esthetische of functionele aard van het resultaat van inspanningen met het oog op het traceren van de hoeveelheid substituten voor incorporaties van een bepaald resultaat van inspanningen, baseert de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan met name op de volgende veronderstelling: dat het aantal mogelijkheden om een incorporatie van inspanningen geschikt te maken voor een functionele werking, door factoren zoals natuurwetten en vereisten van efficiëntie, in de regel veel kleiner is dan het aantal mogelijkheden om een incorporatie van inspanningen geschikt te maken voor een esthetische werking, in de zin van het louter zich tonen en appelleren aan de zin voor esthetiek¹⁰⁰¹. De functionele aard van het resultaat van inspanningen ziet de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dus concreet als een indicatie dat aan te nemen is dat er, relatief gezien, minder substituten zullen bestaan voor incorporaties van het betrokken resultaat van inspanningen.

¹⁰⁰¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: J. DREXL, "What is protected in a computer program? Copyright Protection in the United States and Europe", in F-K BEIER en G. SCHRICKER (ed.), *IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law* (vol. 15), Weinheim en New York, VCH Verlagsgesellschaft, 1994, p. 86; D. VERKADE, Boekbespreking: G. VANDENBERGHE, *Bescherming van computersoftware, een rechtsvergelijkend onderzoek*, *B.I.E.* 1984, p. 338 ("Bij machinerieën zal er veel vaker en veel sterker dan bij computersoftware sprake zijn van een sterk door de techniek bepaalde vormgeving zonder veel keuzevrijheid van de ontwerper, zodat het voor de auteursrechtelijke bescherming vereiste persoonlijk stempel dan zal ontbreken."); Vergelijk ook: A. QUAEVLIEG, "Het technisch effect onder water" (noot bij Pres. Rb. Amsterdam 19 juni 1997, Mandemaker e.a./Cygnus Marine ('fast planing vessels')), *B.I.E.* 1998, p.334; R. PLAISANT, "La protection du logiciel par le droit d'auteur (programme d'ordinateur)", *Gazette du Palais* 1983, p. 349.

De mate van keuzevrijheid die bij het creëren van het resultaat van inspanningen bestond om de incorporaties ervan geschikt te maken voor de beoogde functionele of esthetische werking, acht de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan met name relevant voor het traceren van de hoeveelheid substituten voor incorporaties van een bepaald resultaat van inspanningen, op grond van de volgende veronderstelling: indien een persoon bij het creëren van een bepaalde incorporatie van inspanningen vrij kon kiezen tussen meerdere alternatieven om een incorporatie van inspanningen geschikt te maken voor de beoogde functionele of esthetische werking, impliceert dit ook dat er naast de incorporatie van inspanningen die deze persoon uiteindelijk creëerde nog ‘substituten’ overblijven om de betrokken functionele of esthetische werking mogelijk te maken¹⁰⁰². Naarmate er bij het creëren van het resultaat van inspanningen meer keuzevrijheid bestond om de incorporaties ervan geschikt te maken voor de beoogde functionele of esthetische werking, ziet de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dit dus met name als een indicatie dat aan te nemen is dat er, relatief gezien, meer substituten zullen bestaan voor incorporaties van het betrokken resultaat van inspanningen.

B. De ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften

De systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ biedt, volgens ons, weinig houvast om feitelijke omstandigheden vast te stellen die bepalend zijn om tot een optimale afstelling te komen van de ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van de gedragsvoorschriften binnen het intellectuele eigendomsrecht die gericht zijn op het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht. Ons is zoals aangegeven geen rechtsleer bekend die er reeds in slaagde om in de specifieke context van het intellectuele eigendomsrecht, voortbouwend op de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’, een oplossing te vinden voor het gebrek aan omvattende en gedetailleerde richtlijnen rond een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften¹⁰⁰³. In deze context is volgens ons, in het beste geval enig houvast te vinden in de hierboven besproken ‘vuistregels’ rond een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften. In de eerste plaats gaat het daarbij zoals aangegeven om de vuistregel dat, indien de te regelen constellaties van feitelijke omstandigheden, voldoende ‘frequent’ en ‘homogeen’ zijn, het in principe aangewezen is om inhoudelijk passende gedragsvoorschriften rond deze constellaties van feitelijke omstandigheden te formuleren als ‘regels’, eerder dan als ‘standaarden’¹⁰⁰⁴. In de tweede plaats gaat het zoals vermeld om de vuistregel dat een hogere ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften niet aangewezen is als het bijkomende gedragsvoorschrift dat daaruit volgt, in zijn toepassingsgebied, een feitelijke situatie aanwijst waarin de meest gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen, in verhouding tot wat geldt voor de feitelijke situaties, aangewezen door het toepassingsgebied van een ander, reeds bestaand gedragsvoorschrift binnen deze

¹⁰⁰² Voor een duidelijk toepassing van deze redenering zie bijvoorbeeld: J. DREXL, "What is protected in a computer program? Copyright Protection in the United States and Europe", in F-K BEIER en G. SCHRICKER (ed.), *IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law* (vol. 15), Weinheim en New York, VCH Verlagsgesellschaft, 1994, p.78 e.v.; J. HUYDECOPER, "Originaliteit of inventiviteit? Het technisch effect in het auteursrecht.", *BIE* 1987, p.110; P. HUGENHOLTZ, "Juridische bescherming van chips", *B.I.E.* 1985, p.132 ("Vandenberghelike lijkt uit het oog te verliezen, dat de Auteurswet alleen de maker beschermt die uit talloze alternatieven één keuze heeft gemaakt. Alleen deze ene keuze wordt zodoende in zekere zin gemonopoliseerd. Voor de concurrentie blijven talloze mogelijkheden min één over. Waar geen sprake is geweest van keuzevrijheid, wordt geen auteursrecht toegekend. Het oorspronkelijkheids criterium voorkomt zodoende precies wat Vandenberghelike vreest: een monopolie waar de concurrentie bijna niet om heen kan"); Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld: H.v.J. 1 december 2011, C-145/10, Painer t. Standard VerlagsGmbH (et al), overweging 88-89 ("Zoals blijkt uit punt 17 van de considerans van richtlijn 93/98 is een intellectuele schepping een eigen schepping van de auteur wanneer zij de uitdrukking vormt van diens persoonlijkheid. Dat is het geval wanneer de auteur bij het maken van het werk zijn creatieve bekwaamheden tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzen").

¹⁰⁰³ Met dergelijke omvattende en gedetailleerde richtlijnen bedoelen we, zoals aangegeven, richtlijnen, die als leidraad kunnen dienen, om, in het licht van de relevante soorten *feitelijke omstandigheden* en de daarin voor te schrijven soort *gedragingen*, ook steeds die mate van ‘precisering’ en ‘differentiatie’ vast te stellen in de formulering van inhoudelijk passende gedragsvoorschriften die optimaal is.

¹⁰⁰⁴ Deze vuistregel laat zich met name vaststellen op grond van bijvoorbeeld: R. KOROBKIN, "Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited", *Oregon Law Review* 2000, p.33, 38 en 43 en L. KAPLOW, "Rules versus Standards: an economic analysis", *Duke Law Journal* 1992-1993, p. 511 en I. EHRLICH en R. POSNER, "An Economic Analysis of Legal Rulemaking", *Journal of Legal Studies* 1974, p. 270.

regelgeving, geen andere combinatie van voorgeschreven gedrag en mate van precisering vraagt, als reeds terug te vinden is in dit ander, reeds bestaande gedragsvoorschrift.

3.1.3. Een optimale afstelling van de afzonderlijke beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht

Op dit punt kunnen we dan ingaan op de concrete richtlijnen die de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ biedt om een concrete beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht, een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling te geven. Het gaat hierbij dus om de concrete richtlijnen die deze systematiek naar voor schuift om een afzonderlijk beschermingsregeling die voorziet in een intellectueel recht of het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, zo af te stellen dat haar ingrijpen, zo conform mogelijk met utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen en overwegingen rond een optimale preciseringen differentiatie van gedragsvoorschriften, in de specifieke soort investeringsbescherming voorziet die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht.

Uit de hierboven besproken analyses die de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ maakt rond de ‘*mechaniek*’ van het betrokken ingrijpen, rond het door het betrokken ingrijpen na te streven *resultaat*, en rond de *feitelijke omstandigheden* die de afstelling behoren te bepalen van het betrokken ingrijpen, volgt dan dat deze systematiek, bij het uitwerken van concrete richtlijnen rond een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van een concrete beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht, aanneemt dat deze richtlijnen de betrokken beschermingsregeling er in wezen moeten toe brengen om het volgende te doen: aan de hand van zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften, koppelt de betrokken beschermingsregeling het verlenen van een bepaalde type van bescherming aan beschermingsvoorwaarden die een soort resultaten van inspanningen vereisen met kenmerken die garanderen dat dit type bescherming rond een dergelijk resultaat van inspanningen ook een mate van bescherming toelaat waarvan de ‘verdiensten’ maximaal de ‘tekortkomingen’ overstijgt. In deze overkoepelende richtlijn vraagt de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dus in essentie om erover te waken dat de mate van bescherming die een concreet resultaat van inspanningen verkrijgt zo ‘verdienstelijk’ mogelijk is rekening houdend met de indicaties rond de verhouding tussen de ‘waarde’ van het betrokken resultaat van inspanningen en de hoeveelheid beschikbare substituten voor incorporaties van dit resultaat van inspanningen¹⁰⁰⁵.

In dit onderdeel geven we nu echter een meer gedetailleerde bespreking van de concrete richtlijnen die de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ biedt om een concrete beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht, een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling te geven. Onze bespreking in dit verband omvat daarbij met name drie onderdelen. Eerst (A.) gaan we in op de taakverdeling tussen het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen parasitaire mededinging die, volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling toelaat van deze beide vormen van ingrijpen. Daarna (B.) bespreken we dan de concrete richtlijnen die de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ biedt om tot een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling te komen van het ingrijpen van afzonderlijke intellectuele rechten. Ten slotte (C.), komen dan ook de concrete richtlijnen aan bod die de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ naar voor schuift om tot een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling te komen van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’.

¹⁰⁰⁵ Voor een toepassing van deze vuistregel, zie bijvoorbeeld: G. VANDENBERGHE, “Softwarebescherming in de U.S.A.: een voorbeeld voor Europa?”, *B.I.E.* 1985, p. 54.

A. De taakverdeling tussen het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’

Vanuit de optiek van het bereiken van een optimale afstelling van het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, ziet de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkoming’ de aangewezen taakverdeling tussen deze onderscheiden vormen van ingrijpen in wezen als volgt: deze onderscheiden vormen van ingrijpen zijn aan te wenden naargelang de feitelijke kenmerken van het betrokken resultaat van inspanningen aangeven dat deze onderscheiden vormen van ingrijpen de mate van bescherming toelaten rond dit resultaat van inspanningen waarvan de ‘verdiensten’ maximaal de ‘tekortkomingen’ overstijgen. Of een concreet resultaat van inspanningen een investeringsbescherming behoort te krijgen op grond van intellectuele rechten dan wel op grond van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, is volgens deze systematiek dus met name te bepalen door na te gaan of de onderscheiden mate van investeringsbescherming die deze beide vormen van ingrijpen toelaten, het beste aansluit bij de specifieke verhouding tussen de ‘waarde’ van het betrokken resultaat van inspanningen en de ‘beschikbare substituten’ voor incorporaties van dit resultaat van inspanningen.

Haar opvatting rond de aangewezen taakverdeling tussen het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ baseert de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ daarbij gewoonlijk op volgende analyse van de *zin* van de verschillen in het juridische concept en de focus die in beginsel deze beide vormen van ingrijpen beheersen: deze verschillen op het vlak van het juridische concept en de gehanteerde focus houden verschillen in op het vlak van de mate van ‘precisering’ van gedragsvoorschriften waarmee deze beide vormen van ingrijpen hun investeringsbescherming formuleren, wat op zijn beurt uiteindelijk aanleiding geeft tot verschillen in de mate van bescherming die deze onderscheiden vormen van ingrijpen verlenen. Het feit dat intellectuele rechten hun gedragsvoorschriften rond het verlenen van een investeringsbescherming een hoger ‘regel’-karakter meegeven, met name door deze te laten focussen op *ex ante* omschreven specifieke feiten, analyseert de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ gewoonlijk als het verlenen van een meer zekere, krachtigere mate van bescherming. De redenering hierbij is dan met name dat de rechthebbende in het geval van intellectuele rechten op voorhand weet dat hij *telkens* zal kunnen optreden minstens van zodra een zintuiglijk waarneembare manifestatie een voldoende, relevante ‘gelijkenis’ vertoont met incorporaties van zijn resultaat van inspanningen die te verklaren is door ‘kennis’ van het bestaan van deze incorporaties van zijn resultaat van inspanningen.

Het gegeven dat het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ zijn gedragsvoorschriften rond het verlenen van een investeringsbescherming formuleert als ‘standaarden’, met name door deze te laten focussen op een *ex post* evaluatie van het geheel van de betrokken feitelijke omstandigheden, plaatst de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan gewoonlijk als het verlenen van een minder zekere, minder krachtige mate van bescherming. De bescherming op grond van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ wordt hierbij dan met name als minder zeker en minder krachtig beschouwd omdat een persoon zich, in beginsel, *niet steeds* op dit ingrijpen zal kunnen beroepen tegenover zintuiglijk waarneembare manifestaties die belangrijke gelijkenissen vertonen met incorporaties van zijn resultaat van inspanningen die te verklaren zijn door ‘kennis’ van deze incorporaties, *maar enkel* als er ‘begeleidende omstandigheden’ zijn die duiden op parasitaire mededinging¹⁰⁰⁶.

Vanuit de zonet beschreven zin die de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ geeft aan de verschillen op het vlak van het juridische concept en de focus die traditioneel de eigenheid vormen van het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, is dan ook te verstaan dat deze systematiek vanuit haar ‘logica’ het volgende bepleit: om het juridische concept en de focus die deze onderscheiden vormen van ingrijpen beheersen ook met enige soepelheid te interpreteren als dit ertoe bijdraagt om een optimale mate van bescherming te bereiken rond concrete resultaten van inspanningen. Het is dan met name begrijpelijk dat deze systematiek het wenselijk acht om de concrete investeringsbescherming op grond van

¹⁰⁰⁶ G. SCHULZE, “Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen - geklärte Rechtsfrage oder bloße Illusion?“, *GRUR* 1985, p. 1006 (“*Deshalb läßt das Wettbewerbsrecht meines Erachtens zu viele Fragen offen, um einen für den Regelfall vorhersehbaren, ausreichenden und effizienten Schutz bieten zu können. Als zusätzliche Schutzmöglichkeit wird es jedoch nach wie vor seine Bedeutung behalten.*”).

het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ desnoods te laten opschuiven in de richting van het juridische concept en de focus van het ingrijpen van intellectuele rechten, indien deze krachtigere variante van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ het meest ‘verdienstelijk’ blijkt te zijn in het licht van het voldoende hoge ‘waarde’ van het te beschermen concrete resultaat van inspanningen. Dit streven naar het vinden van de passende variante in de beschermingsomvang van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ verklaart dan ook meteen waarom de kenmerken van het gekopieerde resultaat van inspanningen volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ een cruciale, zo niet de meest cruciale pijler behoren te vormen bij een correcte afstelling van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’.

Het zonet beschreven streven naar het vinden van de passende variante in de beschermingsomvang van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ verklaart volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan ook de zin van een afzonderlijk principe van een ‘negatieve reflexwerking’ van intellectuele rechten tegenover het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’. Dit principe van een ‘negatieve reflexwerking’ stelt dat het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ er niet mag toe leiden een bescherming te verlenen die vergelijkbaar is met deze die de intellectuele rechten verlenen, in gevallen waar de betrokken concrete intellectuele rechten er voor opteelden om geen beschermingen toe te kennen of slechts een beperktere mate van bescherming¹⁰⁰⁷. De zin van het vooropstellen van dit principe ziet de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan met name in het volgende: het stelt een duidelijke grens aan de mogelijkheden om de bescherming op grond van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ te laten evolueren in de richting van een krachtigere, intellectueelrechtelijke bescherming, als het er om gaat ‘waardevolle’ resultaten van inspanningen te beschermen die weliswaar nog niet ‘waardevol genoeg zijn om een intellectueelrechtelijke bescherming te verantwoorden.

B. Een optimale afstelling van het ingrijpen van intellectuele rechten

Een optimale afstelling van een beschermingsregeling die in een intellectueel rechten voorziet, vraagt volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dat deze beschermingsregeling in haar geheel zoveel mogelijk het volgende doet: aan de hand van zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften, koppelt de betrokken beschermingsregeling het verlenen van een bepaalde type van intellectueelrechtelijke bescherming aan beschermingsvoorwaarden die een soort ‘immaterieel goed’ vereisen met kenmerken die garanderen dat dit type intellectueelrechtelijke bescherming rond een dergelijk resultaat van inspanningen ook een mate van bescherming toelaat waarvan de ‘verdiensten’ maximaal de ‘tekortkomingen’ overstijgt. In dit onderdeel bespreken we nu de richtlijnen die de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ biedt om intellectuele rechten een optimale afstelling te geven specifiek op het vlak van: (B.1.) het toekennen van bescherming, (B.2.) de afbakening van het object en (B.3.) de afbakening van de voorbehouden handeling.

B.1. Toekennen van bescherming

Een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van een intellectueel recht specifiek op het vlak van het toekennen van bescherming, vraagt, volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’, dat het betrokken intellectueel recht concreet de volgende richtlijn aanhoudt: de beschermingsvoorwaarden van dit intellectuele recht, aan de hand van zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften, een soort ‘immaterieel goed’ laten vereisen waarvan de vereiste kenmerken garanderen dat de bescherming die dit intellectuele recht verleent, rond elk ‘immaterieel goed’ van de vereiste soort, een mate van bescherming toelaat waarvan de ‘verdiensten’ maximaal de ‘tekortkomingen’ overstijgt. Daartoe komt het er volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dus met name op aan om een intellectueel recht kenmerken te laten vereisen van ‘immateriële goederen’ die wijzen op een verhouding tussen hun ‘waarde’ als resultaat van

¹⁰⁰⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: Federale Overheidsdienst Economie, K.M.O., Middenstand en Energie, Voorontwerp van wet betreffende de burgerrechtelijke aspecten van de bescherming van bepaalde intellectuele rechten, p. 9; V. WELLENS, “Doorwerking van het auteursrecht in de Wet Handelspraktijken”, *T.B.H.* 2007, p. 590; A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, Brussel, Bruylant, 2000, p. 13; R. VAN DEN BERGH, “Slaafse overname van documentatiemateriaal”, *Jaarboek Handelspraktijken 1989*, p. 202.

inspanningen en de hoeveelheid beschikbare substituten voor hun incorporaties, waarvoor dit intellectuele recht een zo verdienstelijk mogelijke mate van bescherming toelaat¹⁰⁰⁸.

De zonet vermelde richtlijn rond een optimale afstelling van het toekennen van bescherming op grond van een intellectueel recht, moet binnen de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan in eerste instantie als leidraad fungeren voor de invulling van de parameters die de afstelling beheersen van het betrokken ingrijpen van intellectuele rechten op het niveau van de autonome, geestelijke realiteit van ‘immateriële goederen’. In navolging van de theorie rond ‘immateriële goederen’ gaat het hierbij dan, volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ met name om de invulling van de volgende parameters: de vereiste esthetische of functionele ‘aard’ van het ‘immateriële goed’, de vereiste ‘verdienstelijkheid’ van het ‘immateriële goed’, en het vereiste ‘aanwendingsscala’ van het ‘immateriële goed’. Door de invulling van de vereiste ‘verdienstelijkheid’ en het vereiste ‘aanwendingsscala’ die het ‘immateriële goed’ moet vertonen om bescherming te verkrijgen, legt het intellectuele recht volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan met name vast welke kenmerken het betrokken immateriële goed moet vertonen die een indicatie vormen van de ‘waarde’ van het betrokken resultaat van inspanningen. Via de invulling van de vereiste esthetische of functionele ‘aard’ die het ‘immateriële goed’ moet vertonen om in aanmerking te komen voor bescherming, regelt het intellectuele recht volgens deze systematiek dan met name of dit bescherming verleent rond een resultaat van inspanningen waarbij er, voor de belichamingen ervan, veel dan wel weinig beschikbare substituten te verwachten zijn. Doorheen de invulling van de parameters die peilen naar de ‘aard¹⁰⁰⁹’, de ‘verdienstelijkheid’ en het ‘aanwendingsscala¹⁰¹⁰’ van het betrokken ‘immateriële goed’, komt het er volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan dus met name op aan om feitelijk kenmerken te vereisen van ‘immateriële goederen’ die wijzen op een verhouding tussen hun ‘waarde’ als resultaat van inspanningen en de hoeveelheid beschikbare substituten voor hun incorporaties, waarvoor dit intellectuele recht een zo verdienstelijk mogelijke mate van bescherming toelaat.

Daarnaast moet de zonet vermelde richtlijn rond een optimale afstelling van het toekennen van bescherming op grond van een intellectueel recht, volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’, dan ook de leidraad vormen bij analyses om het bestaan en de kenmerken van beschermd ‘immateriële goederen’ te leren kennen op grond van de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een incorporatie van inspanningen. Het gaat hierbij dus om analyses die aangeven welke besluiten zintuiglijk waarneembare kenmerken van een incorporatie van inspanningen, bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming, toelaten rond het bestaan en de kenmerken van een concreet ‘immateriële goed’ van de soort waaraan het betrokken intellectuele recht bescherming verleent.

Bij het volgen van de systematiek rond ‘verdiensten versus beperking’ heeft de richtlijn die deze systematiek voorstaat rond een optimale afstelling van het toekennen van bescherming dan met name invloed op de, bovenvermelde typische vergelijking die de praktijk doorgaans hanteert om het bestaan en de kenmerken van ‘immateriële goederen’ te traceren op basis van de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een incorporatie van inspanningen. Het gaat hierbij zoals aangegeven om een vergelijking tussen de kenmerken van een incorporatie van inspanningen en de kenmerken van andere, reeds bestaande zintuiglijk waarneembare manifestaties om op die manier na te gaan of aannemelijk is dat deze incorporatie van inspanningen een ‘immaterieel goed’ belichaamt van de soort dat vereist is voor het toekennen van bescherming.

Bij de uitvoering van deze analyse laat de invloed van de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ zich met name in de eerste plaats op de volgende manier gelden: deze systematiek geeft aan welk soort ‘immateriële goederen’, met welke verhouding tussen hun ‘waarde’ als resultaat van inspanningen en de

¹⁰⁰⁸ Voor een toepassing van deze vuistregel, zie bijvoorbeeld: G. VANDENBERGHE, “Softwarebescherming in de U.S.A.: een voorbeeld voor Europa?”, *B.I.E.* 1985, p. 54.

¹⁰⁰⁹ Bij de ‘aard’ van een ‘immaterieel goed’ gaat het er dan, zoals aangegeven, met name om of de betrokken autonome geestelijke realiteit gericht is op het ‘esthetische’ dan wel op een andere functie.

¹⁰¹⁰ Het ‘aanwendingsscala’ van een ‘immaterieel goed’, verwijst, zoals gezegd, naar de reikwijdte van de potentiële incorporatie-wijzen of realisatie-vormen die de betrokken autonome geestelijke realiteit heeft binnen de kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties.

hoeveelheid beschikbare substituten voor hun incorporaties, in beginsel, moeten voorliggen om aanleiding te geven tot het toekennen van bescherming. Bij het vaststellen van bepaalde meetresultaten rond de ‘waarde’ van het concrete ‘immateriële goed’ als resultaat van inspanningen en de hoeveelheid beschikbare substituten voor zijn incorporaties, is het in de regel ook de logica van de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’, die beslist of dit concrete ‘immateriële goed’ bescherming kan verkrijgen door een bepaald intellectueel recht en in welke mate de vaststelling rond wat dit beschermd ‘immateriële goed’ is en de vaststelling beschermingsomvang van dit intellectuele recht zich daarbij dient aan te passen aan de vastgestelde meetresultaten. Vanuit de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ is het in die zin bijvoorbeeld goed te begrijpen dat het auteursrecht er kan toe overgaan om het ‘aanwendingsscala’ van het beschermd ‘werk’ uitzonderlijk niet te situeren op het niveau van de vormgeving maar integendeel op het hogere niveau van het ‘uitgewerkte idee’, indien het ‘uitgewerkte idee’ dat blijkt uit een incorporatie van inspanningen getuigt van een erg originele intellectuele schepping en dit ‘uitgewerkte idee’ niettemin voldoende geconcretiseerd of te concretiseren is in het licht van concrete vormelementen¹⁰¹¹.

Bij de uitvoering van de betrokken analyses rond het toekennen van bescherming laat de invloed van de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ zich daarnaast ook op de volgende manier gelden: indien er indicaties zijn dat er onvoldoende substituten zullen zijn voor incorporaties van een resultaat van inspanningen, is het vrij gebruikelijk om deze kenmerken dan van meet af aan buiten beschouwing te laten met het oog op de beoordeling of deze incorporatie van inspanningen blijk geeft van het ‘immaterieel goed’ van de soort waarrond het betrokken intellectuele recht bescherming verleent. Het idee is dan met name dat er alvast rond deze kenmerken onmogelijk nog sprake kan zijn van een verhouding tussen de ‘waarde’ van een ‘immaterieel goed’ als resultaat van inspanningen en de hoeveelheid beschikbare substituten voor zijn incorporaties, die maakt dat het toekennen van de mate van bescherming van het betrokken intellectuele recht verdienstelijk kan zijn.

Op het vlak van de feitelijke kenmerken van resultaten van inspanningen die binnen de zonet vermelde praktische analyses rond het toekennen van bescherming toelaten om te besluiten tot een verhouding tussen de ‘waarde’ van een ‘immaterieel goed’ en de hoeveelheid beschikbare substituten voor zijn incorporaties die het aangewezen maakt om bescherming toe te kennen, bestaat er zoals aangegeven wel enige onenigheid. Traditioneel geldt dat een dergelijke passende verhouding zich, zoals gezegd, enkel laat vaststellen door daadwerkelijk de ‘waarde’ van het betrokken resultaat van inspanningen af te wegen tegenover de hoeveelheid beschikbare substituten voor de incorporaties van dit resultaat van inspanningen. De laatste decennia is er echter, zoals aangegeven, ook de trend om aan te nemen dat een dergelijke passende verhouding zich ook laat vaststellen door te focussen op garanties dat voldoende substituten bestaan voor de incorporaties van dit resultaat van inspanningen, bijvoorbeeld door rekening te houden met de mate van keuzevrijheid bij het creëren van het betrokken resultaat van inspanningen.

¹⁰¹¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du Droit d'Auteur et des Droits Voisins*, Brussel, Bruylant, 2000, p. 8-9; Vergelijk op dit punt ook Gent 19 mei 2008 A&M 2008, p. 310 (Samenvatting: “Opdat een concept of idee vatbaar zou zijn voor bescherming op grond van de auteurswet 1994, is een vorm vereist. Een format of scenario van een televisieprogramma kan een concrete vormgeving zijn van een idee als die verwijst naar de persoon van de maker en de uitdrukking is van zijn intellectuele inspanning.”) Zie ook: FROMM en NORDEMANN: “Sobald die Idee in Form einer gedanklichen Aussage ihren Ausdruck gefunden hat und damit auch das Erfordernis der "schöpfung" erfüllt ist, ist der Gedanke in dieser Form geschützt.” en “Wenn sich die Idee nach Gedankenführung und äußere Form konkretisiert und verdichtet (zum Beispiel eine Filmidee wird in einer Filmexposé umgearbeitet), kann urheberrechtlicher Werkschutz auch hinsichtlich der Fabel, die dan deutlich in Erscheinung treten muß, bestehen. F. FROMM en W. NORDEMANN, *Urheberrecht. Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*, Stuttgart, Berlin, Keulen, Kohlhammer, 1994, p. 58; In dezelfde zin ook: U. LOEWENHEIM, "Abschnitt 2. Das Werk" in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p. 78 (“Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass auch der Werkinhalt dem Urheberrecht zugänglich ist.”); House of Lords, 12 juli 2001 (*Newspaper Licensing Agency v. Marks & Spencer*), 1 A.C. 2003, p.551 (p.560: “The notion of reproduction, as demonstrated by the Designer Guild case, is sufficiently flexible to include the copying of ideas abstracted from a literary, dramatic, musical or artistic work, provided that their expression in the original work has involved sufficient of the relevant original skill and labour to attract copyright protection.”); L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 173 (“...copyright law will protect many of the ideas expressed in a work.”).

Tenslotte is ook op te merken dat de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ weliswaar een overkoepelende richtlijn biedt voor de uitvoering van de zonet aangehaalde praktische vergelijking om beschermde immateriële goederen te traceren, maar weinig aanwijzingen geeft rond de concrete uitvoering van deze vergelijking. De systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ geeft aan dat de uitvoering van deze vergelijking zich dient te richten naar de hierboven vermelde richtlijn rond een optimale afstelling van het toekennen van bescherming op grond van een intellectueel recht. Daaruit volgt dan, zoals aangegeven, met name dat de uitvoering van deze vergelijking uiteindelijk moet bijdragen tot het volgende resultaat: de beschermingsvoorwaarden van het betrokken intellectuele recht, aan de hand van zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften, een soort ‘immaterieel goed’ laten vereisen waarvan de vereiste kenmerken garanderen dat de bescherming die dit intellectuele recht verleent, rond elk ‘immaterieel goed’ van de vereiste soort, een mate van bescherming toelaat waarvan de ‘verdiensten’ maximaal de ‘tekortkomingen’ overstijgt. De systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ biedt echter geen verder aanwijzingen rond de concrete set aan parameters die de uitvoering van deze praktische vergelijking behoren te beheersen en al evenmin rond het vastleggen van de precieze invulling van deze parameters, opdat de uitvoering van deze vergelijking ook daadwerkelijk zou bijdragen tot dit resultaat.

B.2. ‘Object’

Een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van een intellectueel recht specifiek op het vlak van de afbakening van het ‘object’ van de exclusieve bevoegdheid die een intellectueel recht verleent, vraagt, volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’, dat het betrokken intellectueel recht concreet de volgende richtlijn aanhoudt: de afbakening van het ‘object’, aan de hand van zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften, zodanig richten naar de concrete feitelijke kenmerken van het concrete ‘immateriële goed’ dat de beschermingsvoorwaarden vervult, dat deze afbakening van het ‘object’ resulteert in een mate van bescherming waarvan de ‘verdiensten’ maximaal de ‘tekortkomingen’ overstijgt. Daartoe komt het er volgens deze systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan met name op aan om de afbakening van het ‘object’ optimaal af te stellen op die kenmerken van het beschermde, ‘immateriële goed’ die een indicatie zijn voor de verhouding tussen zijn ‘waarde’ als resultaat van inspanningen en de hoeveelheid beschikbare substituten voor zijn incorporaties¹⁰¹².

De zonet vermelde richtlijn rond een optimale afstelling van de afbakening van het ‘object’, heeft daarbij binnen de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ ten eerste betekenis als leidraad voor de invulling van de parameters die de afstelling beheersen van het ingrijpen van intellectuele rechten op het niveau van de autonome, geestelijke realiteit van immateriële goederen. Op dit niveau blijkt de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan vooral aan te nemen dat een concrete ‘immateriële goed’ naargelang het de beschermingsvoorwaarden vervult die het intellectuele recht stelt, ook het ‘object’ *is* van het betrokken intellectuele recht. Het idee is dan met name dat naarmate de ‘verdiensteljkheid’ en het ‘aanwendingsscala’ van het beschermde ‘immateriële goed’ wijzen op zijn hogere ‘waarde’ als resultaat van inspanningen, bij een gelijke hoeveelheid beschikbare substituten voor zijn incorporaties, dit zich ook dient te vertalen in een ruimer begrip van wat dit beschermde ‘immateriële goed’ *is*¹⁰¹³.

De hierboven aangehaalde richtlijn rond een optimale afstelling van de afbakening van het ‘object’, moet binnen de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ echter vooral als leidraad fungeren bij de ‘fysische afbakening’ van het ‘object’ in het kader van de wisselwerking tussen, enerzijds, het ingrijpen van intellectuele

¹⁰¹² Zie in dit verband, bijvoorbeeld: A. BARRON, “Copyright Infringement, ‘Free-Riding’, and the Lifeworld”, *LSE Legal Studies Working Paper No 17/2008* (Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1280893>), p. 10 (“As far as exact copying is concerned, the limit is reached where further producer control over what others may do with exact copies generates no additional incentive to create, and discourages production of new delivery goods and services costing less to produce than the price consumers would be willing to pay for them. As far as inexact copies of protected works are concerned, the paradigm acknowledges that the law must enable some of these to be controlled by the right-owner if the protection it provides is to be meaningful as an incentive.”).

¹⁰¹³ Vergelijk in die zin bijvoorbeeld: O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht. Band 1: Allgemeiner Teil u. Personenrecht*, Leipzig (o.a.), 1895, p. 854.

rechten op het niveau van de autonome geestelijke realiteit van het concrete ‘immaterieel goed’ en, anderzijds, de implicaties die dit ingrijpen heeft op het niveau van de zintuiglijk waarneembare realiteit. Bij deze fysische afbakening van het ‘object’ gaat het er zoals aangegeven om de beschermde belichamingen te traceren van het ‘immateriële goed’ dat bescherming verkreeg op grond van een bepaald intellectueel recht. Bij het volgen van de systematiek rond ‘verdiensten versus beperking’ heeft de richtlijn die deze systematiek voorstaat rond een optimale afstelling van de afbakening van het ‘object’ dan met name zijn invloed op de, bovenvermelde typische vergelijking die de praktijk doorgaans hanteert om, ook in de context van de theorie rond ‘immateriële goederen’, over te gaan tot de ‘fysische afbakening’ van het ‘object’. Het gaat hierbij zoals aangegeven om een vergelijking tussen de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een incorporatie van inspanningen die als geschikt uitgangspunt gelden om het beschermde ‘immateriële goed’ te leren kennen en de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, om zo na te gaan of aannemelijk is dat deze incorporatie van inspanningen en deze andere zintuiglijk waarneembare manifestatie beiden het beschermde ‘immateriële goed’ belichamen. De uitvoering van deze vergelijking richt zich in de praktijk dan met name op de volgende manier naar de richtlijn die de systematiek rond ‘verdiensten versus beperking’ verdedigt rond een optimale afstelling van de afbakening van het ‘object’. Het is gebruikelijk om de parameters die de uitvoering van deze vergelijking beheersen, in navolging van de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’, zo in te vullen dat zij resulteren in een ruimere fysische afbakening van het ‘object’ naarmate indicaties voorliggen van een hogere ‘waarde’ van het beschermde ‘immateriële goed’ en in een engere fysische afbakening van het ‘object’ naarmate er indicaties zijn dat de hoeveelheid beschikbare substituten voor incorporaties van het beschermde ‘immateriële goed’ lager is¹⁰¹⁴.

Tenslotte is ook hier op te merken dat de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ weliswaar een overkoepelende richtlijn biedt voor de uitvoering van de zonet aangehaalde praktische vergelijking met het oog op de fysische afbakening van het ‘object’, maar slechts weinig aanwijzingen geeft rond de concrete uitvoering van deze vergelijking. De systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ geeft daarbij inderdaad aan dat de uitvoering van deze vergelijking zich dient te richten naar de hierboven vermelde richtlijn rond een optimale afstelling van de afbakening van het ‘object’. Daaruit volgt dan, zoals gezegd, dat de uitvoering van deze vergelijking uiteindelijk moet bijdragen tot het volgende resultaat: de afbakening van het ‘object’, aan de hand van zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften, zodanig richten naar de concrete feitelijke kenmerken van het concrete ‘immateriële goed’ dat de beschermingsvoorwaarden vervult, dat deze afbakening van het ‘object’ resulteert in een mate van bescherming waarvan de ‘verdiensten’ maximaal de ‘tekortkomingen’ overstijgt. De systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ op zich biedt echter geen verder aanwijzingen of systematisering rond de concrete set aan parameters die de uitvoering van deze praktische vergelijking behoren te beheersen en al evenmin rond het vastleggen van de precieze invulling van deze parameters, opdat de uitvoering van deze vergelijking ook daadwerkelijk zou bijdragen tot dit resultaat.

¹⁰¹⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: E. DERCLAYE, “Software Copyright Protection: Can Europe learn from American case law?” *E.I.P.R.* 2000, p. 58 e.v. en J. DREXL, “What is protected in a computer program? Copyright Protection in the United States and Europe”, in F-K BEIER en G. SCHRICKER (ed.), *IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law* (vol. 15), Weinheim en New York, VCH Verlagsgesellschaft, 1994, p. 78 e.v.; United States Court of Appeals (Second Circuit) 22 juni 1992, (*Computer Associates International v Altai*), 982 F.2d 693 (Waar het ‘object’ afgebakend wordt aan de hand van de zogeheten ‘abstraction-filtration-comparison’-test.); Uitgebreid met betrekking tot deze ‘abstraction-filtration-comparison’-test, bijvoorbeeld: D. KARJALA, “A Coherent Theory for the Copyright Protection of Computer Software and Recent Judicial Interpretations”, *U.Cin.L.Rev.* 1997-1998, p. 77 e.v.; S. ELAND, “The Abstraction-Filtration Test: Determining Non-Literal Copyright Protection for Software”, *Vill. L. Rev.* 1994, p. 665 e.v.; O. MARTYNIUK, “Abstraction-Filtration-Comparison Analysis and the Narrowing Scope of Copyright Protection for Computer Programs”, *U. Cin. L. Rev.* 1994-1995, p. 1333 e.v.; P. SAMUELSON, R. DAVIS, M. D. KAPOR en J.H. REICHMAN, “A manifesto concerning the legal protection of computer programs”, *Colum. L. Rev.* 1994, p. 2359 e.v..

B.3. Exclusieve bevoegdheid

Een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van een intellectueel recht specifiek op het vlak van de afbakening van de exclusieve bevoegdheid die een intellectueel recht verleent over het 'object', vraagt, volgens de systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen', dan dat het betrokken intellectueel recht concreet de volgende richtlijn aanhoudt: de afbakening van de exclusieve bevoegdheid, aan de hand van zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften, zodanig richten naar de concrete feitelijke kenmerken van het concrete 'immateriële goed' dat de beschermingsvoorwaarden vervult, dat deze afbakening van de exclusieve bevoegdheid resulteert in een mate van bescherming waarvan de 'verdiensten' maximaal de 'tekortkomingen' overstijgt. Daartoe komt het er volgens deze systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen' dan ook hier op aan om de afbakening van de exclusieve bevoegdheid optimaal af te stellen op die kenmerken van het betrokken 'immateriële goed' die een indicatie zijn voor de verhouding tussen zijn 'waarde' als resultaat van inspanningen en de hoeveelheid beschikbare substituten voor zijn incorporaties.

De zonet vermelde richtlijn rond een optimale afstelling van de afbakening van de verleende exclusieve bevoegdheid, heeft daarbij binnen de systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen' een eerder beperkte betekenis als leidraad voor de invulling van de parameters die de afstelling beheersen van het ingrijpen van intellectuele rechten op het niveau van de autonome, geestelijke realiteit van immateriële goederen. De logica van de systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen' geeft uiteraard aan dat de omvang van de exclusieve bevoegdheid over het concrete 'immateriële goed' groter dient te zijn naarmate de 'verdienstelijkheid' en het 'aanwendingsscala' van het beschermde 'immateriële goed', bij een gelijke hoeveelheid beschikbare substituten voor zijn incorporaties, wijzen op een hogere 'waarde' als resultaat van inspanningen. De rechtsleer en rechtspraak zal vanuit de systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen' echter zo goed als nooit expliciet ingaan op de omvang van de exclusieve bevoegdheid die intellectuele rechten verlenen, bekeken puur binnen de autonome geestelijke realiteit van de 'immateriële goederen'. Bij de afbakening van de exclusieve bevoegdheid die intellectuele rechten verlenen staat binnen de systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen', ondanks haar instemming met de theorie rond 'immateriële goederen', meestal toch direct de vraag centraal hoe de exclusieve bevoegdheid rond het concrete, beschermde 'immateriële goed' aanleiding geeft tot een bijbehorende exclusieve bevoegdheid rond zintuiglijke waarneembare handelingen ten aanzien van beschermde belichamingen van dit 'immateriële goed'¹⁰¹⁵.

De hierboven aangehaalde richtlijn rond een optimale afstelling van de afbakening van de exclusieve bevoegdheid die een intellectueel recht verleent, moet binnen de systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen' dan ook vooral als leidraad fungeren bij de 'fysische afbakening' van deze 'exclusieve bevoegdheid' in het kader van de wisselwerking tussen, enerzijds, het ingrijpen van intellectuele rechten op het niveau van de autonome geestelijke realiteit van het concrete 'immateriële goed' en, anderzijds, de implicaties die dit ingrijpen heeft op het niveau van de zintuiglijk waarneembare realiteit. Bij deze fysische afbakening van de exclusieve bevoegdheid die een intellectueel recht verleent, gaat het dus met name om het traceren van die zintuiglijk waarneembare handelingen die, door de manier waarop ze inwerken op beschermde belichamingen van het beschermde 'immateriële goed' ook 'raken' aan dit 'immateriële goed' en tot de exclusieve bevoegdheid behoren van de rechthebbende¹⁰¹⁶.

Bij het volgen van de systematiek rond 'verdiensten versus beperking' heeft de richtlijn die deze systematiek voorstaat rond een optimale afstelling van de afbakening van de exclusieve bevoegdheid dan met name zijn invloed op de normatieve interpretatie die verdedigd wordt van de bepalingen en beginselen rond de aan de rechthebbende voorbehouden categorieën handelingen. In navolging van de systematiek rond 'verdiensten versus

¹⁰¹⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. SAMBUC, "Einleitung" in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p.407 ("*Immateriële goederen: D. h. der Gegenstand des Rechts ist an sich ein unkörperlicher. Der Schutz erstreckt sich jedoch auf körperliche Gegenstände (Werkexemplare).*"); A. TROLLER, *Immateriële goederenrecht*, Basel und Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p. 58-59.

¹⁰¹⁶ Voor STRÖMHOLM gaat het er hierbij om "*die Grenze zu ziehen zwischen solchen Handlungen mit Werkstücken, die urheberrechtlich relevant sind, und anderen, nur das Sachenrecht interessierenden Verfügungen über körperliche Festlegungen eines Geisteswerkes.*" S. STRÖMHOLM, "Der urheberrechtliche Werkbegriff in der neueren nordischen Rechtslehre", *GRUR Int.* 1963, Deel I: p. 435.

tekortkomingen' is het immers gebruikelijk om de 'fysische afbakening' van de categorieën voorbehouden handelingen enger dan wel ruimer te interpreteren in functie van het volgende streven: het bereiken van de mate van bescherming rond het concrete 'immateriële goed' waarvan de 'verdiensten', gezien de verhouding tussen zijn 'waarde' en de hoeveelheid beschikbare substituten voor zijn incorporaties, maximaal de 'tekortkomingen' overstijgt.

Traditioneel wordt daarbij dan met name aangenomen dat de systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen' steeds het volgende vraagt bij de interpretatie van de reikwijdte van de categorieën, aan de rechthebbende voorbehouden handelingen: de zintuiglijk waarneembare handelingen die onder deze categorieën voorbehouden handeling vallen ook voldoende ruim dan wel voldoende beperkend verstaan om het concrete 'immateriële goed' een mate van bescherming te verlenen waarvan de 'verdiensten' maximaal de 'tekortkomingen' overstijgen. Het idee hierbij is dan dat met name dat een ruime interpretatie van de reikwijdte van de aan de rechthebbende voorbehouden handelingen al snel de utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke 'tekortkomingen' van de verleende bescherming doet toenemen. De categorieën voorbehouden handelingen erg ruim verstaan houdt volgens deze opvatting immers een groot risico in dat mensen verhinderd worden om ten aanzien van beschermde incorporaties van het beschermde 'immateriële goed' die handelingen te stellen die eigenlijk de grootst mogelijke bijdrage inhouden tot het grootste geluk voor het grootste aantal mensen. Een ruime interpretatie van de categorieën voorbehouden handelingen kan er volgens deze opvatting ook al snel toe leiden de natuurlijke rechten van personen te miskennen met name door hen bepaalde handelingen te verbieden ten aanzien van beschermde incorporaties van het beschermde 'immateriële goed' die nochtans tot de uitoefening van hun natuurlijke rechten behoren. Binnen deze traditionele opvatting vormen de limieten van de reikwijdte van de categorieën voorbehouden handelingen, bijvoorbeeld de limiet van de 'uitputtingsleer', en de uitzonderingen rond de categorieën voorbehouden handelingen, beiden belangrijke mechanismen om de exclusieve bevoegdheid die intellectuele rechten verlenen ook waar nodig te kunnen temperen met het oog op het verlenen van een mate van bescherming waarvan de 'verdiensten' maximaal de 'tekortkomingen' overstijgen, in het licht van utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen¹⁰¹⁷.

Geïnspireerd door het model van een 'puur monopolie' met 'perfecte prijsdiscriminatie', is er de laatste decennia, zoals aangegeven, echter ook een trend om aan te nemen dat de systematiek rond 'verdiensten versus beperking' in wezen het volgende vraagt bij de interpretatie van de reikwijdte van de aan de rechthebbende voorbehouden categorieën handelingen: de zintuiglijk waarneembare handelingen die onder deze categorieën voorbehouden handeling vallen zo ruim verstaan dat zij de rechthebbende een volstrekt, absolute bevoegdheid verlenen om zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden die een aanwending inhouden van zijn 'immateriële goed'. Indien de rechthebbende inderdaad de zonet vermelde absolute bevoegdheid heeft over toepassingen van zijn 'immateriële goed' dan zal dit de rechthebbende volgens de hierboven besproken analyse, zoals gezegd, aanzetten tot 'prijsdiscriminatie' en zal hieruit uiteindelijk een ingrijpen volgen waarvan de 'verdiensten' maximaal de 'tekortkomingen' overstijgen. Het idee hierbij is, zoals gezegd, in essentie dat de rechthebbende zijn 'puur monopolie' zal aanwenden om aan 'perfecte prijsdiscriminatie' te doen waardoor elke kandidaat consument, die een prijs kan en wil betalen voor exclusieve rechten over incorporaties van het 'resultaat' van inspanningen die de productiekosten van de rechthebbende rond dit aanbod vergoedt, in beginsel, ook de betrokken exclusieve rechten over incorporaties van dit 'resultaat' van inspanningen zal aangeboden krijgen, zij het dan wel tegen de hoogste prijs die hij daarvoor kan en wil betalen, en waardoor de rechthebbende, doordat hij net deze prijs kan vragen voor dit aanbod, tegelijk ook een optimale aansporing krijgt om de betrokken 'resultaten' van inspanningen aan te bieden¹⁰¹⁸. Het implementeren van dit model van een 'puur monopolie' met 'perfecte prijsdiscriminatie' vraagt daarbij dan, zoals aangegeven, wel dat de limieten en uitzonderingen in verband met de categorieën voorbehouden handelingen, met name de limiet van de 'uitputtingsleer', buiten spel gezet worden aangezien zij verhinderen dat

¹⁰¹⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: J. BOYLE, "Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property", *Vanderbilt Law Review* 2000, p.2029; J. COHEN, "Copyright and the Perfect Curve", *Vanderbilt Law Review* 2000, p. 1818.

¹⁰¹⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: W. FISHER, "Property and Contract on the Internet", *Chicago-Kent Law Review* 1997-1998, p.1240 ("To summarize, the use of contracts and technological protections to enable creators to engage in price discrimination would produce the following differences from the current copyright regime: 1. It would enable creators to make more money. 2. It would increase the ratio between the incentives for creativity and the concomitant deadweight losses-and thus should enhance net consumer welfare. 3. It would increase the likelihood that all persons would have access to works of the intellect").

de rechthebbende over het absolute monopolie zou beschikken rond toepassingen van zijn ‘immateriële goed’ dat vereist is om hem aan te zetten tot perfecte prijsdiscriminatie.

Zoals hierboven aan bod kwam, kreeg de zonet beschreven analyse die intellectuele rechten een model van een ‘puur monopolie’ met ‘perfecte prijsdiscriminatie’ wil laten implementeren reeds veel kritiek. Veel auteurs uit in dit verband, zoals gezegd, vooral het bezwaar dat de implementatie van dit model vraagt om de limieten en uitzonderingen in verband met de categorieën voorbehouden handelingen buiten spel te zetten die traditioneel net zo belangrijk zijn om er over te kunnen waken dat intellectuele rechten steeds een mate van bescherming verlenen waarvan de ‘verdiensten’ maximaal de ‘tekortkomingen’ overstijgen, en dit voor het implementeren van een model waarvan volgens hen sterk te betwijfelen is of dit in de praktijk wel de maatschappelijk voordelige effecten zal hebben die de voorstanders hiervan verwachten¹⁰¹⁹.

Tenslotte is ook hier dan op te merken dat de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ weliswaar een overkoepelende richtlijn biedt voor analyses rond de fysieke afbakening van de exclusieve bevoegdheid die een intellectueel recht verleent, maar slechts weinig aanwijzingen geeft rond de concrete uitvoering van deze vergelijking. De systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ geeft daarbij inderdaad aan dat dergelijke analyses zich moeten richten naar de hierboven vermelde richtlijn rond een optimale afstelling van de afbakening van de verleende exclusieve bevoegdheid. Daaruit volgt dan, zoals aangegeven, dat de uitvoering van deze analyses uiteindelijk moet bijdragen tot het volgende resultaat: de afbakening van de exclusieve bevoegdheid, aan de hand van zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften, zodanig richten naar de concrete feitelijke kenmerken van het concrete ‘immateriële goed’ dat de beschermingsvoorwaarden vervult, dat deze afbakening van de exclusieve bevoegdheid resulteert in een mate van bescherming waarvan de ‘verdiensten’ maximaal de ‘tekortkomingen’ overstijgt. De systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ biedt op zich echter geen verder aanwijzingen of systematisering rond de concrete set aan parameters die dergelijke analyses behoren te beheersen en al evenmin rond het vastleggen van de precieze invulling van deze parameters, opdat de uitvoering van deze analyses ook daadwerkelijk zou bijdragen tot dit resultaat.

C. Een optimale afstelling van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’

Een optimale afstelling van een beschermingsregeling die in een ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ voorziet, vraagt volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dat deze beschermingsregeling in haar geheel zoveel mogelijk het volgende doet: aan de hand van zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften, koppelt de betrokken beschermingsregeling het verlenen van een bepaalde type van ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ aan beschermingsvoorwaarden die een soort resultaat van inspanningen vereisen met kenmerken die garanderen dat dit type ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ rond een dergelijk resultaat van inspanningen ook een mate van bescherming toelaat waarvan de ‘verdiensten’ maximaal de ‘tekortkomingen’ overstijgt.

In dit onderdeel bespreken we nu de richtlijnen die de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ biedt rond een optimale afstelling van de onderscheiden componenten van een ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’. Aangezien de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ aansluit bij de theorie rond ‘objectiefrechtelijke gedragsregels’, gaan we dus concreet in op de richtlijnen die deze systematiek voorschrijft voor een optimale invulling van de volgende parameters die, volgens haar, naast de vereisten rond het voorliggen van een ‘handelspraktijk’, de afstelling beheersen van het verbod op ‘parasitaire mededinging’: (C.1.) de kenmerken van de incorporatie van inspanningen die ‘gekopieerd’ werd, (C.2.) de mate van ‘gelijkenis’ door ‘ontlening’ om tot ‘kopiëren’ te besluiten en (C.3.) de kenmerken van het via ‘kopiëren’ verkregen ‘onrechtmatig voordeel’. Het is immers uiteindelijk de reikwijdte van dit verbod op ‘parasitaire mededinging’ dat ook de bakens uitzet voor de omvang van de bescherming die het ingrijpen tegen

¹⁰¹⁹ Zie in die zin, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: K. KOELMAN, “Copyright Law and Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d’Auteur Passé?”, *IIC* 2004, p.632 e.v.; J. COHEN, "Copyright and the Perfect Curve", *Vanderbilt Law Review* 2000, p. 1818 e.v.; J. BOYLE, "Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property", *Vand. L. Rev.* 2000, p. 2034 en W. GORDON, "Intellectual Property as Price Discrimination: Implications for Contract", *Chicago-Kent Law Review* 1997-1998, p. 1389 (“*Other things being equal, consumers are better off if price differences result not from one supplier's efforts to, discriminate, but rather from the presence of additional suppliers*”)

‘parasitaire mededinging’ biedt tegen ‘handelspraktijken’ die dit verbod overtreden en de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaden of kunnen schaden.

C.1. Kenmerken van de gekopieerde prestatie

Een eerste parameter die volgens de theorie rond ‘objectiefrechtelijke gedragsregels’ de afstelling beheerst van het verbod dat het recht inzake oneerlijke mededinging bepaalt op ‘handelspraktijken’ die ‘parasitaire mededinging’ uitmaken, betreft zoals aangegeven de *kenmerken* die de *incorporatie van inspanningen* van een andere onderneming moet vertonen opdat de ‘handelspraktijk’ die teruggaat op een ‘kopiëren’ ervan zou kunnen kwalificeren als ‘parasitaire mededinging’. Een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale invulling van deze parameter vraagt, volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan met name het volgende: aan de hand van zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften, een soort resultaat van inspanningen vereisen waarvan de vereiste kenmerken garanderen dat de mate van bescherming die het betrokken ingrijpen tegen ‘parasitair mededinging’ verleent ook de mate van bescherming toelaat waarvan de ‘verdiensten’ maximaal de ‘tekortkomingen’ overstijgen. Volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ kom het er dus ook voor het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ op aan om zijn tussenkomst te laten afhangen van een toetsing rond de kenmerken van ‘resultaten’ van inspanningen die wijzen op een bepaalde verhouding tussen hun ‘waarde’ als resultaat van inspanningen en de hoeveelheid beschikbare substituten voor hun incorporaties. Om te bepalen wat in dit verband als concrete indicatie geldt voor de ‘waarde’ als resultaat van inspanningen of voor de hoeveelheid beschikbare substituten voor de incorporaties van een resultaat van inspanningen, steunt de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ in wezen op dezelfde analyse als, hierboven besproken, in het kader van intellectuele rechten. Indien de kenmerken die te danken zijn aan een resultaat van inspanningen een geschiktheid verlenen tot het vervullen van een functionele, niet louter esthetische taak, dan geldt dit volgens deze systematiek bijvoorbeeld ook in deze context als indicatie dat te verwachten is dat er voor deze kenmerken minder substituten beschikbaar zullen zijn¹⁰²⁰.

C.2. Teruggaan op een ‘kopiëren’

Een tweede parameter die volgens de theorie rond ‘objectiefrechtelijke gedragsregels’ de afstelling beheerst van het verbod dat het recht inzake oneerlijke mededinging bepaalt op ‘handelspraktijken’ die ‘parasitaire mededinging’ uitmaken, betreft, zoals aangegeven, het volgende: de *mate van ‘gelijkenis’ door ‘ontlening’* die moet bestaan tussen de zintuiglijk waarneembare kenmerken waarop een ‘handelspraktijk’ betrekking heeft en de zintuiglijk waarneembare kenmerken die te danken zijn aan het resultaat van inspanningen van een andere onderneming, om aan te nemen dat deze ‘handelspraktijk’ inderdaad teruggaat op een ‘kopiëren’ van de incorporatie van de inspanningen van een andere onderneming en dus kan kwalificeren als ‘parasitaire mededinging’. Een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale invulling van deze parameter vraagt, volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan met name het volgende: de gelijkenissen die vereist zijn om een ‘kopiëren’ te aanvaarden van de incorporaties van inspanningen van een andere onderneming, aan de hand van zo efficiënt mogelijk geformuleerd gedragsvoorschriften, richten naar de mate van bescherming die het betrokken concrete resultaat van inspanningen daardoor ontleent aan het betrokken ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ en met name naar de mate van bescherming rond dit concrete resultaat van inspanningen waarvan de ‘verdiensten’, in het licht van de feitelijke kenmerken van dit resultaat van inspanningen, maximaal de ‘tekortkomingen’ overstijgen. Het is dan met name deze richtlijn die volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ als leidraad behoort te dienen om met name te bepalen tot op welk niveau van abstractie, welke mate van gelijkenissen, in het licht van de concrete omstandigheden relevant kan zijn om een ‘kopiëren’ te aanvaarden in de zin van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’.

C.3. kenmerken van het onrechtmatig voordeel

¹⁰²⁰ Zie in de zin bijvoorbeeld: H. KÖHLER, “UWG § 4 Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen” in H. KÖHLER en J. BORNKAM, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz, Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung.*, C.H. Beck, München, 2012, Nr. 9.23.

Een derde parameter, ten slotte, die volgens de theorie rond ‘objectiefrechtelijke gedragsregels’ de afstelling beheerst van het verbod dat het recht inzake oneerlijke mededinging bepaalt op ‘handelspraktijken’ die ‘parasitaire mededinging’ uitmaken, betreft, zoals aangegeven, de *kenmerken* van het *voordeel* dat de ‘handelspraktijk’ op grond van het ‘kopiëren’ van een incorporatie van de inspanningen van een andere onderneming moet opleveren om te kunnen kwalificeren als ‘parasitaire mededinging’. Een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale invulling van deze parameter vraagt, volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan met name het volgende: aan de hand van zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften, vereisen dat uit de ‘handelspraktijk’ die verband houdt met het ‘kopiëren’ van de incorporatie van de inspanningen van een andere onderneming een voordeel blijkt te volgen waarvan het behalen inderdaad op utilitaristische of deontologisch-natuurrechtelijke bezwaren stoot en dat zich op passende wijze, dit wil zeggen met ‘verdiensten’ die maximaal de ‘tekortkomingen’ van het betrokken ingrijpen overstijgen, laat elimineren door een ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’. Volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ zal er daarbij dan een krachtigere rechtvaardiging zijn voor een ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ naarmate het ‘voordeel’ dat volgt uit een ‘kopiëren’, duidelijker op utilitaristische of deontologisch-natuurrechtelijke bezwaren stoot, bijvoorbeeld omdat dit ‘kopiëren’, met het oog op het uitsparen van eigen inspanningen, een systematisch aanhaken inhield bij de eerder geleverde prestatie, hoewel andere vormgevingselementen vrij te kiezen waren¹⁰²¹. Geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ is het bijvoorbeeld echter ook niet onlogisch om, naarmate de ‘waarde’ van het resultaat van inspanningen groter is, ook reeds sneller te aanvaarden dat het kopiëren van dit resultaat van inspanningen ook een voordeel oplevert dat op bezwaren stoot en dus over te gaan tot het verlenen van beschermen rond dit resultaat van inspanningen.

3.1.4. Valabele en noodzakelijke differentiaties van de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht

Het voorgaande geeft ons dan ook de nodige achtergrond om de concrete richtlijnen te bespreken die de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ biedt rond de valabele en noodzakelijke ‘differentiaties’ in de concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht met het oog op een, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Daarbij gaat het dan met name om de opvattingen van deze systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ in verband met het ‘arsenaal’ aan ‘differentiaties’ in de concrete afstelling van beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, dat *valabel* en *noodzakelijk* is opdat het intellectuele eigendomsrecht steeds een beschermingsregeling zou paraat hebben om het volgende te doen: in het licht van de betrokken feitelijke omstandigheden een, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal optreden toelaten van intellectuele rechten of het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ met het oog op het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht¹⁰²².

¹⁰²¹ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: Bundesgerichtshof 14 december 1995 (*Vakuumpumpen-zaak*), GRUR 1996, p.210 (p.212: “*Zu den im Streitfall besonders zu berücksichtigenden Umständen gehören vor allem das von der Klägerin behauptete schrittweise und zielbewußte Anhängen an eine Vielzahl ihrer Produkte, die freie Wählbarkeit einer Fülle von Gestaltungselementen und die aufgrund der Ersparung kostspieliger, eigener Entwicklungsarbeit mögliche erhebliche Preisunterbietung in Verbindung mit den daraus erzielten Wettbewerbsvorteilen.*”); Zie ook GÖTTING die ‘*Behinderung von Mitbewerbern*’ omschrijft als: “*...die systematische Nachahmung einer Vielzahl eigenartiger, überdurchschnittlicher Erzeugnisse eines Mitbewerbers durch ein planmäßiges und zielgerichtetes Anhängen an die fremde Leistung, obwohl andere Gestaltungselemente frei wählbar sind.*” Bij: H.-P. GÖTTING, “*Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9)*” in K.-H. FEZER, *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, München, Beck, 2005, Band 1, p. 782.

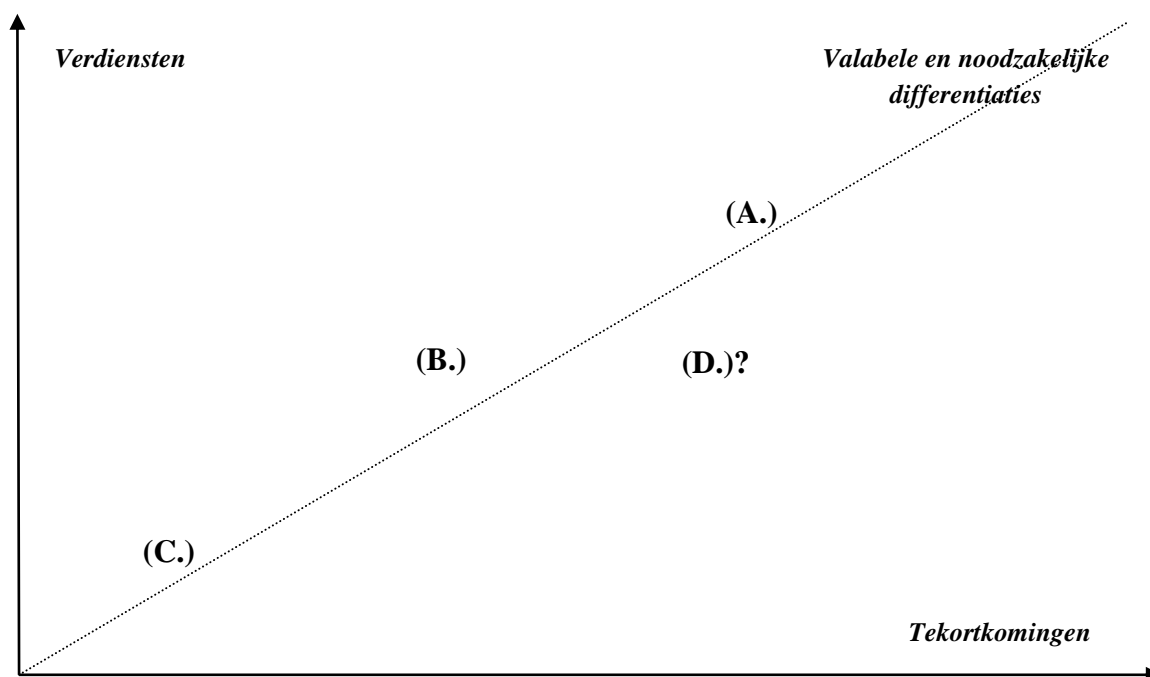
¹⁰²² Nog preciezer gaat het er bij deze opvattingen dan met name om welke van de mogelijke combinaties om de componenten van de relevante gedragsvoorschriften van het *middel* van het archetypische ingrijpen van intellectuele rechten of van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ af te stellen op de kenmerken van incorporaties van inspanningen en andere zintuiglijk waarneembare manifestaties, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ valabel en noodzakelijk zijn om naar aanleiding van onderscheiden soorten incorporaties van inspanningen telkens in een optimaal ingrijpen te voorzien met het oog op het verlenen van een

De typering van de betrokken ‘differentiaties’ in de concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht als ‘*valabel*’ slaat in dit geval dan concreet op het feit dat de betrokken beschermingsregelingen gedragsvoorschriften voorschrijven rond het verlenen van een investeringsbescherming waarvan de inhoud en de mate van precisering voldoende aansluit bij de hierboven beschreven concrete richtlijnen die de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ voorstaat om een afzonderlijk beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht een, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimale afstelling te geven. De kwalificatie van de betrokken ‘differentiaties’ in de concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht als ‘noodzakelijk’ verwijst daarbij dan met name naar het gegeven dat de betrokken beschermingsregelingen, volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’, nodig en wenselijk zijn omdat, geredeneerd vanuit de ‘logica’ van deze systematiek, te verwachten is dat deze concrete beschermingsregelingen het volgende zullen doen: een bijdrage leveren tot een meer gerechtvaardigde investeringsbeschermingsregeling rond de incorporaties van inspanningen waarop ze betrekking hebben, die ook voldoende opweegt tegen de eventueel toenemende, juridische inspanningen die de differentiatie van gedragsvoorschriften die deze beschermingsregeling inhoudt, met zich meebrengt om regelingen rond de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging toepassing te laten vinden.

Concreet menen we te kunnen vaststellen dat de ‘logica’ van de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’, ondanks enige discussie in dit verband, aangeeft dat het intellectuele eigendomsrecht, met het oog op het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, in wezen enkel die concrete beschermingsregelingen dient te omvatten die nodig zijn om een implementatie te geven aan elk van de volgende theoretische modellen van een ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’:

- (A.) een ruimste intellectueelrechtelijke bescherming rond erg ‘waardevolle’ functionele resultaten van inspanningen
- (B.) een intellectueelrechtelijke bescherming rond ‘waardevolle’ esthetische resultaten van inspanningen
- (C.) een verbod op ‘parasitair kopiëren’ rond resultaten van inspanningen met enige ‘waarde’
- (D.) een intellectueelrechtelijke bescherming rond ‘waardevolle’, voldoende substitueerbare, functionele resultaten van inspanningen

investeringsbescherming die zo conform mogelijk is én aan utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen én aan overwegingen rond een aangewezen precisering en differentiatie van gedragsvoorschriften.



In dit onderdeel gaan we nu dieper in op deze analyse die de systematiek rond ‘verdienssten versus tekortkomingen’ maakt rond de *valabele* en *noodzakelijke* differentiaties van beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, met het oog op het, binnen de focus van ons onderzoek, optimaal verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. In eerste instantie (A.-D.), duiden we met name de zonet aangehaalde theoretische modellen van een ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ die de systematiek rond ‘verdienssten versus tekortkomingen’ bij deze analyse naar voorschuift als leidraad voor *valabele* en *noodzakelijke* ‘differentiaties’ van concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht. Daarna (E.) bespreken we de achterliggende analyse die de systematiek rond ‘verdienssten versus tekortkomingen’ maakt om in dit verband net die theoretische modellen van een ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ naar voor te schuiven als leidraad voor *valabele* en *noodzakelijke* ‘differentiaties’ van concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht.

A. Ruimste intellectueelrechtelijke bescherming rond erg verdienstelijke functionele resultaten van inspanningen

Om steeds een optimaal ingrijpen paraat te hebben, is het volgens de systematiek rond ‘verdienssten versus tekortkomingen’ in de eerste plaats dus *valabel* en *noodzakelijk* dat het intellectuele eigendomsrecht in een concrete beschermingsregeling voorziet die het volgende theoretische model implementeert: een ruimste intellectueelrechtelijke bescherming rond erg ‘waardevolle’ functionele resultaten van inspanningen. Dit theoretische model verwijst dan met name in essentie naar een ingrijpen dat het volgende doet, indien een incorporatie van inspanningen blijkt geeft van een ‘immaterieel goed’ dat de exceptioneel vernieuwende intellectuele arbeid inhoudt die leidt tot een ‘leer’ waarvan de toepassing zintuiglijk waarneembare manifestaties een functionele geschiktheid bezorgt: een intellectueelrechtelijke bescherming verlenen waarbij de toepassing van de betrokken ‘leer’ als leidraad dient om de beschermingsomvang af te bakenen. De geldigheid van dit theoretisch model van een ingrijpen van een intellectueel recht laat zich volgens de ‘logica’ van de systematiek rond ‘verdienssten versus tekortkomingen’ dan in essentie als volgt verklaren: bij een voldoende exceptioneel ‘waardevol’ resultaat van intellectuele arbeid dat toepassing vindt in functionele kenmerken zijn de te verwachten ‘verdienssten’ van het beschermen ervan uiteindelijk zo groot dat zelfs de grote ‘tekortkomingen’ die te verwachten zijn doordat deze bescherming zich uitstrekt tot functionele kenmerken, niet wegnemen dat een ruime bescherming

op het niveau van de betrokken 'leer' het beste uitgangspunt biedt om in een concrete mate van bescherming te voorzien waarvan de 'verdiensten' maximaal de 'tekortkomingen' overstijgt.

Het zonet beschreven theoretische model van een ruimste intellectueelrechtelijke bescherming rond erg 'waardevolle' functionele resultaten van inspanningen, ziet de systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen' dan met name als aangewezen leidraad voor de volgende concrete beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht, met het oog op het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht: het octrooirecht en het gebruiksmodellenrecht. Het gebruiksmodellenrecht kan daarbij volgens de systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen' dan eventueel het aanknopingspunt vormen voor een *valabele* nuancering van het ingrijpen van het octrooirecht, in de zin dat het gebruiksmodellenrecht, een 'leer' die zintuiglijk waarneembare manifestaties een functionele geschiktheid verleent, iets minder strenge vereisten stelt voor het toekennen van een iets beperktere intellectueelrechtelijke bescherming¹⁰²³. Waar het octrooirecht en het gebruiksmodellenrecht dan in wezen een zelfde theoretisch model implementeren, is, geredeneerd vanuit de systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen' dan echter al sterker te betwijfelen of deze afzonderlijke beschermingsregelingen ook een 'differentiatie' van gedragsvoorschriften inhouden gericht op het verlenen van een investeringsbescherming waarvan de bijdrage tot een meer gerechtvaardigde regeling hoger is als de toename van juridische inspanningen die deze 'differentiatie' teweegbrengt om beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht toepassing te laten vinden. In dit verband merken we op dat vele landen en uiteindelijk ook de Europese wetgever het niet nodig geacht hebben om naast het octrooirecht ook nog te voorzien in een uitdrukkelijk regeling rond het gebruiksmodellenrecht.

B. Intellectueelrechtelijke bescherming rond verdienstelijke esthetische resultaten van inspanningen

Om steeds een optimaal ingrijpen paraat te hebben, is het volgens de systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen' in de tweede plaats dan ook *valabel* en *noodzakelijk* dat het intellectuele eigendomsrecht in een concrete beschermingsregeling voorziet die het volgende theoretische model implementeert: een intellectueelrechtelijke bescherming rond 'waardevolle' esthetische resultaten van inspanningen. Dit theoretische model verwijst dan met name in essentie naar een ingrijpen dat het volgende doet, indien een incorporatie van inspanningen blijkt geeft van een 'immaterieel goed' dat intellectuele of voldoende kwalitatieve arbeid inhoudt waarvan de belichaming zintuiglijk waarneembare manifestaties een esthetische geschiktheid bezorgt: een intellectueelrechtelijke bescherming verlenen waarbij de concrete vormgeving die volgt uit het belichamen van het betrokken 'immateriële goed', in beginsel, als leidraad dient om de beschermingsomvang af te bakenen¹⁰²⁴. De geldigheid van dit theoretisch model van een ingrijpen van een intellectueel recht laat zich volgens de 'logica' van de systematiek rond 'verdiensten versus tekortkomingen' in essentie als volgt verklaren: bij een gewoon 'waardevol' resultaat van intellectuele of kwalitatieve arbeid dat toepassing vindt in esthetische kenmerken vallen de te verwachten 'verdiensten' van het beschermen ervan lager uit, waardoor een beperktere bescherming die zijn 'tekortkomingen' in toom houdt door zich, in beginsel, enkel uit te strekken tot de concrete vormgeving van esthetische kenmerken die voortvloeit uit het betrokken resultaat van inspanningen, uiteindelijk het beste

¹⁰²³ Voor een dergelijke opvatting rond de rol van het Gebruiksmodellenrecht, zie bijvoorbeeld: Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot onderlinge aanpassing van het recht inzake gebruiksmodellen" COM/99/0309 def. - COD 97/0356 P.B. C 248 E van 29/08/2000, p. 56-68; Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld de analyse bij KRAßER rond de wijze waarop het Duitse Gebruiksmodellenrecht van een duidelijk autonoom intellectueel recht evolueerde tot een soort onderbouw van het octrooirecht. R. KRAßER, "Die Entwicklung des Gebrauchsmusterrechts" in F.-K. BEIER, A. KRAFT, G. SCHRICKER en E. WADLE (eds.), *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift*, Weinheim, VCH Verlagsgesellschaft, 1991, p.617-655

¹⁰²⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: D. KARJALA, "Distinguishing Patent and Copyright Subject Matter", *Connecticut Law Review* 2003, p.439 e.v.; J. HUYDECOPER, "Originaliteit of inventiviteit? Het technisch effect in het auteursrecht.", *BIE* 1987, p.109; G. VANDENBERGHE, "Softwarebescherming in de U.S.A.: een voorbeeld voor Europa?", *B.I.E.* 1985, p. 54.

uitgangspunt biedt om in een concrete mate van bescherming te voorzien waarvan de ‘verdiensten’ maximaal de ‘tekortkomingen’ overstijgt¹⁰²⁵.

Het zonet beschreven theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming rond ‘waardevolle’ esthetische resultaten van inspanningen, ziet de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan met name als passende leidraad voor de volgende concrete beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht, met het oog op het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht: het auteursrecht, de naburige rechten en het tekeningen- en modellenrecht. Ook hier geldt dan dat het tekeningen- en modellenrecht volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ eventueel het aanknopingspunt kan vormen voor een *valabele* nuancering, ditmaal, van het ingrijpen van het auteursrecht, in de zin dat het tekeningen- en modellenrecht of de naburige rechten, reeds bij iets minder hoge intellectuele of kwalitatieve inspanningen die zintuiglijk waarneembare manifestaties een esthetische geschiktheid verlenen, een iets beperktere intellectueelrechtelijke bescherming verlenen¹⁰²⁶. Waar ook het auteursrecht en het tekeningen- en modellenrecht dan in wezen een zelfde theoretisch model implementeren, is, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan echter al, opnieuw sterker te betwijfelen of deze afzonderlijke beschermingsregelingen ook een ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften inhouden gericht op het verlenen van een investeringsbescherming waarvan de bijdrage tot een meer gerechtvaardigde regeling hoger is als de toename van juridische inspanningen die deze ‘differentiatie’ teweegbrengt om beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht toepassing te laten vinden¹⁰²⁷.

C. Verbod op ‘parasitair kopiëren’ rond resultaten van inspanningen met enige verdienste

Om steeds een optimaal ingrijpen paraat te hebben, is het volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ in de derde plaats ook *valabel* en *noodzakelijk* dat het intellectuele eigendomsrecht in een concrete beschermingsregeling voorziet die het volgende theoretische model implementeert: een verbod op ‘parasitair kopiëren’ rond resultaten van inspanningen met enige ‘waarde’. Dit theoretische model verwijst dan met name in essentie naar een ingrijpen dat het volgende doet, indien een incorporatie van inspanningen blijkt geeft van een resultaat van kwantitatieve of kwalitatieve inspanningen met een eerder beperkte ‘waarde’: een beperkte mogelijkheid voorzien om zich te verzetten tegen concrete ‘handelspraktijken’ die verband houden met een kopiëren van belichamingen van dit resultaat van inspanningen indien deze ‘handelspraktijken’, in het licht van de concrete omstandigheden die ermee gepaard gaan, ‘onrechtmatige’ daden van mededinging blijken te zijn. De geldigheid van dit theoretisch model van een verbod op ‘parasitair kopiëren’ rond resultaten van inspanningen met enige ‘waarde’ laat zich volgens de ‘logica’ van de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ met

¹⁰²⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: D. KARJALA, "Distinguishing Patent and Copyright Subject Matter", *Connecticut Law Review* 2003, p.439 e.v.; J. HUYDECOPER, "Originaliteit of inventiviteit? Het technisch effect in het auteursrecht.", *BIE* 1987, p.109 ("...beoefenaars van het auteursrecht er kennelijk van uitgaan dat er in de aard van het auteursrechtelijk beschermde rechtsgoed en in de omvang van de door het auteursrecht verleende bescherming al beperkingen besloten liggen die (in voldoende mate) waarborgen dat het auteursrecht niet onaanvaardbaar ver reikt, en dat daarom uitbreiding van auteursrechtelijke bescherming ook tot prestaties met een zeer bescheiden verdienste, niet bezwaarlijk hoeft te zijn.").

¹⁰²⁶ Zie in dit verband bijvoorbeeld: A. WANDTKE en C. OHST, "Zur Reform des deutschen Geschmacksmustergesetzes", *GRURInt* 2005, p. 91-102; D. VISSER, *Naburige rechten van uitvoerende kunstenaars, fonogrammenproducenten, filmproducenten en omroeporganisaties*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, p. 2.

¹⁰²⁷ Zie in dit verband bijvoorbeeld: J. HUYDECOPER, "Waarom bescherming en waarom zoveel soorten?", *B.I.E.* 1997, p. 35 ("Het (sier)modellenrecht is in dit opzicht illustratief. Niet alleen in de Benelux maar ook in veel andere jurisdicties ontbreken duidelijke gedachten over de grondslagen van dit recht. Daardoor is ook onduidelijk waartoe het recht eigenlijk strekt, en dus wat de inhoud daarvan is."); Zie echter ook de recent pogingen om het tekeningen- en modellenrecht een eigen zelfstandige bestaansreden te geven, bijvoorbeeld: A. KUR, "The Max Planck Draft for a European Design Law" in F. GOTZEN (ed.), *The Green Paper on the legal protection of industrial design*, Brussel, Story-Scientia, 1992, p.14-26; Zie rond de naburige rechten ook de analyse bij, bijvoorbeeld: R. HILTY, "The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces" in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p. 36 e.v..

name als volgt verklaren: bij een resultaat van kwalitatieve of kwantitatieve inspanningen met een eerder beperkte ‘waarde’ vallen de te verwachten ‘verdiensten’ van het beschermen ervan relatief laag uit, waardoor een beperktere bescherming die zijn ‘tekortkomingen’ in toom houdt door, in beginsel, enkel op te treden naar aanleiding van een concreet ‘onrechtmatig’ kopiëren van belichamingen van het betrokken resultaat van inspanningen, uiteindelijk het beste uitgangspunt biedt om in een concrete mate van bescherming te voorzien waarvan de ‘verdiensten’ maximaal de ‘tekortkomingen’ overstijgt¹⁰²⁸.

Het zonet beschreven theoretische model van een verbod op ‘parasitair kopiëren’ rond resultaten van inspanningen met enige ‘waarde’, ziet de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan met name als aangewezen leidraad voor de volgende concrete beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht, met het oog op het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht: het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’.

D. Intellectueelrechtelijke bescherming rond verdienstelijke en voldoende substitueerbare functionele resultaten van inspanningen

Binnen de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’, is er tenslotte discussie of het *valabel* en *noodzakelijk* is dat het intellectuele eigendomsrecht, ook in een concrete beschermingsregeling voorziet die het volgende theoretische model implementeert, om steeds een optimaal ingrijpen paraat te hebben: een intellectueelrechtelijke bescherming rond ‘waardevolle’, voldoende substitueerbare, functionele resultaten van inspanningen. Dit theoretische model verwijst dan met name in essentie naar een ingrijpen dat het volgende doet, indien een incorporatie van inspanningen blijkt geeft van een resultaat van kwantitatieve of kwalitatieve inspanningen met een eerder beperkte ‘waarde’: een beperkte mogelijkheid voorzien om zich te verzetten tegen concrete ‘handelspraktijken’ die verband houden met een kopiëren van belichamingen van dit resultaat van inspanningen indien deze ‘handelspraktijken’, in het licht van de concrete omstandigheden die ermee gepaard gaan, ‘onrechtmatige’ daden van mededinging blijken te zijn. Dit theoretische model verwijst dan met name in essentie naar een ingrijpen dat, indien een incorporatie van inspanningen blijkt geeft van een ‘immaterieel goed’ dat intellectuele of voldoende kwalitatieve arbeid inhoudt waarvan de belichaming zintuiglijk waarneembare manifestaties een functionele geschiktheid bezorgt, dan concreet het volgende doet, als ook voldoende alternatieven blijken te bestaan voor deze belichaming om de betrokken functionele geschiktheid te verlenen: een intellectueelrechtelijke bescherming verlenen waarbij de concrete vormgeving die volgt uit het belichamen van het betrokken ‘immateriële goed’, in beginsel, als leidraad dient om de beschermingsomvang af te bakenen¹⁰²⁹.

De voorstanders van het zonet beschreven theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming rond ‘waardevolle’, voldoende substitueerbare, functionele resultaten van inspanningen, verklaren de geldigheid ervan dan met name als volgt, vanuit de ‘logica’ van de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’: indien blijkt dat rond een gewoon ‘waardevol’ resultaat van intellectuele of kwalitatieve arbeid dat toepassing vindt in functionele kenmerken, geen al te grote ‘tekortkomingen’ te verwachten zijn van het beschermen ervan, aangezien er voldoende alternatieven bestaan voor de kenmerken die aan dit resultaat van inspanningen te danken zijn, dan biedt een bescherming rond dit resultaat van inspanningen die zich, in beginsel, enkel uitstrekt tot de concrete vormgeving van functionele kenmerken die voortvloeit uit dit resultaat van inspanningen, gezien de te verwachten

¹⁰²⁸ Vergelijk op dit vlak de nadruk die vaak gelegd wordt op het feit dat het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire medediging’, in principe geen exclusieve rechten toekent. Zie in die zin bijvoorbeeld: H.-P. GÖTTING, "Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9)", in K-H FEZER (ed.), *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Verlag C.H. Beck München 2005, (Band 1) p.762 ("Das UWG gewährt keine Ausschließlichkeitsrechte mit gegenständlicher (dinglicher) Wirkung, sondern allein wettbewerbsrechtliche, schuldrechtliche Ansprüche gegen die Art und Weise der Verwertung einer fremden Leistung, d.h., gegen ein bestimmtes Wettbewerbshandeln.")

¹⁰²⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: D. KARJALA, "Distinguishing Patent and Copyright Subject Matter", *Connecticut Law Review* 2003, p.439 e.v.; J. HUYDECOPER, "Originaliteit of inventiviteit? Het technisch effect in het auteursrecht.", *BIE* 1987, p.109; G. VANDENBERGHE, "Softwarebescherming in de U.S.A.: een voorbeeld voor Europa?", *B.I.E.* 1985, p. 54.

‘verdiensten’ van het beschermen ervan, uiteindelijk het beste uitgangspunt om in een concrete mate van bescherming te voorzien waarvan de ‘verdiensten’ maximaal de ‘tekortkomingen’ overstijgen¹⁰³⁰.

Volgens de tegenstanders van het zonet beschreven theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming rond ‘waardevolle’, voldoende substitueerbare, functionele resultaten van inspanningen, is dit model daarentegen niet te verantwoorden vanuit de ‘logica’ van de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’. Volgens hen is immers aan te nemen dat, een al bij al relatief onbetrouwbare, toetsing rond het voorliggen van alternatieven, niets verandert aan het feit dat de te verwachten ‘verdiensten’ van het verlenen van bescherming rond een gewoon ‘waardevol’ resultaat van intellectuele of kwalitatieve arbeid dat toepassing vindt in functionele kenmerken, nu eenmaal niet hoog genoeg zijn om de ‘tekortkomingen’ te overstijgen van het verlenen van een zelfs beperkte intellectueelrechtelijke bescherming rond dergelijke resultaten van inspanningen. Deze auteurs menen daarbij met name dat een dergelijke intellectueelrechtelijke bescherming rond ‘waardevolle’, voldoende substitueerbare, functionele resultaten van inspanningen toch ongerechtvaardigd ver gaat in het verhinderen van het tot stand komen en aanwenden van substituten¹⁰³¹.

In zoverre het zonet beschreven theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming rond ‘waardevolle’, voldoende substitueerbare, functionele resultaten van inspanningen, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ een passende leidraad zou kunnen vormen voor concrete beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht, met het oog op het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, is dit dan met name aan de orde rond de volgende beschermingsregelingen: de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken en, eventueel, een auteursrecht dat toepassing vindt op functionele kenmerken. Wat de concrete opvattingen en argumenten betreft in dit verband kunnen we op dit punt echter verwijzen naar de bespreking hierboven van de bestaande beoordeling van de wenselijkheid van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken in het licht van, wat we eerder aangeduid hebben als, het heersende denkkader rond het intellectuele eigendomsrecht. Dit heersende denkkader komt immers met name overeen met de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’.

E. Achterliggende analyse rond de valabele en noodzakelijke ‘differentiaties’

Vervolgens kunnen we nu ingaan op de redenering die de systematiek rond ‘verdienste versus tekortkomingen’ opbouwt om net de hierboven beschreven theoretische modellen van een ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ als *valabele* en *noodzakelijke* ‘differentiaties’ te zien van concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht met het oog op het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht.

Het uitgangspunt van de analyse die de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ maakt rond de *valabele* en *noodzakelijke* ‘differentiaties’ van beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht is dan met name het volgende: dat er een bepaald spectrum is van resultaten van inspanningen waarbij, tussen hun ‘waarde’ en de hoeveelheid beschikbare substituten voor hun incorporaties, een verhouding bestaat die een ‘verdienstelijke’ investeringsbescherming toelaat op grond van het intellectuele eigendomsrecht. Het gegeven dat deze resultaten van inspanningen daarbij een ‘verdienstelijke’ investeringsbescherming toelaten op grond van het intellectuele eigendomsrecht geeft volgens deze systematiek dan ook aan dat het hierbij om resultaten van inspanningen gaat die een bescherming behoren te krijgen op grond van het intellectuele eigendomsrecht. Dit spectrum van te beschermen resultaten van inspanningen loopt volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ met name van esthetische of functionele resultaten van inspanningen met enige ‘waarde’, over, ‘waardevolle’ esthetische resultaten van inspanningen en, eventueel, ‘waardevolle’, voldoende substitueerbare, functionele resultaten van inspanningen, tot erg ‘waardevolle’ functionele resultaten van inspanningen. De te

¹⁰³⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: D. GERVAIS, "Feist goes global: a comparative analysis of the notion of originality in copyright law", *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 2002, p. 974 en P. HUGENHOLTZ, "Juridische bescherming van chips", *B.I.E.* 1985, p. 132.

¹⁰³¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: J. REICHMAN, "Legal Hybrids between the Patent and Copyright Paradigms", *Columbia Law Review.* 1994, p. 2501 e.v..

bescherming resultaten van inspanningen binnen dit spectrum kenmerken zich daarbij dan met name door het gegeven dat een duidelijk beperktere hoeveelheid beschikbare substituten voor hun incorporaties zich steeds in min of meer gelijke mate compenseert door hun duidelijk hogere ‘waarde’.

In het licht van het zonet beschreven spectrum van te beschermen resultaten van inspanningen, geldt volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ dan dat van de differentiatie van beschermingsregelingen die volgt uit de implementatie van elk van de hierboven beschreven modellen van een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, te verwachten is dat deze het volgende doet: een bijdrage leveren tot meer gerechtvaardigde investerings-beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht die hoger is als de toename van juridische inspanningen die zij teweegbrengt om beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht toepassing te laten vinden. Haar veronderstelling dat de betrokken differentiatie van beschermingsregelingen een bijdrage zal leveren tot een meer gerechtvaardigde investeringsbeschermingsregeling baseert de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ daarbij op het feit dat de geïmplementeerde modellen naadloos aansluiten bij haar logica rond een optimale afstelling van het ingrijpen. De inschatting dat de bijdrage van de betrokken differentiatie van beschermingsregelingen ook zal opwegen tegen de daardoor eventueel veroorzaakte juridische inspanningen om beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht toepassing te laten vinden, baseert de systematiek rond verdiensten versus tekortkomingen dan klaarblijkelijk op de volgende redenering: binnen het spectrum van te beschermen resultaten van inspanningen knopen de toepassingsgebieden van de geïmplementeerde modellen, in de regel, telkens aan bij type resultaten van inspanningen waarrond het optimale ingrijpen op grond van het intellectuele eigendomsrecht, volgens haar logica, zodanig ver uit elkaar ligt dat het nauwelijks een optie is met het oog op het nastreven van de meer gerechtvaardigde regeling om deze onderscheiden soorten resultaten van inspanningen geen onderscheiden mate van bescherming te verlenen. Het idee is met andere woorden dat de bezorgdheid rond de toename in de betrokken juridische inspanningen die deze differentiatie veroorzaakt enigszins in het niet verzinkt net omdat de betrokken differentiatie zo wezenlijk is met het oog op een überhaupt te rechtvaardigen regeling.

Het gegeven dat de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ zich beperkt tot de hierboven vermelde modellen als leidraad voor de differentiatie van concrete beschermingsregelingen van het intellectuele eigendomsrecht geeft daarbij ook het volgende aan: dat deze systematiek aanneemt dat de concrete beschermingsregelingen die deze modellen implementeren telkens passende uitgangspunten bieden met de nodige flexibiliteit om uiteindelijk samen, voor het ganse spectrum van te beschermen resultaten van inspanningen, steeds in een mate van bescherming te voorzien waarvan de ‘verdiensten’ maximaal de ‘tekortkomingen’ overstijgt. Deze flexibiliteit kunnen de betrokken beschermingsregelingen daarbij dan met name ontlenen aan de interpretatieruimte die hun concrete bepalingen en beginselen laten en de mogelijkheid om deze interpretatieruimte in te vullen overeenkomstig de logica van de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’.

Bij concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht *naast* de beschermingsregelingen die de hierboven aangehaalde theoretische modellen omzetten, betwijfelt de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ of zij tot een differentiatie zullen leiden waarvan de bijdrage tot meer gerechtvaardigde investerings-beschermingsregelingen hoger is als de toename van juridische inspanningen die deze differentiatie teweegbrengt om beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht toepassing te laten vinden. De systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ gaat er immers vanuit dat gezien het spectrum aan te beschermen resultaten van inspanningen en de toepassing daarop van haar logica rond een optimale afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht het volgende geldt: dat een optimaal ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht nauwelijks een *combinatie* vraagt van *inhoud*, i.e. voorgeschreven gedragingen, en *mate van precisering* van deze gedragsvoorschriften die niet reeds in wezen terug te vinden is in de implementatie van de hierboven aangehaalde theoretische modellen van een ingrijpen van intellectuele rechten of het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’.

De inhoud van de gedragsvoorschriften die de hierboven aangehaalde theoretische modellen van een ingrijpen van intellectuele rechten of het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ voorstaan met het oog op het verlenen van een investeringsbescherming, laat volgens de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ immers, zoals aangegeven toe om het ganse spectrum van te beschermen resultaten van inspanningen te koppelen aan het toekennen van een mate van bescherming. Bij concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht die niet te ontleden zijn als een omzetting van de hierboven vermelde theoretische modellen, is volgens deze systematiek eerder aan te nemen dat zij het volgende zullen doen: ofwel, zullen zij overgaan tot het

beschermen van resultaten van inspanningen waarvan de verhouding tussen hun ‘waarde’ en de hoeveelheid beschikbare substituten voor hun incorporaties in wezen geen ‘verdienstelijke’ bescherming toelaat, ofwel, zullen zij te beschermen resultaten van inspanningen een mate van bescherming verlenen die, in vergelijking met de beschermingsregelingen die de betrokken modellen omzetten, niet beduidend beter aansluit bij een optimaal ingrijpen.

Daarnaast is het geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ ook te betwijfelen dat vanuit het oogpunt van een optimale precisering van gedragsvoorschriften andere beschermingsregeling wenselijk zouden zijn, naast de beschermingsregelingen die de hierboven aangehaalde theoretische modellen implementeren van een ingrijpen van intellectuele rechten of het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’. In dit verband herinneren we eraan dat de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ de mate van precisering van gedragsvoorschriften eerder als een middel analyseert om de mate van bescherming te sturen, met name om een meer of minder zekere en krachtige bescherming te verlenen. Bekeken vanuit die optiek en logica is dan te verdedigen dat de implementatie van de hierboven aangehaalde theoretische modellen reeds volstaat om telkens gedragsvoorschriften met een voldoende hoog ‘regel’ karakter te hanteren, indien er aanwijzingen zijn dat die mate van bescherming aangewezen is, met name in het licht van de specifieke indicatoren rond de verhouding die het concrete resultaat van inspanningen erop nahoudt tussen zijn ‘waarde’ en de hoeveelheid beschikbare substituten voor zijn incorporaties. Met enige welwillendheid is dan eventueel aan te nemen dat in deze redenering de bovenvermelde vuistregel doorschemert rond een optimale mate van precisering van gedragsvoorschriften. Deze regel stelt zoals aangegeven dat indien de te regelen constellaties van feitelijke omstandigheden, voldoende ‘frequent’ en ‘homogeen’ zijn, het in principe dan ook aangewezen is om inhoudelijk passende gedragsvoorschriften rond deze constellaties van feitelijke omstandigheden te formuleren als ‘regels’, eerder dan als ‘standaarden’¹⁰³².

Op grond van de zonet geschetste redenering komt de systematiek rond ‘verdienste versus tekortkomingen’ dan uiteindelijk dus tot het besluit dat, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, de hierboven beschreven theoretische modellen van een ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ exhaustief de *valabele* en *noodzakelijke* ‘differentiaties’ aangeven van concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht. De implementatie van deze theoretische modellen volstaat daarbij volgens deze systematiek met name om het volgende te bereiken: voor het ganse spectrum van resultaten van inspanningen waarbij, tussen hun ‘waarde’ en de hoeveelheid beschikbare substituten voor hun incorporaties, een verhouding bestaat die een ‘verdienstelijke’ investeringsbescherming toelaat op grond van het intellectuele eigendomsrecht, steeds een type bescherming paraat hebben op grond van intellectuele rechten of het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ waarvan de gedragsvoorschriften een inhoud en een mate van precisering hebben die toelaten om een dergelijk resultaat van inspanningen ook een mate van bescherming te verlenen waarvan de ‘verdiensten’ maximaal de ‘tekortkomingen’ overstijgt.

¹⁰³² Deze vuistregel laat zich met name vaststellen op grond van bijvoorbeeld: R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p.33, 38 en 43 en L. KAPLOW, “Rules versus Standards: an economic analysis”, *Duke Law Journal* 1992-1993, p. 511 en I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 270; Het voldoende ‘frequent’ zijn van de te regelen constellaties van feitelijke omstandigheden, verwijst binnen deze vuistregel dan met name naar het feit dat deze constellaties van feitelijke omstandigheden vaak genoeg voorkomen. Het voldoende ‘homogeen’ zijn van de te regelen constellaties van feitelijke omstandigheden verwijst binnen deze vuistregel naar het feit dat, doorheen de vele feitelijke variaties in de betrokken constellaties van feitelijke omstandigheden, in wezen steeds het al dan niet voorliggen van een relatief beperkte set van specifieke feiten determinerend is voor de gedragingen die voor te schrijven zijn om, doorheen deze feitelijke variaties in de betrokken constellaties van feitelijke omstandigheden, tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen te komen.

3.2. De systematiek rond 'imitatievoordeel'

De systematiek rond 'imitatievoordeel' verdedigt een andere opvatting rond de 'systematiek' van het optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Deze systematiek rond 'imitatievoordeel' verdedigt dus een alternatieve leer rond de manier waarop het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten en van het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging' af te stellen is opdat dit, in het licht van de relevante constellaties van *feitelijke omstandigheden*, optimaal de nagestreefde *doelstellingen* zou realiseren.

Een eerste eigenheid van de systematiek rond 'imitatievoordeel' is daarbij dan met name haar analyse van de 'mechaniek' van het ingrijpen van intellectuele rechten en van het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging'. Bij haar analyse rond de 'mechaniek' van het ingrijpen van intellectuele rechten sluit de systematiek rond 'imitatievoordeel' immers aan bij de theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten'. Op het vlak van de 'mechaniek' van het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging' neemt de systematiek rond 'imitatievoordeel' aan dat uit te gaan is van de theorie rond 'objectiefrechtelijke gedragsregels' en dat daarbij strikt vast te houden is aan het juridische concept en de focus die traditioneel de eigenheid uitmaken van dit ingrijpen.

Een tweede eigenheid van de systematiek rond 'imitatievoordeel' is haar analyse van het resultaat dat, overeenkomstig utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen te bereiken is aan de hand van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. In dit verband richt de systematiek rond 'imitatievoordeel' zich met name naar de hierboven besproken 'imitatievoordeel'-benadering.

In dit onderdeel, bespreken we nu welke concrete richtlijnen de systematiek rond 'imitatievoordeel' aanreikt om tot een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling te komen van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. We geven dus aan welke aanwijzingen de systematiek rond 'imitatievoordeel' biedt om het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging' zo af te stellen dat dit de volgende doelstelling bereikt: zo conform mogelijk met utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen én overwegingen rond een optimale precisering en differentiatie van gedragsvoorschriften, in de specifieke soort investeringsbescherming te voorzien die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. In wat volgt, verdiepen we ons ditmaal dus in de 'logica' die deze systematiek rond 'imitatievoordeel' hanteert om tot haar aanwijzingen te komen rond de optimale afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, met het oog op het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Bij deze 'logica' van de optimale afstelling van het betrokken ingrijpen gaat het dan met name opnieuw om de redenering die ditmaal de systematiek rond 'imitatievoordeel' opbouwt om het volgende te bepalen: welke feitelijke omstandigheden welke invloed behoren uit te oefenen op de invulling van de parameters die de afstelling beheersen van het ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging tegen 'parasitaire mededinging', om in de betrokken constellaties van feitelijke omstandigheden tot het, aan de hand van dit ingrijpen, te bereiken resultaat te komen.

Meer concreet hanteren we in dit onderdeel nu opnieuw de volgende structuur om de concrete richtlijnen te bespreken die de systematiek rond 'imitatievoordeel' biedt om tot een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling te komen van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Ten eerste (3.2.1.) geven we aan welk concreet resultaat een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van de investeringsbescherming door het intellectuele eigendomsrecht, volgens de systematiek rond 'imitatievoordeel', dient na te streven. Ten tweede (3.2.2.) bespreken we dan de feitelijke omstandigheden die volgens de systematiek rond 'imitatievoordeel', bepalend zijn om tot een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling te komen van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht in het licht van het aan de hand van dit ingrijpen na te streven concrete resultaat. Ten derde (3.2.3.), bespreken we dan de concrete richtlijnen die de systematiek rond 'imitatievoordeel' biedt om een concrete beschermingsregeling die voorziet in een intellectueel recht of het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging', een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling te geven. Ten vierde (3.2.4.), gaan we dan in op het arsenaal aan 'differentiaties' in de concrete afstelling van beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, die het intellectuele eigendomsrecht, volgens de systematiek rond 'imitatievoordeel', moet voorzien, om, waar nodig, steeds een beschermingsregeling paraat te hebben die, in het licht van de betrokken feitelijke omstandigheden, een, binnen de focus van ons onderzoek, optimaal ingrijpen toelaat van intellectuele rechten of van het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging'.

3.2.1. Het na te streven resultaat

Hét richtsnoer voor de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ om richtlijnen te formuleren rond de, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, is haar analyse rond het *resultaat* dat, vanuit deze focus, te bereiken is aan de hand van het optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. De focus van ons onderzoek maakt dan met name dat de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ daarbij aandacht moet hebben voor het resultaat dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht dient na te streven (A.) aan de hand van de ‘inhoud’ van zijn gedragsvoorschriften en (B.) aan de hand van de formulering, met name de ‘precisering’ en ‘differentiatie’, van deze gedragsvoorschriften. Het is in het licht van haar overwegingen rond deze twee punten dat de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ uiteindelijk (C.) tot haar opvatting komt rond het concrete resultaat dat na te streven is aan de hand van een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van de investeringsbescherming door het intellectuele eigendomsrecht.

A. De ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften

Of de ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften van het intellectuele eigendomsrecht, binnen de focus van ons onderzoek, optimaal is, is ook volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, af te meten aan het bereiken van de volgende doelstelling: zo conform mogelijk met utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen in de specifieke soort investeringsbescherming voorzien die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Deze aanname gaat daarbij in wezen opnieuw terug op de hierboven besproken, brede aanvaarding van de dualistische rechtvaardiging van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, met name een rechtvaardiging in het licht van utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen.

Vervolgens gaat de systematiek rond imitatievoordeel dan na hoe de *doelstelling* van een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften van het intellectuele eigendomsrecht zich ‘vertaalt’ in een bepaald, aan de hand van deze ‘inhoud’ te bereiken *resultaat*, rekening houdend met de ‘mechaniek’ van het ingrijpen van intellectuele rechten en van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’. Op dit punt, sluit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ zich dan met name aan bij de analyse die de hierboven besproken ‘imitatievoordeel’-benadering maakt rond het concrete resultaat dat, overeenkomstig utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, na te streven is aan de hand van de ‘inhoud’ van de gedragsvoorschriften van het intellectuele eigendomsrecht. In navolging van de hierboven besproken ‘imitatievoordeel’-benadering, neemt de systematiek rond imitatievoordeel dan met name aan dat de *doelstelling* van een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale ‘inhoud’ van gedragsvoorschriften van het intellectuele eigendomsrecht, vraagt om aan de hand van deze ‘inhoud’ het volgende *resultaat* na te streven: personen een bevoegdheid geven om zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties die hun geschiktheid tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan hun resultaat van inspanningen, in de mate dat dit nodig is om te vermijden dat derden ‘imitatievoordeel’ kunnen genieten ten aanzien van deze zintuiglijk waarneembare manifestaties. Binnen deze richtlijn verwijst ‘imitatievoordeel’ dan met name naar de specifieke omstandigheid waarin een overname of aanwending van de kenmerken en de daaruit volgende, gekende capaciteit om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, die een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestaties dankt aan een bepaald resultaat van inspanningen van een eerste persoon, gepaard gaat met het volgende: een andere persoon kan via ‘inadequate’ inspanningen een genot van dezelfde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen realiseren op grond van gelijkaardige kenmerken, *buiten* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het genot van dezelfde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat mogelijk is door het gebruik van enkel de ongewijzigde incorporaties van het betrokken resultaat van inspanningen die deze eerste persoon, met zijn toestemming, in het verkeer bracht¹⁰³³. De parameters die draagwijdte bepalen van deze notie ‘imitatievoordeel’ verstaat de systematiek

¹⁰³³ Vergelijk op dit punt zoals aangegeven de noties ‘kopieergemak’ en ‘copying advantage’ bij respectievelijk QUAEDVLIET en LUNNEY. QUAEDVLIET omschrijft ‘kopieergemak’ als volgt: "...kopieergemak ofwel overnamegemak in ruime zin: het kost moeite, tijd en geld om een geestelijke prestatie tot stand brengen, en het kost maar een fractie van al die investeringen om de prestatie over te nemen, met als hoogtepunt de razendsnelle en perfecte digitale kopie." A. QUAEDVLIET, "Beschermingsdrift: Een studie naar feiten en achtergronden rond sweat of the brow- of prestatiebescherming", B.I.E. 1996, (Deel II) p. 53; LUNNEY spreekt in de volgende zin

rond 'imitatievoordeel' daarbij in dezelfde zin als hierboven vermeld in het kader van de bespreking van de 'imitatievoordeel'-benadering met het oog op een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht conform economisch-utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen. In navolging van de 'imitatievoordeel'-benadering gaat de systematiek rond 'imitatievoordeel' er daarbij met name vanuit dat de zonet aangehaalde afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht afstellen op het vermijden van 'imitatievoordeel' door derden, de beste leidraad vormt om het intellectuele eigendomsrecht te laten ingrijpen waar en in de mate dat dit daadwerkelijk nodig is: 1.) met het oog op een passende internalisatie van positieve effecten conform economisch-utilitaristische en 2.) met het oog op het verhinderen van het 'stelen' van inspanningen om mensen zo, conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, een passende bescherming te verlenen rond het natuurlijk recht op de 'vruchten' van de eigen arbeid.

B. De 'precisering' en 'differentiatie'

Of de 'precisering' en 'differentiatie' van gedragsvoorschriften van het intellectuele eigendomsrecht, binnen de focus van ons onderzoek, optimaal is, is volgens de systematiek rond 'imitatievoordeel', in principe, af te meten aan het bereiken van de volgende *doelstelling*: de mate van 'precisering' en de mate van 'differentiatie' van de betrokken gedragsvoorschriften leveren een bijdrage tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen die maximaal de juridische inspanningen overstijgt die de betrokken regelgevende bepalingen teweegbrengen¹⁰³⁴. Ook de systematiek rond 'imitatievoordeel' baseert zich hierbij op de hierboven besproken inzichten van de rechtstheoretische analyse.

De zonet aangehaalde *doelstelling* van een optimale 'precisering' en 'differentiatie' van gedragsvoorschriften van het intellectuele eigendomsrecht daadwerkelijk 'vertalen' naar een bepaald *resultaat* dat na te streven is aan de hand van het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten of het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen 'parasitaire mededinging' is echter ook voor de systematiek rond 'imitatievoordeel' problematisch. De systematiek rond 'imitatievoordeel' acht zich immers al evenmin in staat om, specifiek in de context dan van het intellectuele eigendomsrecht, een oplossing te bieden voor het onvermogen van de rechtstheoretische analyse om omvattende en gedetailleerde richtlijnen te formuleren rond een optimale 'precisering' en 'differentiatie' van gedragsvoorschriften¹⁰³⁵. Ook in de specifieke context van het intellectuele eigendomsrecht, slaagt de systematiek rond 'imitatievoordeel' er niet in om meer gedetailleerde en omvattende richtlijnen vast te stellen rond een optimale 'precisering' en 'differentiatie' van gedragsvoorschriften dan de hierboven reeds vermelde specifieke 'vuistregels' in dit verband.

Uiteindelijk komt ook de systematiek rond 'imitatievoordeel' in haar analyse dus niet veel verder dan een vrij algemene observatie rond het *resultaat* dat, aan de hand van het *middel* van een ingrijpen van intellectuele rechten of van het ingrijpen van tegen 'parasitaire mededinging', na te streven is met het oog op een optimale 'precisering' en 'differentiatie' van die gedragsvoorschriften binnen het intellectuele eigendomsrecht die in de specifieke soort investeringsbescherming voorzien die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht. Volgens de systematiek rond 'imitatievoordeel' dienen de betrokken beschermingsregelingen, vanuit de zonet vermelde

over een 'disproportionate or undue copying advantage': "*In determining whether actual copying has gone too far and thereby become an infringement, the central issue in either case is whether the copying would enable a competitor to obtain a savings in terms of the time and money required to create and market a competing work significantly greater than the savings we tolerate for creative nonwork product generally. Only if such a disproportionate or undue copying advantage would otherwise result should copyright step in and prohibit the copying at issue.*" G. LUNNEY, "Lotus v. Borland: Copyright and Computerprograms", *Tulane Law Review* 1995-1996, p. 2435-2436.

¹⁰³⁴ In dit verband baseren we ons op: R. KOROBKIN, "Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited", *Oregon Law Review* 2000, p. 31; I. EHRLICH en R. POSNER, "An Economic Analysis of Legal Rulemaking", *Journal of Legal Studies* 1974, p. 272 en L. KAPLOW, "A Model of the Optimal Complexity of Legal Rules", *The Journal of Law, Economics, & Organization* 1995, p.150-151 en p. 161.

¹⁰³⁵ Met dergelijke omvattende en gedetailleerde richtlijnen bedoelen we, zoals aangegeven, richtlijnen, die als leidraad kunnen dienen, om, in het licht van de relevante soorten *feitelijke omstandigheden* en de daarin voor te schrijven soort *gedragingen*, ook steeds die mate van 'precisering' en 'differentiatie' vast te stellen in de formulering van inhoudelijk passende gedragsvoorschriften die optimaal is.

optiek, met name het volgende *resultaat* na te streven: een ‘precisering’ en ‘differentiatie’ realiseren van deze gedragsvoorschriften, die gericht zijn op het verlenen van de betrokken investeringsbescherming, waarvan de bijdrage tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen, overeenkomstig utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijk overwegingen, maximaal de juridische inspanningen overstijgt die de betrokken regelgevende bepalingen teweegbrengen.

C. Synthese rond het na te streven resultaat

Uiteindelijk komt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan tot de conclusie dat een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, vraagt om dit ingrijpen te richten op het bereiken van het volgende concrete *resultaat*: met zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften, personen een bevoegdheid geven om zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties die hun geschiktheid tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan hun resultaat van inspanningen, in de mate dat dit nodig is om te vermijden dat derden ‘imitatievoordeel’ kunnen genieten ten aanzien van deze zintuiglijk waarneembare manifestaties. De verwijzing naar ‘zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften’, slaat hierbij dan met name opnieuw op gedragsvoorschriften die die mate van ‘precisering’ en ‘differentiatie’ realiseren in de formulering van gedragsvoorschriften die gericht zijn op het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht, waarvoor het volgende geldt: de bijdrage ervan tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen, overeenkomstig utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijk overwegingen, overstijgt maximaal de juridische inspanningen die de betrokken regelgevende bepalingen met zich meebrengen om regelingen rond de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging toepassing te laten vinden.

3.2.2. De concrete feitelijke omstandigheden die de afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht behoren te beïnvloeden

Vervolgens bespreken we dan de feitelijke omstandigheden die volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ bepalend zijn om tot een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling te komen van het ingrijpen van intellectuele rechten en van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’. Het gaat hierbij dan met name om de feitelijke omstandigheden die volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ bepalend zijn om het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, ten aanzien van de betrokken constellaties van feitelijke omstandigheden, zo af te stellen dat dit daarin het na te streven *resultaat* bereikt. In het licht van de specifieke focus van ons onderzoek, dienen we er dan opnieuw rekening mee te houden dat feitelijke omstandigheden, in beginsel, vanuit twee invalshoeken bepalend kunnen zijn voor de, in het licht van deze focus, optimale afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht: (A.) vanuit de optiek van een optimale inhoud van gedragsvoorschriften en (B.) vanuit de optiek van een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften.

A. De inhoud van gedragsvoorschriften

De feitelijke omstandigheden die volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ bepalend zijn om tot een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling te komen van de ‘inhoud’ van de gedragsvoorschriften van het intellectuele eigendomsrecht, legt deze systematiek in wezen vast in het licht van het resultaat dat deze ‘inhoud’ volgens haar, zoals zonet vermeld, moet zien te bereiken: personen een bevoegdheid geven om zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties die hun geschiktheid tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan hun resultaat van inspanningen, in de mate dat dit nodig is om te vermijden dat derden ‘imitatievoordeel’ kunnen genieten ten aanzien van deze zintuiglijk waarneembare manifestaties.

Met het oog op het bereiken van dit resultaat is het volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan met name wezenlijk om bij de afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, rekening te houden met de volgende feitelijke omstandigheden: (A.1.) het feit of de handelingen van een persoon bijdragen tot of resulteren in een genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat mogelijk gemaakt is door het ‘resultaat’ van inspanningen van een andere persoon, (A.2.) de concrete ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot

van door het resultaat van inspanningen van deze andere persoon mogelijk gemaakte behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die incorporaties van dit ‘resultaat’ van inspanningen die deze andere persoon met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht, met de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken waarmee deze in het verkeer kwamen en (A.3.) het feit of de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken die voortvloeien uit het ‘resultaat’ van inspanningen van deze andere persoon, kenmerken zijn die een geschiktheid verlenen tot het vervullen van een esthetische taak dan wel een functionele taak. In wat volgt, lichten we deze analyse verder toe.

A.1. Genot van door het resultaat van inspanningen van een andere persoon mogelijk gemaakte behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen

Een eerste feitelijke omstandigheid die in te calculeren is met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van de ‘inhoud’ van de gedragsvoorschriften van het intellectuele eigendomsrecht, is volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ het volgende: of de handelingen van een persoon door een overname of aanwending van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die voortvloeien uit het ‘resultaat’ van inspanningen van een andere persoon, aanleiding geven tot een genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die in wezen mogelijk gemaakt zijn door het ‘resultaat’ van inspanningen van een andere persoon, omdat het genot van deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen steunt op een aanwending van (de positieve effecten van) de inspanningen van deze andere persoon. Het belang van een toetsing rond deze eerste feitelijke omstandigheid, met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van de ‘inhoud’ van de gedragsvoorschriften van het intellectuele eigendomsrecht, is volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan met name het volgende: deze toetsing vormt een eerste stap in het traceren van gevallen waarin, conform economisch-utilitaristische overwegingen, eventueel een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht aan de orde is met het oog op het vermijden en passend internaliseren van positieve *externe* effecten en een eerste stap in het opsporen van gevallen waarin, conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, eventueel een ingrijpen aan de orde is van het intellectuele eigendomsrecht om het ‘stelen’ van inspanningen te vermijden. Dat de zonet omschreven feitelijke omstandigheid daarbij focust op handelingen van een persoon die een overname of aanwending inhouden van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die voortvloeien uit het ‘resultaat’ van inspanningen van een andere persoon, houdt, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, passend rekening met het gegeven dat het *middel* dat het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ bieden om positieve effecten te internaliseren en het stelen van inspanningen te vermijden, in essentie, steeds het volgende omvat: personen, in het licht van bepaalde feitelijke omstandigheden, een verbod opleggen om bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen te stellen ten aanzien van bepaalde incorporaties van de inspanningen van een andere persoon en ten aanzien van bepaalde daaraan gelijkende, andere zintuiglijk waarneembare manifestaties.

Met het oog op een concrete toetsing rond het voorliggen van de zonet omschreven feitelijke omstandigheid, schuift de systematiek rond imitatieoordeel dan, in navolging van de hierboven besproken ‘imitatieoordeel’-benadering, een test rond ‘inadequate inspanningen’ naar voor. Om te bepalen of een handeling van een persoon door een overname of aanwending van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die voortvloeien uit het ‘resultaat’ van inspanningen van een andere persoon, inderdaad een aanwending inhoudt van (de positieve effecten) van de inspanningen van deze ander persoon, gaat deze test rond ‘inadequate inspanningen’ met name het volgende na: of deze handeling steunt op de betrokken overname of aanwending van de zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het ‘resultaat’ van inspanningen van deze andere persoon, om, vervolgens, via ‘inadequate’ inspanningen, gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te realiseren op grond van gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken. ‘Inadequate’ inspanningen verwijzen hierbij dan met name naar inspanningen die, op zich genomen en onafhankelijk van de mogelijkheid om zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen over te nemen van een incorporatie van een eerder resultaat van inspanningen, niet zouden volstaan om tot een aanwending te komen van zintuiglijk waarneembare kenmerken

met die capaciteit om het genot van die behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te verschaffen¹⁰³⁶. Binnen de zonet omschreven test ziet de systematiek rond imitatievoordeel het gegeven dat ‘inadequate’ inspanningen niettemin volstaan om de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te realiseren, als dé indicator voor het feit dat de betrokken handelingen van een persoon een aanwending inhouden van (de positieve effecten) van het eerdere vervaardigen van een incorporatie van inspanningen door de betrokken andere persoon.

Bij de uitvoering van de zonet aangehaalde test rond ‘inadequate inspanningen’ met het oog op het traceren van een aanwending van (de positieve effecten) van de inspanningen van een andere persoon is het volgens de systematiek rond imitatievoordeel dan met name belangrijk om rekening te houden met het volgende: of deze test ingezet wordt om een aanwending te traceren van (de positieve effecten) van de handenarbeid dan wel van de intellectuele arbeid van een andere persoon. De reden hiervoor, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, is dat de concrete feitelijke indicatoren die toelaten om in het kader van deze test te besluiten tot een aanwending van (de positieve effecten) van de inspanningen van een andere persoon nu eenmaal verschillen naargelang deze inspanningen handenarbeid dan wel intellectuele arbeid uitmaken.

Gaat het om zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die daadwerkelijk te danken zijn aan een ‘resultaat’ van intellectuele arbeid van een initiële bedenker, dan laat een toetsing rond het volgende specifieke feit, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, immers reeds toe om te besluiten dat, in beginsel, aan te nemen is dat een andere persoon op dit ‘resultaat’ van intellectuele arbeid steunt om, via ‘inadequate’ inspanningen, gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te realiseren: deze andere persoon had *kennis* van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die voortvloeien uit het betrokken resultaat van intellectuele arbeid¹⁰³⁷ en ging vervolgens over tot een overname of aanwending van, bekeken op het niveau van abstractie dat het ‘aanwendingsscala’ dekt van dit resultaat van intellectuele arbeid, voldoende *gelijkende* zintuiglijk waarneembare kenmerken. De verklaring waarom een dergelijke toetsing rond in wezen door ‘ontlening’ – *kennis* dus – te verklaren *gelijkenis* volstaat in dit verband is dan met name het fenomeen dat we hierboven vermelde reeds aangeduid hebben als het onvermogen om nog intellectuele arbeid te leveren gericht op het bedenken van reeds gekende kenmerken. Bij dit fenomeen gaat het er zoals aangegeven om dat, indien een persoon een zintuiglijk

¹⁰³⁶ Hierbij is op te merken dat de kwalificatie van de inspanningen als ‘adequaat’ of ‘inadequaat’, zoals wij deze termen verstaan, niet bepaald is door de kwantiteit van de inspanningen maar enkel door de capaciteit van deze inspanningen om een bepaald resultaat op te leveren. Zo kan een persoon bijvoorbeeld, in termen van de geïnvesteerde tijd en moeite, kwantitatief meer inspanningen leveren in mislukte pogingen om een klomp te maken, als het een ervaren klompenmaker vraagt om een klomp te maken. De onhandigheid van de betrokken persoon maakt echter dat zijn concrete inspanningen niettemin ‘inadequaat’ zijn om een klomp te maken.

¹⁰³⁷ In dit verband is op te merken dat indien vaststaat dat een andere persoon *geen kennis* had van de zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die daadwerkelijk te danken zijn aan een ‘resultaat’ van **intellectuele arbeid** van een initiële bedenker, en deze andere persoon vervolgens niettemin een aanwending maakt van, bekeken op het niveau van abstractie dat het ‘aanwendingsscala’ dekt van dit resultaat van intellectuele arbeid, voldoende *gelijkende* zintuiglijk waarneembare kenmerken om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te realiseren, dan steeds het volgende geldt: deze andere persoon kwam op grond van eigen ‘adequate inspanningen’ tot deze aanwending van de betrokken voldoende gelijkende kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, en steunde daarbij niet op het ‘resultaat’ van intellectuele arbeid van de betrokken initiële bedenker om zich de intellectuele arbeid uit te sparen om tot een overname of aanwending te komen van de betrokken voldoende gelijkende kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen. Het feit dat de andere persoon *geen kennis* had van de zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die daadwerkelijk te danken zijn aan het ‘resultaat’ van intellectuele arbeid van de initiële bedenker, impliceert volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan immers het volgende, in de zonet omschreven constellatie van feitelijke omstandigheden: de inspanningen van deze ander persoon om tot de aanwending te komen van de betrokken voldoende gelijkende kenmerken blijken ook, op zich genomen en zonder de mogelijkheid om kenmerken over te nemen of aan te wenden die een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie dankt aan een eerder resultaat van inspanningen, te volstaan om tot een aanwending te komen van de betrokken zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan verbonden capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen.

waarneembare manifestatie, zintuiglijk waarneembare kenmerken geeft, die *niet of onvoldoende verschillen* van de zintuiglijk waarneembare kenmerken, die hij op dat moment *kent* van een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, ook uit te sluiten is dat deze persoon daarbij intellectuele arbeid leverde gericht op het bedenken van de betrokken gelijkende kenmerken en dus ook uit te sluiten is dat deze persoon daarbij ‘adequate inspanningen’ leverde gericht op het bedenken van de betrokken gelijkende kenmerken. Indien een andere persoon *kennis* had van de zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die daadwerkelijk te danken zijn aan een ‘resultaat’ van intellectuele arbeid van een initiële bedenker, en deze andere persoon vervolgens overgaat tot een overname of aanwending van, bekeken op het niveau van abstractie dat het ‘aanwendingsscala’ dekt van dit resultaat van intellectuele arbeid, voldoende *gelijkende* zintuiglijk waarneembare kenmerken om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te realiseren¹⁰³⁸, dan geldt, door het zonet omschreven fenomeen, inherent het volgende: deze andere persoon steunt op het ‘resultaat’ van intellectuele arbeid van de betrokken initiële bedenker om zich de intellectuele arbeid uit te sparen om tot een overname of aanwending te komen van de betrokken voldoende gelijkende kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen¹⁰³⁹.

Gaat het daarentegen om zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die te danken zijn aan een ‘resultaat’ van handenarbeid van een initiële maker, dan is volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ telkens een toetsing aan de orde van een breder geheel van feitelijke omstandigheden vooraleer te besluiten is of, in beginsel, aan te nemen is dat een andere persoon op dit ‘resultaat’ van handenarbeid steunt om, via ‘inadequate’ inspanningen, gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te realiseren. Om tot een besluit te komen in dit verband is het volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan met name niet alleen nodig om na te gaan of deze andere persoon *kennis* had van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die voortvloeden uit het betrokken resultaat van handenarbeid toen hij overging tot een overname of aanwending van voldoende *gelijkende* zintuiglijk waarneembare kenmerken¹⁰⁴⁰ maar is het ook nodig om aandacht te hebben voor de concrete werkwijze die deze

¹⁰³⁸ Op dit punt sluit de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ zich dus aan bij de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ die, zoals aangegeven, stelt dat een analyse rond ‘abstractie’, ‘kennis’, ‘verschillen’ en ‘gelijkenissen’ zo objectief mogelijk hypothesen toelaat rond het ‘aanwendingsscala’ van een resultaat van **intellectuele arbeid**. Het ‘aanwendingsscala’ van een resultaat van intellectuele arbeid, verwijst daarbij, zoals gezegd, naar de verscheidenheid aan kenmerken die incorporaties van inspanningen kunnen danken aan het betrokken resultaat van intellectuele arbeid om hen geschikt te maken om bepaalde concrete behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen.

¹⁰³⁹ Alle pogingen van deze persoon om toch nog op eigen kracht intellectuele arbeid te leveren gericht op het bedenken van gelijkende kenmerken zullen dan immers, zoals aangegeven, falen omwille van de volgende reden: deze persoon zal daarbij niet kunnen vermijden om meteen al te denken aan de bestaande kenmerken die hij reeds kent. Het vergaat deze persoon daarbij dan, zoals gezegd, net als mensen die, wanneer hen gevraagd wordt om niet aan een nijlpaard te denken, onvermijdelijk aan een nijlpaard moeten denken.

¹⁰⁴⁰ Hierbij is op te merken dat indien vaststaat dat een andere persoon *geen kennis* had van de zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die te danken zijn aan een ‘resultaat’ van **handenarbeid** van een initiële maker, en deze andere persoon vervolgens niettemin een aanwending maakt van voldoende *gelijkende* zintuiglijk waarneembare kenmerken om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te realiseren, dan steeds het volgende geldt: deze andere persoon kwam op grond van eigen ‘adequate inspanningen’ tot deze aanwending van de betrokken voldoende gelijkende kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, en steunde daarbij niet op het ‘resultaat’ van handenarbeid van de betrokken initiële maker om zich de handenarbeid uit te sparen om tot een overname of aanwending te komen van de betrokken voldoende gelijkende kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen. Het feit dat de andere persoon *geen kennis* had van de zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die te danken zijn aan het ‘resultaat’ van handenarbeid van de initiële maker, impliceert volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan immers het volgende in de zonet omschreven constellatie van feitelijke omstandigheden: de inspanningen van deze ander persoon om tot de aanwending te komen van de betrokken voldoende gelijkende kenmerken blijken ook, op zich genomen en zonder de mogelijkheid om kenmerken over te nemen of aan te wenden die een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie dankt aan een eerder resultaat

persoon daarbij, in de betrokken constellatie van omstandigheden, hanteerde om tot deze *gelijke* zintuiglijk waarneembare kenmerken te komen. De verklaring waarom in dit verband een dergelijke toetsing van een breder geheel van feitelijke omstandigheden nodig is, is dan in wezen, zoals aangegeven, het fenomeen dat het nu eenmaal niet onmogelijk is om nog ‘adequate inspanningen’ te leveren rond het vervaardigen van gelijkaardige, reeds gekende kenmerken die te danken zijn aan handenarbeid. Indien een andere persoon *kennis* had van de zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die te danken zijn aan een ‘resultaat’ van handenarbeid van een initiële maker, en deze andere persoon vervolgens overgaat tot een overname of aanwending van voldoende *gelijke* zintuiglijk waarneembare kenmerken om gelijke behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te realiseren, dan geldt, door het zonet omschreven fenomeen, steeds het volgende: enkel een toetsing rond de concrete werkwijze die deze andere persoon, in de betrokken constellatie van feitelijke omstandigheden, hanteerde om tot de overname of aanwending te komen van de *gelijke* zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, laat toe om te besluiten of aan te nemen is dat deze andere persoon deze aanwending of overname al dan niet realiseert op grond van ‘inadequate inspanningen’, met name door zich daarbij inspanningen uit te sparen door te steunen op het eerdere ‘resultaat’ van handenarbeid van de betrokken initiële maker.

A.2. Ruimtelijke en temporele limieten van het genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen mogelijk gemaakt een ‘resultaat’ van inspanningen op grond van specifieke incorporaties ervan

Een tweede feitelijke omstandigheid die in te calculeren is met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van de ‘inhoud’ van de gedragsvoorschriften van het intellectuele eigendomsrecht, is volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan het volgende: of de handelingen van een persoon aanleiding geven tot een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die in wezen mogelijk gemaakt zijn door te steunen op (de positieve effecten van) het ‘resultaat’ van inspanningen van een andere persoon, *binnen* dan wel *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen, die deze andere persoon met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze andere persoon deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken. Het belang van een toetsing rond deze tweede feitelijke omstandigheid, met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van de ‘inhoud’ van de gedragsvoorschriften van het intellectuele eigendomsrecht, is volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan met name het volgende: deze toetsing laat toe gevallen te traceren waarin, conform economisch-utilitaristische overwegingen, daadwerkelijk een ingrijpen aan de orde is van het intellectuele eigendomsrecht met het oog op het vermijden en passend internaliseren van positieve *externe* effecten en laat ook toe om gevallen op te sporen waarin, conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, daadwerkelijk een ingrijpen aan de orde is van het intellectuele eigendomsrecht om het ‘stelen’ van inspanningen te vermijden.

Rond handelingen van een andere persoon B die aanleiding geven tot een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die in wezen mogelijk gemaakt zijn door te steunen op (de positieve effecten van) het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon A, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen, die deze persoon A met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze persoon A deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken, geldt, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, in navolging van de hierboven besproken ‘imitatieoordeel’-benadering, met name het volgende: rond deze handelingen is **daadwerkelijk een ingrijpen aan de orde van het intellectuele eigendomsrecht** én met het oog op het, conform economisch-utilitaristische overwegingen, vermijden en passend internaliseren van positieve *externe* effecten, én met het oog op het, conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, vermijden van het ‘stelen’ van inspanningen.

van inspanningen, te volstaan om tot een aanwending te komen van de betrokken zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan verbonden capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen.

Rond de zonet gepreciseerde handelingen van persoon B geldt volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ immers, in navolging van de hierboven besproken redenering van de ‘imitatievoordeel’-benadering, dat zij een aanwending inhouden van (de positieve effecten van) het ‘resultaat’ van inspanningen van persoon A waarrond in essentie het volgende geldt: de inzet van zakenrechtelijke exclusieve rechten van persoon A over de unieke, door hem vervaardigde incorporaties van (de positieve effecten van) zijn resultaat inspanningen, volstaat niet om te bereiken dat persoon A de aanwending van (de positieve effecten van) zijn ‘resultaat’ van inspanningen door dergelijke zintuiglijk waarneembare handelingen van persoon B, steeds afhankelijk kan maken van zijn toestemming in een ruiltransactie met hem en volstaan dus al evenmin om 1.) te vermijden dat die aanwending van deze positieve effecten *extern* zou blijven aan een coördinatie door de marktprijs en 2.) te vermijden dat persoon B zich, zonder zijn toestemming, zijn inspanningen en de daaraan te danken geschiktheid tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen zou toe-eigenen.

Rond handelingen daarentegen van een andere persoon B die aanleiding geven tot een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die in wezen mogelijk gemaakt zijn door te steunen op (de positieve effecten van) het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon A, **binnen** de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen, die deze persoon A met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze persoon A deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken, geldt, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, in navolging van de hierboven besproken ‘imitatievoordeel’-benadering, het volgende: rond deze handelingen is er **niet daadwerkelijke nood aan een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht** met het oog op het, conform economisch-utilitaristische overwegingen, vermijden en passend internaliseren van positieve *externe* effecten, en al evenmin met het oog op het, conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, vermijden van het ‘stelen’ van inspanningen. De systematiek rond ‘imitatievoordeel’ gaat in dit verband immers, net als de ‘imitatievoordeel’-benadering uit van de veronderstelling dat de betrokken persoon A, op het ogenblik van het toestemmen in de afgifte van zijn feitelijke macht over een incorporatie van (de positieve effecten van) zijn ‘resultaat’ van inspanningen, zich, op grond van de zintuiglijk waarneembare kenmerken van de betrokken incorporatie, ook een beeld kon vormen van de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot dat deze concrete incorporatie toelaat van aan (de positieve effecten van) zijn ‘resultaat’ van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen¹⁰⁴¹.

Indien persoon A dan, eventueel tegen een vergoeding, **zonder meer toestemt** in de afgifte van zijn feitelijke macht over een concrete incorporatie van (de positieve effecten van) zijn ‘resultaat’ van inspanningen aan persoon B, is, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan ook aan te nemen dat persoon A daarbij ook toestemt in

¹⁰⁴¹ Vergelijk: Bundesgerichtshof 17 juli 2003, *GRUR* 2003, p. 958 (“*Ein Berechtigter, der ein urheberrechtlich geschütztes Werk ohne technische Schutzmaßnahmen im Internet öffentlich zugänglich macht, ermöglicht dadurch bereits selbst die Nutzungen, die ein Abrufender vornehmen kann. Es ist seine Entscheidung, ob er das Werk trotz der Möglichkeit, daß nach Abruf auch rechtswidrige Nutzungen vorgenommen werden, weiter zum Abruf bereithält.*”); E. ULMER, “Die Entscheidungen zur Kabelübertragung von Rundfunksendungen im Lichte urheberrechtlicher Grundsätze”, *GRUR Int* 1981, p. 376 (“*...daß die Zustimmung der Urheber zur Sendung notwendigerweise das Einverständnis mit der gleichzeitigen Weiterübertragung in Abschattungsgebiete in sich schließt, oder mit der österreichischen Deutung, daß die zulässige Weiterübertragung von Inlandssendungen als "Teil der ursprünglichen Rundfunksendung" gilt.*”); Eveneens in de zin dat wat de rechthebbende al dan niet kan incalculeren relevant is voor de afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, bijvoorbeeld: D. VISSER, *Auteursrecht op Toegang. De exploitatierechten van de auteur in het tijdperk van digitale informatie en netwerkcommunicatie*, 's-Gravenhage, VUGA Uitgeverij B.V., 1997, p. 31 (Waar deze de uitputtingsregel verklaart door te stellen dat de auteur bij het geven van zijn toestemming rond de eerste verkoop van een exemplaar maar rekening moet houden met het gegeven dat dit exemplaar zal verder verkocht worden en waar hij ook de theoretische mogelijkheid oppert dat een auteur, bij de eerste verkoop van een drager, kan geacht worden de mogelijke publieke mededeling via deze drager in te calculeren); Zie ook: U. JOOS, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p. 80-81 (“*Für die Ausnahme beim Verbreitungsrecht gibt es Gründe: die Beschränkung dieses Rechts auf die erste rechtmäßige Verbreitung ist tragbar, da das regelmäßige Maß weitere Werknutzung durch Verbreitung abschätzbar ist; schon die begrenzte Lebensdauer der materiellen Trägersubstanz setzt der Nutzung Grenzen.*”).

handelingen van deze persoon B die een genot toelaten van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan (de positieve effecten van) zijn ‘resultaat’ van inspanningen, *binnen* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door middel van het gebruik van enkel deze, ongewijzigde incorporatie. In dit geval is, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan ook aan te nemen dat handelingen van persoon B die een genot toelaten van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan (de positieve effecten van) zijn ‘resultaat’ van inspanningen, *binnen* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door middel van het gebruik van enkel deze, ongewijzigde incorporatie: 1.) geen ‘stelen’ van inspanningen vormen maar integendeel gedekt zijn door de toestemming van persoon A en 2.) al evenmin een aanwending van positieve effecten van de inspanningen van persoon A uitmaken die *extern* dreigt te blijven aan een coördinatie door de marktprijs.

Indien persoon A daarentegen toestemt in de afgifte van zijn feitelijke macht over een concrete incorporatie van (de positieve effecten van) zijn ‘resultaat’ van inspanningen aan persoon B maar persoon B daarbij een ‘*gebruiksbeperking*’ oplegt rond de betrokken specifieke incorporatie op grond van zijn zakenrechtelijke exclusieve rechten over de betrokken incorporatie of op grond van het verbintenissenrecht, geldt, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, dan het volgende: zolang de handelingen van persoon B *geen* aanleiding geven tot een genot van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan (de positieve effecten van) het ‘resultaat’ van inspanningen van persoon A, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door middel van het gebruik van enkel de betrokken, ongewijzigde incorporatie volstaat het afdwingen van de betrokken zakenrechtelijke of verbintenisrechtelijke ‘gebruiksbeperkingen’ rond deze specifieke incorporatie om 1.) een ‘stelen’ van inspanningen te verhinderen en om 2.) positieve *externe* effecten te vermijden. Een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht is daartoe in dit geval niet daadwerkelijk nodig volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’.

A.3. Esthetische of functionele behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen op grond van het resultaat van inspanningen

Een derde feitelijke omstandigheid, ten slotte, waarrond het wenselijk is om deze in te calculeren met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van de ‘inhoud’ van de gedragsvoorschriften van het intellectuele eigendomsrecht, is, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ het volgende: het feit of de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken die voortvloeien uit het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon, kenmerken zijn die een geschiktheid verlenen tot het vervullen van een esthetische taak, met name in de zin van het louter zich tonen en appelleren aan de zin voor esthetiek, dan wel tot het vervullen van een functionele taak, in de zin van het toelaten om een bepaalde zintuiglijk waarneembare wijziging teweeg te brengen. Het belang van een toetsing rond dit gegeven, met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van de ‘inhoud’ van de gedragsvoorschriften van het intellectuele eigendomsrecht, is volgens de systematiek rond imitatieoordeel dan met name het volgende: een grotere nauwkeurigheid mogelijk maken bij het traceren van gevallen waar zintuiglijk waarneembare handelingen van een andere persoon daadwerkelijk een aanwending inhouden van (de positieve effecten van) het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon.

De systematiek rond ‘imitatieoordeel’ meent immers te kunnen vaststellen dat het gegeven of de zintuiglijk waarneembare kenmerken die te danken zijn aan een resultaat van inspanningen, een esthetische dan wel een functionele beleving kennen, samenhangt met het volgende verschil: bij onderlinge verschillen tussen zintuiglijke waarneembare kenmerken die een *esthetische* beleving kennen, zullen mensen eerder aannemen dat deze kenmerken niet langer dezelfde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweegbrengen dan het geval is bij onderlinge verschillen tussen zintuiglijke waarneembare kenmerken die een functionele beleving kennen. Bij een esthetische beleving van een zintuiglijk waarneembare manifestatie zijn mensen volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ immers sterk gefocust op de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken van deze manifestatie en de manier waarop deze kenmerken inspelen op hun zin voor esthetiek. Rond twee schilderijen van een bloem, een impressionistisch schilderij en een kubistisch schilderij, zullen mensen om die reden vrij snel

aannemen dat zij niet dezelfde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweegbrengen¹⁰⁴². Bij een functionele beleving daarentegen van zintuiglijk waarneembare manifestaties, geldt volgens de systematiek rond imitatievoordeel dat mensen gefocust zijn op de zintuiglijk waarneembare wijziging die zij op grond van de betrokken zintuiglijk waarneembare kenmerken kunnen teweegbrengen en onverschillig zijn voor onderlinge verschillen in zintuiglijk waarneembare kenmerken die geen aanleiding geven tot onderscheiden mogelijkheden om de nagestreefde zintuiglijk waarneembare wijziging te realiseren. Bij nokkennassen met een verschillende vormgeving, zullen mensen bijvoorbeeld eerder aannemen dat deze niettemin dezelfde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweegbrengen, indien deze onderlinge verschillen in hun vormgeving zich niet merkbaar maken in onderscheiden prestaties van de motor¹⁰⁴³.

De relevantie nu van het zonet beschreven verschilpunt tussen de esthetische dan wel functionele beleving van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die te danken zijn aan (de positieve effecten van) het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon, bij het traceren van gevallen van een aanwending van (de positieve effecten) van dit ‘resultaat’ van inspanningen, situeert zich volgens de systematiek rond imitatievoordeel dan met name op het volgende punt: bij een functionele beleving van kenmerken die te danken zijn aan de (de positieve effecten van) het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon is er volgens de systematiek rond imitatievoordeel rekening mee te houden dat een grotere verscheidenheid aan aangewende concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken nog een aanwending kan inhouden van (de positieve effecten van) het ‘resultaat’ van inspanningen van deze persoon, als, verhoudingsgewijs, het geval zou zijn bij een esthetische beleving van de betrokken kenmerken. In die zin is, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, te overwegen om, indien de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken die voortvloeien uit het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon, kenmerken blijken te zijn die een geschiktheid verlenen tot het vervullen van een functionele taak, dan ook het volgende te doen bij het traceren van gevallen van een aanwending van (de positieve effecten) van dit ‘resultaat’ van inspanningen: in verhouding tot wat het geval zou zijn voor een ‘resultaat’ van inspanningen dat een esthetische geschiktheid blijkt te verlenen, de graad van abstractie die het ‘aanwendingsscala’ dekt van het betrokken resultaat van inspanningen iets hoger zien en iets minder belang hechten aan de concrete verschillen die de zintuiglijk waarneembare kenmerken van andere zintuiglijk waarneembare manifestaties vertonen tegenover de zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan (de positieve effecten van) het ‘resultaat’ van inspanningen van deze persoon. Hierbij is dan wel op te merken dat het zonet beschreven ‘nuanceverschil’ in benadering er volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ niet mag toe leiden om bescherming te verlenen waar, gezien het daadwerkelijke ‘aanwendingsscala’ van het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen waaruit zintuiglijk waarneembare kenmerken voortvloeien met functionele beleving, geen sprake is van een aanwending van (de positieve effecten) van dit ‘resultaat’ van inspanningen.

B. De precisering en differentiatie van gedragsvoorschriften

¹⁰⁴² Vergelijk op dit punt: S. SCOTCHMER, *Innovation and Incentives*, Cambridge (Massachusetts), The MIT Press, 2004, p. 98 (“Indeed, to the extent that the novels of two authors are similar in style or content, each reader will typically want to buy both novels or neither, but typically not just one. The same is true of music.”).

¹⁰⁴³ Vergelijk op dit punt ook het onderscheid dat QUAEDVLIEG maakt tussen de resultaatgerichte leer en de apparaatgerichte leer. A. QUAEDVLIEG, *Auteursrecht op techniek. De auteursrechtelijke bescherming van het technisch aspect van industriële vormgeving en computerprogrammatuur*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1987, p. 31 (De apparaatgerichte leer houdt volgens QUAEDVLIEG in dat binnen het apparaat nagegaan wordt of de vorm noodzakelijk is voor het bereiken van een technisch effect. De resultaatgerichte leer daarentegen ziet een vorm enkel als noodzakelijk wanneer er redelijkerwijze geen mogelijkheid bestaat om door middel van andere vormen hetzelfde technische effect te bereiken. QUAEDVLIEG illustreert dit aan de hand van het voorbeeld van een kurkentrekker met schroefdraad. In het licht van de apparaatgerichte leer is de schroefdraad noodzakelijk voor het bereiken van het technisch effect terwijl de vorm van het handvat dat niet is. De resultaatgerichte leer daarentegen zal geen enkel kenmerk van de kurkentrekker als noodzakelijk beschouwen voor het bereiken van het technisch effect omdat er verschillende realistische alternatieven zijn om een kurk uit de fles te trekken, met name bijvoorbeeld een kurkentrekker die gebruik maakt van twee metalen lippen die tussen het kurk en de flessenhals te plaatsen zijn. Het onderscheid dat QUAEDVLIEG maakt tussen de resultaatgerichte leer en de apparaatgerichte leer komt volgens ons neer op een verschillende graad van abstractie om de naar de incorporatie te kijken.).

Volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ is het problematisch om de feitelijke omstandigheden vast te stellen die bepalend zijn om tot een optimale afstelling te komen van de ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van de gedragsvoorschriften binnen het intellectuele eigendomsrecht die gericht zijn op het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht. Ook hier ziet de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ zich geconfronteerd met het gebrek aan bestaande omvattende en gedetailleerde richtlijnen rond een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften¹⁰⁴⁴ en haar onvermogen om alsnog dergelijke richtlijnen vast te stellen in de specifieke context van het intellectuele eigendomsrecht. Enkel de hierboven besproken ‘vuistregels’ rond een optimale ‘precisering’ en ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften bieden volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ enige houvast in deze context. In de eerste plaats gaat het daarbij zoals aangegeven om de vuistregel dat, indien de te regelen constellaties van feitelijke omstandigheden, voldoende ‘frequent’ en ‘homogeen’ zijn, het in principe aangewezen is om inhoudelijk passende gedragsvoorschriften rond deze constellaties van feitelijke omstandigheden te formuleren als ‘regels’, eerder dan als ‘standaarden’¹⁰⁴⁵. In de tweede plaats gaat het zoals vermeld om de vuistregel dat een hogere ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften niet aangewezen is als het bijkomende gedragsvoorschrift dat daaruit volgt, in zijn toepassingsgebied, een feitelijke situatie aanwijst waarin de meest gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen, in verhouding tot wat geldt voor de feitelijke situaties, aangewezen door het toepassingsgebied van een ander, reeds bestaand gedragsvoorschrift binnen deze regelgeving, geen andere combinatie van voorgeschreven gedrag en mate van precisering vraagt, als reeds terug te vinden is in dit ander, reeds bestaande gedragsvoorschrift.

3.2.3. Een optimale afstelling van de afzonderlijke beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht

Op dit punt kunnen we dan nu ingaan op de concrete richtlijnen die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ biedt om een concrete beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht, een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling te geven. Het gaat hierbij dus om de concrete richtlijnen die deze systematiek naar voor schuift om een afzonderlijk beschermingsregeling die voorziet in een intellectueel recht of het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, zo af te stellen dat haar ingrijpen, zo conform mogelijk met utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen en overwegingen rond een optimale precisering en differentiatie van gedragsvoorschriften, in de specifieke soort investeringsbescherming voorziet die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Uit de hierboven besproken analyses die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ maakt rond de ‘*mechaniek*’ van het betrokken ingrijpen, rond het door het betrokken ingrijpen na te streven *resultaat*, en rond de *feitelijke omstandigheden* die de afstelling behoren te bepalen van het betrokken ingrijpen, volgt dan dat deze systematiek, bij het uitwerken van concrete richtlijnen rond een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van een concrete beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht, aanneemt dat deze richtlijnen de betrokken beschermingsregeling er in wezen moeten toe brengen om het volgende te doen: aan de hand van zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften, koppelt de betrokken beschermingsregeling het verlenen van een bepaalde mate van bescherming aan het vervuld zijn van beschermingsvoorwaarden die peilen naar die relevante feitelijke omstandigheden die duiden op een risico op ‘imitatievoordeel’ dat door de toegekende mate van bescherming ook aan de hand van een zo beperkt mogelijke bescherming geneutraliseerd wordt. In dit onderdeel geven we nu echter een meer gedetailleerde bespreking van de concrete richtlijnen die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ biedt om een concrete beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht, een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling te geven. Onze bespreking in dit verband omvat daarbij met name drie onderdelen. Eerst (A.) gaan we in op de taakverdeling tussen het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen

¹⁰⁴⁴ Met dergelijke omvattende en gedetailleerde richtlijnen bedoelen we, zoals aangegeven, richtlijnen, die als leidraad kunnen dienen, om, in het licht van de relevante soorten *feitelijke omstandigheden* en de daarin voor te schrijven soort *gedragingen*, ook steeds die mate van ‘precisering’ en ‘differentiatie’ vast te stellen in de formulering van inhoudelijk passende gedragsvoorschriften die optimaal is.

¹⁰⁴⁵ Deze vuistregel laat zich met name vaststellen op grond van bijvoorbeeld: R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p.33, 38 en 43 en L. KAPLOW, “Rules versus Standards: an economic analysis”, *Duke Law Journal* 1992-1993, p. 511 en I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 270.

parasitaire mededinging die, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling toelaat van deze beide vormen van ingrijpen. Daarna (B.) bespreken we dan de concrete richtlijnen die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ biedt om tot een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling te komen van het ingrijpen van afzonderlijke intellectuele rechten. Ten slotte (C.) komen dan ook de concrete richtlijnen aan bod die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ naar voor schuift om tot een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling te komen van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’.

A. De aangewezen taakverdeling tussen het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’

Met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van het intellectuele eigendomsrecht, is het volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ nodig om een welbepaalde taakverdeling door te voeren tussen het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’. De systematiek rond ‘imitatievoordeel’ acht het hierbij met name nodig om een taakverdeling door te voeren rond de volgende opgaven: 1.) het traceren en neutraliseren van het risico op ‘imitatievoordeel’ rond *intellectuele arbeid* en 2.) het traceren en neutraliseren van het risico op ‘imitatievoordeel’ rond *handenarbeid*. De onderscheiden focus die traditioneel de eigenheid uitmaakt van het archetypische ingrijpen van intellectuele rechten en het archetypische ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, verleent deze beide vormen van ingrijpen, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, immers een onderscheiden geschiktheid om het risico op ‘imitatievoordeel’ te neutraliseren rond *intellectuele arbeid* dan wel rond *handenarbeid*.

Intellectuele rechten

Intellectuele rechten, moeten volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van het intellectuele eigendomsrecht, enkel de taak op zich nemen ‘imitatievoordeel’ te traceren en te neutraliseren rond kenmerken die te danken zijn aan *intellectuele arbeid*. De verklaring hiervoor, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, is in wezen dat de test die intellectuele rechten in de regel hanteren om de bescherming af te bakenen die zij toekennen naar aanleiding van een bepaald ‘resultaat’ van inspanningen, een test rond door ‘kennis’ te verklaren ‘gelijkenis’ bekeken op het relevante niveau van abstractie, nu eenmaal enkel geschikt is om betrouwbaar ‘imitatievoordeel’ te traceren rond *intellectuele arbeid*. Gaat het om zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die daadwerkelijk te danken zijn aan een ‘resultaat’ van *intellectuele arbeid* van een initiële bedenker, dan geldt, door het onvermogen om nog intellectuele arbeid te leveren gericht op het bedenken van reeds gekende kenmerken, zoals aangegeven, immers inderdaad inherent het volgende, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, indien een andere persoon *kennis* had van de zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die daadwerkelijk te danken zijn aan een ‘resultaat’ van *intellectuele arbeid* van een initiële bedenker, en deze andere persoon vervolgens overgaat tot een overname of aanwending van, bekeken op het niveau van abstractie dat het ‘aanwendingsscala’ dekt van dit resultaat van intellectuele arbeid, voldoende *gelijkende* zintuiglijk waarneembare kenmerken om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te realiseren: deze andere persoon steunt op (de positieve effecten van) het ‘resultaat’ van intellectuele arbeid van de betrokken initiële bedenker, om zich de intellectuele arbeid uit te sparen om tot een overname of aanwending te komen van de betrokken voldoende gelijkende kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen¹⁰⁴⁶.

De zonet aangehaalde test rond door ‘kennis’ te verklaren ‘gelijkenis’ die intellectuele rechten in de regel hanteren om hun bescherming af te bakenen, ook als doorslaggevend richtsnoer nemen om ‘imitatievoordeel’ te traceren en

¹⁰⁴⁶ Alle pogingen van deze persoon om toch nog op eigen kracht intellectuele arbeid te leveren gericht op het bedenken van gelijkende kenmerken zullen dan immers, zoals aangegeven, falen omwille van de volgende reden: deze persoon zal daarbij niet kunnen vermijden om meteen al te denken aan de bestaande kenmerken die hij reeds kent. Het vergaat deze persoon daarbij dan, zoals gezegd, net als mensen die, wanneer hen gevraagd wordt om niet aan een nijlpaard te denken, onvermijdelijk aan een nijlpaard moeten denken.

te neutraliseren ten aanzien van zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die te danken zijn aan een ‘resultaat’ van *handenarbeid* van een initiële maker, zou volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ daarentegen tot het volgende leiden: een ingrijpen gericht op het neutraliseren van ‘imitatieoordeel’ in gevallen waarin geen sprake is van ‘imitatieoordeel’. Indien een andere persoon *kennis* had van de zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die te danken zijn aan een ‘resultaat’ van *handenarbeid* van een initiële maker, en deze andere persoon vervolgens overgaat tot een overname of aanwending van voldoende *gelijkende* zintuiglijk waarneembare kenmerken om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te realiseren¹⁰⁴⁷, dan is, in het licht van het fenomeen dat het nu eenmaal niet onmogelijk is om nog ‘adequate inspanningen’ te leveren rond het vervaardigen van gelijkaardige, reeds gekende kenmerken die te danken zijn aan *handenarbeid*, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ immers nog steeds rekening te houden met het volgende: dat deze andere persoon op eigen ‘adequate inspanningen’ steunt om tot een overname of aanwending te komen van de betrokken voldoende gelijkende kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen.

Ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’

Het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, moet volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, daadwerkelijk optimale afstelling van het intellectuele eigendomsrecht, strikt genomen enkel de taak op zich nemen van het traceren en neutraliseren van ‘imitatieoordeel’ rond kenmerken die te danken zijn aan *handenarbeid*. De verklaring hiervoor, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, is in wezen dat de test die het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ in beginsel hanteert om de bescherming af te bakenen die het toekent, een test die focust op het geheel van de begeleidende, feitelijke omstandigheden rond een ‘kopiëren’, een test is die noodzakelijk is om betrouwbaar ‘imitatieoordeel’ te traceren rond *handenarbeid* maar nodeloos omslachtig is om rond *intellectuele arbeid* betrouwbaar ‘imitatieoordeel’ te traceren.

Gaat het om zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die te danken zijn aan een ‘resultaat’ van *handenarbeid* van een initiële maker, dan geldt volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ immers, dat, indien een andere persoon *kennis* had van deze zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen en deze andere persoon, vervolgens, overgaat tot een overname of aanwending van voldoende *gelijkende* zintuiglijk waarneembare kenmerken om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te realiseren, nog steeds een toetsing noodzakelijk is rond het bredere geheel van de betrokken feitelijke omstandigheden, in het bijzonder rond de concrete werkwijze die deze andere persoon daarbij hanteerde om tot een overname of aanwending te komen van voldoende *gelijkende* zintuiglijk waarneembare kenmerken, alvorens een besluit mogelijk is rond de vraag of aan te nemen is dat deze andere persoon daarbij steunde op eigen ‘adequate inspanningen’ dan wel op (de positieve effecten van) het ‘resultaat’ van *handenarbeid* van de betrokken initiële maker¹⁰⁴⁸. In dit verband is immers, zoals aangegeven, rekening te houden met het

¹⁰⁴⁷ Op dit punt sluit de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ zich dus aan bij de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ die, zoals aangegeven, stelt dat een analyse rond ‘abstractie’, ‘kennis’, ‘verschillen’ en ‘gelijkenissen’ zo objectief mogelijk hypothesen toelaat rond het ‘aanwendingsscala’ van een resultaat van intellectuele arbeid. Het ‘aanwendingsscala’ van een resultaat van intellectuele arbeid, verwijst daarbij, zoals gezegd, naar de verscheidenheid aan kenmerken die incorporaties van inspanningen kunnen danken aan het betrokken resultaat van intellectuele arbeid om hen geschikt te maken om bepaalde concrete behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen.

¹⁰⁴⁸ Vergelijk in dit verband: T. VAN ENGELN, “Aanhaken aan andermans prestatie: ontwikkelingen in de Nederlandse rechtspraak”, *T.B.H.* 1992, p. 388-402 (“*De rechter is b.v. veel beter dan de wetgever in staat rekening te houden met de specifieke omstandigheden van het concrete geval. Hij kan bovendien het desbetreffende gebied stapsgewijs «verkennen» en gaandeweg de juridische bakens uitzetten, zonder dat hij direct «voor eens en voor al» de grenzen behoeft te trekken. Dit heeft in het verleden terzake van de slaafse nabootsing, de geschriftenbescherming en het portretrecht ook tot alleszins aanvaardbare resultaten geleid.*”)

fenomeen dat het nu eenmaal niet onmogelijk is om nog ‘adequate inspanningen’ te leveren rond het vervaardigen van gelijkaardige, reeds gekende kenmerken die te danken zijn aan *handenarbeid*.

De zonet aangehaalde test rond het geheel van de begeleidende, feitelijke omstandigheden rond een ‘kopiëren’, die het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ hanteert om zijn bescherming af te bakenen, ook als richtsnoer nemen ‘imitatievoordeel’ te traceren en te neutraliseren ten aanzien van zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die daadwerkelijk te danken zijn aan een ‘resultaat’ van *intellectuele arbeid* van een initiële bedenker, impliceert volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ daarentegen het volgende: een betrouwbare afstelling van het betrokken ingrijpen op het traceren en neutraliseren van ‘imitatievoordeel’ zij het aan de hand van een nodeloos omslachtige test daartoe. In dit verband is er, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, immers rekening mee te houden dat, ten aanzien van een concrete constellatie van feitelijke omstandigheden waarin zintuiglijk waarneembare kenmerken betrokken zijn die daadwerkelijk te danken zijn aan een ‘resultaat’ van *intellectuele arbeid* van een initiële bedenker, zoals aangegeven, een beperktere test louter rond het specifieke gegeven of sprake is van een door ‘kennis’ te verklaren ‘gelijkenis’, reeds toelaat om betrouwbaar ‘imitatievoordeel’ te traceren.

Analyse in het licht van de optimale ‘precisering’ van gedragsvoorschriften

Bij de zonet beschreven, aangewezen taakverdeling tussen het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ om ‘imitatievoordeel’ te traceren en te neutraliseren rond *intellectuele arbeid* dan wel rond *handenarbeid*, speelt volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan met name de hierboven vermelde vuistregel rond een optimale ‘precisering’ van gedragsvoorschriften. Deze vuistregel, afgeleid uit de rechtstheoretische inzichten rond een optimale ‘precisering’ van gedragsvoorschriften, stelt zoals aangegeven dat, indien de te regelen constellaties van feitelijke omstandigheden, voldoende ‘frequent’ en ‘homogeen’ zijn, het in principe ook aangewezen is om inhoudelijk passende gedragsvoorschriften rond deze constellaties van feitelijke omstandigheden te formuleren als ‘regels’, eerder dan als ‘standaarden’¹⁰⁴⁹. Het voldoende ‘frequent’ zijn van de te regelen constellaties van feitelijke omstandigheden, verwijst binnen deze vuistregel, zoals aangegeven, naar het feit dat deze constellaties van feitelijke omstandigheden vaak genoeg voorkomen. Het voldoende ‘homogeen’ zijn van de te regelen constellaties van feitelijke omstandigheden verwijst binnen deze vuistregel, zoals gezegd, naar het feit dat, doorheen de vele feitelijke variaties in de betrokken constellaties van feitelijke omstandigheden, in wezen steeds het al dan niet voorliggen van een relatief beperkte set van specifieke feiten determinerend is voor de gedragingen die voor te schrijven zijn om, doorheen deze feitelijke variaties in de betrokken constellaties van feitelijke omstandigheden, tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen te komen¹⁰⁵⁰.

De concrete toepassing van deze vuistregel rond een optimale ‘precisering’ van gedragsvoorschriften in de context van het traceren en neutraliseren van ‘imitatievoordeel’ rond *intellectuele arbeid* dan wel rond *handenarbeid* ziet de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan met name, in essentie, als volgt. Rond *intellectuele arbeid* geldt, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, dan met name dat de te regelen constellaties van feitelijke omstandigheden, voldoende ‘frequent’ en ‘homogeen’ zijn opdat het ook aangewezen is om inhoudelijk passende gedragsvoorschriften rond deze constellaties van feitelijke omstandigheden, zoals eigen is aan *intellectuele rechten*, te formuleren als ‘regels’, eerder dan als ‘standaarden’¹⁰⁵¹. Bepalend hierbij is dan in het bijzonder het voldoende ‘homogeen’ zijn van de te regelen constellaties van feitelijke omstandigheden: doorheen de vele

¹⁰⁴⁹ Deze vuistregel laat zich met name vaststellen op grond van bijvoorbeeld: R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p.33, 38 en 43 en L. KAPLOW, “Rules versus Standards: an economic analysis”, *Duke Law Journal* 1992-1993, p. 511 en I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 270.

¹⁰⁵⁰ Vergelijk in die zin ook: R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 37 (“Rules have lower undesirable behavior costs when factual circumstances are homogenous, because a single line drawn between permitted and prohibited acts for an entire range of circumstances will be appropriate most of the time.”).

¹⁰⁵¹ Deze vuistregel laat zich met name vaststellen op grond van bijvoorbeeld: R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p.33, 38 en 43 en L. KAPLOW, “Rules versus Standards: an economic analysis”, *Duke Law Journal* 1992-1993, p. 511 en I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 270.

feitelijke variaties in de betrokken constellaties van feitelijke omstandigheden rond zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die daadwerkelijk te danken zijn aan een ‘resultaat’ van *intellectuele arbeid* van een initiële bedenker, is in wezen steeds het al dan niet voorliggen van een relatief beperkte set van specifieke feiten, met name een door ‘kennis’ te verklaren ‘gelijkenis’, bekeken op het relevante niveau van abstractie, determinerend voor de gedragingen die voor te schrijven zijn om, doorheen deze feitelijke variaties tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen te komen¹⁰⁵². Rond *handenarbeid* daarentegen geldt volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dat de te regelen constellaties van feitelijke omstandigheden, een gebrek aan ‘homogeniteit’ vertonen, dat maakt dat het ook aangewezen is om inhoudelijk passende gedragsvoorschriften rond deze constellaties van feitelijke omstandigheden, zoals eigen is aan het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ te formuleren als ‘standaarden’, eerder dan als ‘regels¹⁰⁵³’. Bepalend hierbij is, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, dan in het bijzonder dat doorheen de vele feitelijke variaties in de betrokken constellaties van feitelijke omstandigheden rond zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die te danken zijn aan een ‘resultaat’ van *handenarbeid* van een initiële maker, er niet meteen een relatief beperkte set van specifieke feiten is waarvan het al dan niet voorliggen daadwerkelijk determinerend is voor de gedragingen die voor te schrijven zijn om, doorheen deze feitelijke variaties tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen te komen¹⁰⁵⁴.

Besluit

Op grond van de zonet beschreven analyse komt de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dus tot het besluit dat een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, in principe, een welbepaalde taakverdeling veronderstelt tussen deze beide vormen van ingrijpen. Een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van het ingrijpen van intellectuele rechten laat zich volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ enkel realiseren indien dit ingrijpen ingezet wordt om ‘imitatieoordeel’ te traceren en te neutraliseren rond kenmerken die te danken zijn aan *intellectuele arbeid*. Een, binnen de focus van ons onderzoek, daadwerkelijk optimale afstelling van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ vraagt, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, strikt genomen dat dit ingrijpen enkel ingezet wordt met het oog op het traceren en het neutraliseren van het risico op ‘imitatieoordeel’ rond kenmerken die te danken zijn aan *handenarbeid*.

Een belangrijke nuancering bij deze taakverdeling is, volgens de ‘imitatieoordeel’, echter dat, indien er *geen* intellectueel recht is waarvan de concrete beschermingsregeling toelaat om op te treden ten aanzien van een concreet geval van ‘imitatieoordeel’ rond een bepaald resultaat van *intellectuele arbeid*, er rekening mee te houden is dat toch een beroep toelaten tegen deze aanwending van ‘imitatieoordeel’ zij het dan op grond van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, veelal wenselijker zal zijn dan *geen* optreden toelaten tegen deze aanwending van ‘imitatieoordeel’. De bijdrage tot een meer gerechtvaardigde regeling in dit concrete geval die volgt uit *wel* optreden op grond van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, in verhouding tot *niet* optreden, tegen het betrokken ‘imitatieoordeel’, zal immers in vele gevallen uiteindelijk toch opwegen tegen de juridische inspanningen die gepaard gaan met de inzet van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ en zijn, in verhouding tot een ingrijpen op grond van intellectuele rechten, omslachtigere toetsing rond het geheel van de

¹⁰⁵² Vergelijk in die zin ook: R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 37 (“Rules have lower undesirable behavior costs when factual circumstances are homogenous, because a single line drawn between permitted and prohibited acts for an entire range of circumstances will be appropriate most of the time.”).

¹⁰⁵³ Deze vuistregel laat zich met name vaststellen op grond van bijvoorbeeld: R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p.33, 38 en 43 en L. KAPLOW, “Rules versus Standards: an economic analysis”, *Duke Law Journal* 1992-1993, p. 511 en I. EHRLICH en R. POSNER, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies* 1974, p. 270.

¹⁰⁵⁴ Vergelijk in die zin ook: R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 37 (“Rules have lower undesirable behavior costs when factual circumstances are homogenous, because a single line drawn between permitted and prohibited acts for an entire range of circumstances will be appropriate most of the time.”).

betrokken feitelijke omstandigheden¹⁰⁵⁵. Om die reden is het volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan ook niet wenselijk om, in de praktijk, strikt vast te houden aan het hierboven vermelde principe van een ‘negatieve reflexwerking’ van intellectuele rechten ten aanzien van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, een principe dat zoals aangegeven stelt dat het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ er niet mag toe leiden een bescherming te verlenen die vergelijkbaar is met deze die de intellectuele rechten verlenen, in gevallen waar de betrokken concrete intellectuele rechten er voor opteelden om geen beschermingen toe te kennen of slechts een beperktere mate van bescherming¹⁰⁵⁶.

B. Een optimale afstelling van het ingrijpen van intellectuele rechten: het vermijden van ‘imitatievoordeel’ rond intellectuele arbeid

Vervolgens, gaan we nu in op de concrete richtlijnen die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ biedt om het ingrijpen van een afzonderlijk intellectueel recht een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling te geven. Zoals hierboven vermeld, vertrekt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ hierbij vanuit de veronderstelling dat deze richtlijnen deze beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht er in wezen moeten toe brengen om in haar geheel zoveel mogelijk het volgende te doen: aan de hand van zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften, koppelt de betrokken beschermingsregeling het verlenen van een bepaalde mate van bescherming aan het vervuld zijn van beschermingsvoorwaarden die peilen naar die relevante feitelijke omstandigheden die duiden op een risico op ‘imitatievoordeel’ dat door de toegekende mate van bescherming ook aan de hand van een zo beperkt mogelijke bescherming geneutraliseerd wordt. Daarnaast neemt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ daarbij, zoals aangegeven, dus ook aan dat een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van een intellectueel recht enkel mogelijk is indien dit intellectuele recht ingezet wordt om ‘imitatievoordeel’ te traceren en te neutraliseren rond kenmerken die voortvloeien uit *intellectuele arbeid*. In dit onderdeel bespreken we nu met name de meer concrete richtlijnen die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, op grond van beide zonet aangehaalde assumpties, naar voor schuift om intellectuele rechten een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling te geven op het vlak van: (B.1.) het toekennen van bescherming, (B.2.) de afbakening van het ‘object’ en (B.3.) de afbakening van de exclusieve bevoegdheid over het ‘object’.

B.1. Toekennen van bescherming

Een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van een intellectueel recht specifiek op het vlak van het toekennen van bescherming, vraagt, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, dat het betrokken intellectueel recht concreet de volgende richtlijn aanhoudt: de beschermingsvoorwaarden van dit intellectuele recht, aan de hand van zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften, gevallen laten traceren waarin zich een risico stelt op ‘imitatievoordeel’ rond de *intellectuele arbeid* van een persoon, dat dit intellectuele recht ook aan de hand van een zo beperkt mogelijke bescherming, dit wil zeggen een toekennen van zo beperkt mogelijke bevoegdheden aan individuen, passend weet te neutraliseren. Hier bespreken we nu hoe de systematiek rond

¹⁰⁵⁵ Vergelijk in dit verband bijvoorbeeld: F. HENNING-BODEWIG, *Unfair Competition Law. European Union and Member States (International Competition Law Series. Volume 18)*, Den Haag, Kluwer Law International, 2006, p. 5 (“*Unfair competition has repeatedly jumped in where specific protection was not (yet) available via IP-law but where there was felt to be a gap in protection.*”).

¹⁰⁵⁶ Zie in dezelfde zin bijvoorbeeld: J. GLÖKNER, *Europäisches Lauterkeitsrecht*, München, C.H. BECK, 2006, p. 593 (“*Eine strenge Anwendung der Umwegtheorie vernachlässigt indes, dass eine Privilegierung bestimmter – Unlauterer! – wettbewerbshandlungen kaum deshalb gerechtfertigt sein kann, weil ein immaterialgüterrechtlicher Schutz möglich gewesen wäre.*”); Vergelijk op dit vlak ook: Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2012, LJN BV7194, r.o. 4.17.3. (“*Het hof volgt Xenos niet in haar - meest verstrekkende - stelling dat van afwijzing van de auteursrechtelijke grondslag negatieve reflexwerking uitgaat. Het enkele feit dat er wat betreft de door Blond c.s. opgevoerde tekeningen en decoratieve rand geen auteursrechtinbreuk wordt aangenomen, brengt niet mee dat geen ruimte is voor aanvullende bescherming op grond van artikel 6:162 BW.*”) Brussel 1 maart 2011, RABG 2001, p.1136 (p.1139: “*Hoewel appellantes jurken niet voldoen aan de originaliteitstoets om auteursrechtelijke bescherming te kunnen genieten, vertonen ze wel een zekere en voldoende originaliteit om te kunnen bogen op een bescherming bij slaafse kopie.*”); Vergelijk ook: T. VAN ENGELLEN, “Aanhaken aan andermans prestatie: ontwikkelingen in de Nederlandse rechtspraak”, *T.B.H.* 1992, p.388-402 (“*Het gewicht van het ontbreken van wetgeving moet overigens ook niet overschat worden.*”).

‘imitatieoordeel’ deze richtlijn rond een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van een concreet intellectueel recht, verder uitwerkt tot richtlijnen rond de concrete invulling van de vier archetypische parameters binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’. In navolging van de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ neemt de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ immers aan dat het aangewezen is om aan te nemen dat intellectuele rechten de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming als volgt sturen: door een concrete ‘denkoperatie rond verschillen’ op te leggen waarbij hun bepalingen en beginselen rond het toekennen van bescherming de invulling vastleggen van de parameters die de uitvoering beheersen van deze ‘denkoperatie rond verschillen’. Volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ laat deze veronderstelling immers toe om de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van een intellectueel recht, zo objectief mogelijk af te stellen op alle feitelijke omstandigheden die bij deze beoordeling relevant zijn met het oog op het nagestreefde beleid, het vermijden van ‘imitatieoordeel’ door derden.

B.1.1. Relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken van relevante referentie-incorporaties van inspanningen

Een eerste parameter binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ betreft, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, een parameter rond de vereiste zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen een relevante referentie-incorporatie. In het kader van deze parameter geeft een intellectueel recht volgens deze theorie, zoals aangegeven, het volgende aan: welke soort zintuiglijk waarneembare kenmerken een relevante referentie-incorporatie moet danken aan een resultaat van inspanningen – nog los van het staven of deze kenmerken ook voortvloeien uit de inspanningen die vereist zijn voor het toekennen van bescherming – om als basis te kunnen fungeren voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming naar aanleiding van dit resultaat van inspanningen.

Met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van het toekennen van bescherming dient een intellectueel recht zich, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, dan aan de volgende richtlijn te houden bij zijn invulling van de zonet vermelde parameter rond de vereiste zintuiglijk waarneembare kenmerken van een relevante referentie-incorporatie: het intellectuele recht behoort deze parameter zo in te vullen dat het, langs deze weg, als basis voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming vereist dat die zintuiglijk waarneembare kenmerken voorliggen die te danken zijn aan het te beoordelen resultaat van inspanningen die ook nodig zijn als basis om, via de uitvoering van de ‘denkoperatie rond verschillen’, zo objectief mogelijke hypothesen te kunnen formuleren rond de vraag of het betrokken resultaat van inspanningen daadwerkelijk een resultaat van intellectuele arbeid vroeg van de soort waarop het betrokken intellectuele recht het toekennen van zijn bescherming afstelt, met name een resultaat van intellectuele arbeid met een bepaald ‘aanwendingsscala’ binnen bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties.

Ten eerste moet het betrokken intellectuele recht in het kader van deze parameter rond de vereiste zintuiglijk waarneembare kenmerken van een relevante referentie-incorporatie, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, dan met name vereisen dat rond de zintuiglijk waarneembare kenmerken die een concrete incorporatie van inspanningen dankt aan een resultaat van inspanningen inderdaad het volgende geldt: dat zij tot het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen soorten incorporaties van inspanningen behoren die kunnen te danken zijn aan het soort resultaten van intellectuele arbeid dat het betrokken intellectuele recht als uitgangspunt neemt om voor het overige zijn ingrijpen af te stellen rond het vermijden van ‘imitatieoordeel’. In dit verband gaat het er volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ met name om dat, in zoverre een intellectueel recht de afstelling van zijn ingrijpen specifiek aanpast aan het traceren en neutraliseren van ‘imitatieoordeel’ ten aanzien van resultaten van intellectuele arbeid die toepassing vinden binnen een bepaald soort zintuiglijk waarneembare kenmerken van een bepaald soort incorporaties van inspanningen, dit intellectuele recht het toekennen van zijn bescherming ook afhankelijk dient te maken van het voorliggen van dat soort zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen dat soort incorporaties van inspanningen. In zoverre een intellectuele recht zijn beschermingsregime bijvoorbeeld specifiek afstelt in het licht van het uitgangspunt dat het zal ingrijpen rond resultaten van intellectuele arbeid waaraan zintuiglijk waarneembare kenmerken te danken zijn die een geschiktheid verlenen tot het vervullen van een esthetische taak, dient dit intellectuele recht volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ bij zijn invulling van de betrokken parameter dan ook het volgende aan te geven: dat enkel die zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan een resultaat van inspanningen die daadwerkelijk

toelaten een dergelijke esthetische taak te vervullen ook als basis kunnen fungeren voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming naar aanleiding van dit resultaat van inspanningen.

Ten tweede moet het betrokken intellectuele recht in het kader van deze parameter rond de vereiste zintuiglijk waarneembare kenmerken van een relevante referentie-incorporatie, volgens de systematiek rond 'imitatieoordeel', dan met name ook vereisen dat de betrokken relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie van inspanningen dankt aan een resultaat van inspanningen, de daadwerkelijke geschiktheid tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen voldoende aannemelijk moeten maken die zij danken aan dit resultaat van inspanningen dat eventueel kan kwalificeren als een resultaat van intellectuele arbeid van de soort waarrond het betrokken intellectuele recht bescherming toekent. In dit verband gaat het er volgens de systematiek rond 'imitatieoordeel' met name om dat een intellectueel recht zich een zo objectief mogelijk referentiepunt moet verschaffen om met het oog op het vermijden van 'imitatieoordeel' te bepalen 1.) of het betrokken resultaat van inspanningen inderdaad behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen toelaat waarrond 'imitatieoordeel' mogelijk is en 2.) welke aanwending van gelijkende kenmerken om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten dan wel in eerste instantie als indicatie kan gelden om 'imitatieoordeel' te traceren ten aanzien van dit resultaat van inspanningen. Een duidelijk beeld verlangen rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die een concreet resultaat van inspanningen toelaat, is, volgens de systematiek rond 'imitatieoordeel', met name nodig opdat het betrokken intellectuele recht een geschikt uitgangspunt zou hebben om, zoals economisch-utilitaristische overwegingen en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, zoals aangegeven, vragen, de volgende 'basiscausaliteit' te kunnen bereiken: dat de concrete gevallen waarin een persoon zich kan beroepen op het ingrijpen van dit intellectuele recht, gelijke tred houden met de concrete gevallen waarin de inspanningen van deze persoon ook daadwerkelijk aan de basis liggen van, respectievelijk, een toegenomen geschiktheid van schaarse middelen tot behoeftebevrediging dan wel iets wat te beschouwen is als de 'vrucht' van zijn arbeid. Binnen een registratievrij intellectueel recht dat, als relevante referentie-incorporatie voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, vraagt dat sprake is van een daadwerkelijke toepassing van het resultaat van inspanningen binnen een relevant soort zintuiglijk waarneembare manifestaties, veronderstelt een zo objectief mogelijk uitgangspunt rond de daadwerkelijke geschiktheid tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken is aan het betrokken resultaat van inspanningen, volgens de systematiek rond 'imitatieoordeel' dan concreet het volgende: dat het intellectueel recht zich enkel richt naar de daadwerkelijke geschiktheid tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die zich laat vaststellen in het licht van de relevante soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een dergelijke relevante referentie-incorporatie dankt aan het betrokken 'resultaat' van inspanningen. Een concrete toepassing van dit principe is, volgens de systematiek rond 'imitatieoordeel', dan bijvoorbeeld dat een beschrijving in woorden van een potentieel te maken schilderij, niet als relevante-referentie incorporatie kan dienen voor het resultaat van intellectuele arbeid rond de compositie en het kleurenpalet van het betrokken schilderij, omdat deze beschrijving onvoldoende toelaat om de concrete behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen vast te stellen die mogelijk zijn op grond van de compositie en het kleurenpalet die voortvloeien uit het betrokken resultaat van intellectuele arbeid hierrond. In het kader van een intellectueel recht dat zich organiseert als registerrecht en dat, als relevante referentie-incorporatie voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, dus een bepaalde beschrijving of weergave vraagt van het resultaat van inspanningen en zijn mogelijke realisaties in een specifieke registratie-aanvraag, veronderstelt een zo objectief mogelijk uitgangspunt rond de daadwerkelijke geschiktheid tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken is aan het betrokken resultaat van inspanningen, volgens de systematiek rond 'imitatieoordeel' dan concreet het volgende: dat het intellectueel recht, waar nodig, uitdrukkelijk vereist om na te gaan of de beschreven of weergegeven mogelijke realisaties van het betrokken resultaat van inspanningen ook een daadwerkelijke geschiktheid tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan hun toepassing van het betrokken 'resultaat' van inspanningen.

Tot slot, is in verband met de invulling van de betrokken parameter rond de vereiste zintuiglijk waarneembare kenmerken van een relevante referentie-incorporatie dan op te merken dat de systematiek rond 'imitatieoordeel' aanneemt dat er met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van het toekennen van bescherming gericht op het traceren en vermijden van 'imitatieoordeel' niet meteen doorslaggevende argumenten zijn om aan te nemen dat een intellectueel recht zich dient te organiseren als een registerrecht dan wel

als een registratievrij recht. Zoals de rechtsleer reeds aangaf, is in dit verband dan enerzijds rekening te houden met de argumentatie dat, zeker als de te vervullen formaliteiten die toelaten om de toegekende bescherming de nodige publiciteit te geven weinig inspanningen vragen, het dan ook niet teveel gevraagd is van de rechthebbende om deze formaliteiten te vervullen, gezien de intellectueelrechtelijke bescherming die de rechthebbende daarvoor in ruil krijgt en gezien de bijdrage die deze publiciteit levert voor alle andere mensen om op ‘rechtszekere’ wijze kennis te kunnen nemen van de toegekende bescherming naar aanleiding van een bepaald resultaat van inspanningen¹⁰⁵⁷. Volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ houdt de organisatie van een intellectueel recht als registerrecht anderzijds echter ook een risico in dat het ingrijpen van het betrokken intellectuele recht niet langer tussenkomt waar dit nochtans nodig is voor het eigenlijke doel, met name het traceren en neutraliseren van ‘imitatievoordeel’. Ten eerste is er immers rekening mee te houden dat het feit dat nodige formaliteiten niet vervuld zijn om op grond van een bepaald intellectueel recht bescherming te verkrijgen rond een resultaat van inspanningen, niet wegneemt dat een handeling van een derde rond een incorporatie van dit resultaat van inspanningen wel degelijk kan steunen op ‘imitatievoordeel’¹⁰⁵⁸. Ten tweede is er ook rekening mee te houden dat, indien het bestaan van een register rond de toegekende bescherming ook inhoudt dat elke andere persoon, vanaf de betrokken registratie, verondersteld wordt om kennis te hebben van de zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde geschiktheid om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die te danken zijn aan het geregistreerde resultaat van inspanningen, dit ook tot het volgende zal leiden: dit zal het betrokken intellectuele recht ook doen ingrijpen tegen handelingen van personen die *in feite* geen daadwerkelijke kennis hadden van de betrokken registratie en dus ook niet konden steunen op ‘imitatievoordeel’ om op grond van gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken tot gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te komen. In welke mate dit tweede punt dan speelt hangt dan met name af van hoe realistisch het is om aan te nemen dat een persoon, bijvoorbeeld een uitvinder, ontwerper of muzikant, zich via de relevante registers eerst kennis verschafft van de bestaande ‘resultaten van inspanningen’ die aanleiding gaven tot het toekennen van bescherming, alvorens over te gaan tot het bedenken van een bepaald resultaat van intellectuele arbeid.

B.1.2. Relevante verschillen

Een tweede parameter binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ betreft volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, zoals aangegeven, een parameter rond de verschillen die de vereiste zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen een relevante referentie-incorporatie moeten vertonen. Via de invulling van deze parameter geeft een intellectueel recht, volgens deze theorie, met name het volgende aan: de verschillen die de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan het te beoordelen resultaat van inspanningen moeten vertonen tegenover de zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen de relevante referentiegroep, bekeken op het relevante niveau van abstractie, om te staven dat dit resultaat van inspanningen resulteert uit die inspanningen die het vereist voor het toekennen van zijn bescherming. Binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ functioneert de invulling van deze parameter rond verschillen dus in nauw verband met de parameters rond de relevante referentiegroep en de relevante graad van abstractie.

Met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van het toekennen van bescherming dient een intellectueel recht de zonet vermelde parameter rond verschillen binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ zo in te vullen dat deze uiteindelijk het volgende vereist: dat de zintuiglijk waarneembare kenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan een bepaald resultaat van inspanningen, tegenover de zintuiglijk waarneembare kenmerken van manifestaties binnen de relevante referentiegroep, tot op het voor het betrokken intellectuele recht relevante niveau van abstractie, verschillen vertonen waarrond aannemelijk is dat het intellectuele arbeid vroeg om tot deze verschillen te komen. Bij de invulling van deze parameter rond verschillen komt het er volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dus in wezen op aan om, weliswaar in interactie met de overige parameters binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’, aan te sturen op de volgende, bipolaire beoordeling: de betrokken verschillen maken aannemelijk dat ze intellectuele arbeid vroegen of maken niet

¹⁰⁵⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: D. BAINBRIDGE, *Intellectual Property* (sixth edition), Harlow, Pearson 2007, p. 4.

¹⁰⁵⁸ Vergelijk in dit verband bijvoorbeeld: A. QUAEDVLIEG, “Copyright's Orbit Round Private, Commercial and Economic Law - The Copyright System and the Place of the User”, *IIC* 1998, p. 425.

aannemelijk dat ze intellectuele arbeid vroegen. Deze beoordeling of zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, inderdaad *intellectuele arbeid* vroegen, is volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, zoals aangegeven, immers onontbeerlijk om te bepalen of de test die intellectuele rechten in de regel hanteren om hun bescherming af te bakenen, een test rond door ‘kennis’ te verklaren ‘gelijkenis’ bekeken op het relevante niveau van abstractie, geschikt is om betrouwbaar ‘imitatieoordeel’ te traceren. Tegelijk is de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ er zich echter van bewust dat, ook binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’, elke beoordeling rond het bestaan en de kenmerken van intellectuele arbeid, bij gebrek aan de mogelijkheid om daadwerkelijk empirische kennis te verkrijgen rond dit aan de mens interne bewustzijnsfenomeen, inherent subjectief is. Om die reden acht de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ het aangewezen om bij de invulling van deze parameter rond verschillen, in interactie met de overige parameters binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’, louter aan te sturen op een beoordeling rond de vraag of de vastgestelde verschillen intellectuele arbeid aannemelijk maken zonder de afstelling van het ingrijpen daarbij te laten afhangen van uitdrukkelijke beoordelingen rond de waarde of intensiteit van de geleverde intellectuele arbeid. Om aannemelijk te maken dat het vastgestelde resultaat van intellectuele arbeid inderdaad een bepaald ‘aanwendingsscala’ heeft binnen bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties acht de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ het met name meer aangewezen om binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ een beroep te doen op de interactie met, respectievelijk, de parameter rond de relevante graad van abstractie en de parameter rond de vereiste zintuiglijk waarneembare kenmerken van een relevante referentie-incorporatie.

B.1.3. Relevante referentiegroep

Een derde parameter binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ betreft volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, zoals aangegeven, een parameter rond de relevante referentiegroep. In het kader van deze parameter legt een intellectueel recht, volgens deze theorie, met name het volgende vast: de kenmerken die andere zintuiglijk waarneembare manifestaties moeten vertonen om tot de relevante *referentiegroep* te behoren waarmee de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan het te beoordelen resultaat van inspanningen te vergelijken zijn bij de toetsing rond het toekennen van zijn bescherming naar aanleiding van dit resultaat van inspanningen.

Met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van het toekennen van bescherming dient een intellectueel recht de zonet vermelde parameter rond de relevante referentiegroep binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ zo in te vullen dat uiteindelijk het volgende geldt: de relevante referentiegroep omvat alle zintuiglijk waarneembare manifestaties die de persoon die het te beoordelen resultaat van inspanningen leverde, kende op het ogenblik van het leveren van dit resultaat van inspanningen. Deze richtlijn die de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ voorstaat rond de invulling van de betrokken parameter rond de relevante referentiegroep binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ gaat daarbij dan met name terug op de veronderstelling dat, specifiek met het oog op de beoordeling of de inspanningen van persoon te kwalificeren zijn als *intellectuele arbeid*, strikt genomen enkel de zintuiglijk waarneembare kenmerken van andere manifestaties die de betrokken persoon *kende* op het ogenblik van het leveren van deze inspanningen, ook uitsluitel bieden rond deze beoordeling. Indien een persoon tot zintuiglijk waarneembare kenmerken komt die *niet of onvoldoende verschillen* van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die hij op dat moment *reeds kent* van andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, is, zoals aangegeven, ook uit te sluiten dat deze persoon daarbij intellectuele arbeid leverde gericht op het bedenken van de betrokken gelijkende kenmerken. In de zonet omschreven constellatie van feitelijke omstandigheden speelt dan immers het fenomeen dat we hierboven vermelde reeds aangeduid hebben als het onvermogen om nog intellectuele arbeid te leveren gericht op het bedenken van reeds gekende kenmerken¹⁰⁵⁹. Indien een persoon daarentegen tot zintuiglijk waarneembare kenmerken komt die *niet of onvoldoende verschillen* van de zintuiglijk

¹⁰⁵⁹ Alle pogingen van deze persoon om toch nog op eigen kracht intellectuele arbeid te leveren gericht op het bedenken van gelijkende kenmerken zullen dan immers falen omwille van de volgende reden: deze persoon zal daarbij niet kunnen vermijden om meteen al te denken aan de bestaande kenmerken die hij reeds kent. Het vergaat deze persoon daarbij dan net zoals mensen die, wanneer hen gevraagd wordt om niet aan een nijlpaard te denken, onvermijdelijk aan een nijlpaard moeten denken.

waarneembare kenmerken die hij op dat moment *niet kent* van andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, laat dit gebrek aan verschillen, op zich echter niet toe om uitsluiten dat deze persoon daarbij op eigen kracht intellectuele arbeid leverde waarrond, bekeken vanuit de optiek van het vermijden van positieve externe effecten en het verhinderen van het inspanningen, goede redenen zijn om bescherming te verlenen¹⁰⁶⁰. Bij de invulling van de parameter rond de relevante referentiegroep volgt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dus de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ in haar veronderstelling dat, indien een persoon inspanningen levert om tot bepaalde zintuiglijk waarneembare kenmerken te komen, een vergelijking van de aard en de omvang van de verschillen die deze zintuiglijk waarneembare kenmerken vertonen met de zintuiglijk waarneembare kenmerken die deze persoon *kende* bij het leveren van de betrokken inspanningen, de meest objectieve indicatie is om te beoordelen of deze persoon daarbij intellectuele arbeid leverde.

B.1.4. Abstractie

Een vierde parameter, ten slotte, binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ betreft volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, een parameter rond de relevante graad van abstractie bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming. In het kader van deze parameter legt een intellectueel recht, volgens deze theorie, met name, zoals aangegeven, het volgende vast: het *niveau van abstractie* waarop of tot waar, bij het toekennen van bescherming, rekening te houden is met het gegeven dat de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie van inspanningen dankt aan het te beoordelen resultaat van inspanningen, verschillen vertonen tegenover de zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen de relevante referentiegroep, die staven dat dit te beoordelen resultaat van inspanningen te danken is aan die inspanningen die vereist zijn voor het toekennen van bescherming.

Met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van het toekennen van bescherming dient een intellectueel recht de zonet vermelde parameter rond de relevante graad van abstractie binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ zo in te vullen dat uiteindelijk het volgende geldt: het intellectuele recht vraagt om de toetsing of de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan een bepaald resultaat van inspanningen, tegenover de zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen de relevante referentiegroep, verschillen vertonen waarrond aannemelijk is dat ze intellectuele arbeid vroegen, door te voeren op het niveau van abstractie van de ‘vormgeving’ dan wel op het niveau van abstractie van het ‘uitgewerkte idee’, naargelang rond dit intellectuele recht de initiële beleidskeuze gemaakt werd om dit bescherming te laten verlenen rond en af te stellen op resultaten van intellectuele arbeid waarvan het ‘aanwendingsscala’ te situeren is op, respectievelijk, het niveau van de concrete ‘vormgeving’ dan wel het niveau van het ‘uitgewerkte idee’. Daarbij is volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan concreet te besluiten dat het ‘aanwendingsscala’ van het aan te nemen ‘resultaat’ van intellectuele arbeid te situeren is op het niveau van abstractie van de ‘vormgeving’ indien aan te nemen is dat de mogelijke toepassingen van dit resultaat van intellectuele arbeid om daadwerkelijk behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen gebonden zijn aan de aanwending van een specifieke vormgeving. In deze context is volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ integendeel uit te gaan van een ‘aanwendingsscala’ van het aan te nemen ‘resultaat’ van intellectuele arbeid dat te situeren is op het niveau van abstractie van het ‘uitgewerkte idee’ indien aan te nemen is dat de mogelijke toepassingen van dit resultaat van intellectuele arbeid om daadwerkelijk behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen de

¹⁰⁶⁰ Vergelijk op dit punt GORDON rond het octrooirecht dat de relevante referentiegroep invult als de objectieve ‘stand van de techniek’ en niet beperkt tot datgene wat de uitvinder daadwerkelijk kende bij het bedenken van een uitvinding: W. GORDON, "Intellectual Property" in P. CAN en M. TUSHNET (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 624 (*For example, some have questioned the fairness of the rule adopted by most countries that gives patent owners the power to enjoin even coincidental and independent invention. Yet ‘fairness’ is a slippery concept. The Lockean proviso provides one fruitful logic for examining this aspect of patent doctrine. When a patent owner is entitled to restrain a third party who happens to have independently duplicated his work, the restraint leaves the third party without ‘enough and as good’. Therefore if the patent rule is to be justified in fairness terms, investigation is needed into whether there is empirical support for alternative formulations of fairness, such as whether all persons involved in a patent race consent to the winner-take-all patent system—or, perhaps, whether the short duration of patents suffices to keep ‘enough, and as good’ for the re-inventor.*”).

aanwending van een specifieke vormgeving overstijgen. Deze richtlijn die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ verdedigt rond de invulling van de betrokken parameter rond de relevante graad van abstractie gaat daarbij dan met name terug op de volgende veronderstellingen.

Een eerste assumptie om tot de zonet vermelde richtlijn te komen, is dan met name, in navolging van de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, dat de parameter rond de relevante graad van abstractie binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’, een zo objectief mogelijke analyse toelaat om, met het oog op het verzekeren van de ‘basiscausaliteit’ van het ingrijpen van een intellectueel recht die economisch-utilitaristische overwegingen en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen vragen, passend rekening te houden met het ‘aanwendingsscala’ van een concreet resultaat van intellectuele arbeid. Bij dit principe van ‘basiscausaliteit’ gaat het er dan zoals aangegeven om te bereiken dat de concrete gevallen waarin een persoon zich kan beroepen op het ingrijpen van dit intellectuele recht, gelijke tred houden met de concrete gevallen waarin de inspanningen van deze persoon ook daadwerkelijk aan de basis liggen van, respectievelijk, een toegenomen geschiktheid van schaarse middelen tot behoeftebevrediging dan wel iets wat te beschouwen is als de ‘vrucht’ van zijn arbeid. Nagaan tot op welk niveau van abstractie de zintuiglijk waarneembare kenmerken die te danken zijn aan het resultaat van inspanningen van een persoon, verschillen vertonen tegenover de zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen de relevante referentiegroep, waarrond aannemelijk is dat ze intellectuele arbeid vroegen, ziet de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ daarbij dus met name als de meest objectieve indicatie rond het ‘aanwendingsscala’ van het betrokken resultaat van intellectuele arbeid, de verscheidenheid aan kenmerken dus die incorporaties van inspanningen kunnen ontleen aan het betrokken resultaat van intellectuele arbeid, om hen geschikt te maken om bepaalde concrete bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen.

Een tweede assumptie waarop de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ steunt bij de invulling die ze verdedigt van de betrokken parameter rond de relevante graad van abstractie, is dan met name dus dat het aangewezen is indien een intellectueel recht, met het oog op een afstelling van zijn ingrijpen die passend rekening houdt met het ‘aanwendingsscala’ van het aan te nemen ‘resultaat’ van intellectuele arbeid, zich enkel richt naar de volgende beoordeling: of aan te nemen is dat het ‘aanwendingsscala’ van dit ‘resultaat’ van intellectuele arbeid te situeren is 1.), hetzij, op het niveau van de concrete vormgeving, omdat aan te nemen is dat de mogelijke toepassingen van dit resultaat van intellectuele arbeid om daadwerkelijk behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen de aanwending van een specifieke vormgeving niet overstijgen, 2.) hetzij, op het niveau van het ‘uitgewerkte idee’ omdat de mogelijke toepassingen van dit resultaat van intellectuele arbeid om daadwerkelijk behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen de aanwending van een specifieke vormgeving overstijgen.

Een eerste overweging van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ bij deze tweede assumptie, is dat een beoordeling rond de vraag, of aan te nemen is dat het ‘aanwendingsscala’ van een resultaat van intellectuele arbeid al dan niet gebonden is aan het voorliggen van een concrete vormgeving, een beoordeling is die veel steun kan vinden in zintuiglijk waarneembare kenmerken, maar dat een meer gedetailleerde beoordeling rond de graad van abstractie die het ‘aanwendingsscala’ dekt van een resultaat van intellectuele arbeid al snel veel subjectiever wordt. Vanuit die redenering neemt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ aan dat het aanvaarden van een variabele graad van abstractie bij het verlenen van bescherming op grond van een intellectueel recht, die in het licht van het concrete geval kan variëren van het niveau van de concrete ‘vormgeving’ tot het niveau van het ‘uitgewerkte idee’ of zelfs het ‘abstracte idee’, aanzet tot een afstelling van het betrokken ingrijpen die al te veel steunt op subjectieve appreciaties.

Een tweede overweging van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ bij de zonet vermelde tweede assumptie, is dat het niet aangewezen is om aan te nemen dat een intellectueel recht het niveau van abstractie van het ‘abstracte idee’ als leidraad kan nemen bij het toekennen en verlenen van zijn bescherming. De redenering hierbij is dan met name dat het niveau van abstractie van het ‘abstracte idee’ geen goed referentiepunt vormt om met het oog op het verzekeren van de ‘basiscausaliteit’ van het betrokken ingrijpen overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, inderdaad de concrete gevallen te traceren waarin het betrokken resultaat van inspanningen van een persoon ook inderdaad aan de basis ligt van een daadwerkelijke mogelijkheid om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten en die om die reden ook binnen het bereik kunnen vallen van een investeringsbescherming rond het betrokken resultaat van inspanningen. Het idee hierbij is dan met name dat pas bij een concretisering van een resultaat van intellectuele

arbeid tot op het niveau van het ‘uitgewerkte idee’ en zeker bij een concretisering tot op het niveau van de ‘vormgeving’, ook te beoordelen is *of* en *welke* concrete mogelijkheden om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten ook inderdaad te danken zijn aan het betrokken resultaat van intellectuele arbeid van een persoon.

In het kader van de uitvoering van de ‘denkoperatie rond verschillen’ met het oog op de beoordeling rond het toekennen van bescherming, is het, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, dan ten slotte belangrijk om op te merken dat de interactie tussen de zonet vermelde parameter rond de relevante graad van abstractie en de hierboven besproken parameter rond verschillen, voor het volgende fenomeen zorgt: hoe *hoger* een intellectueel recht *het niveau van abstractie* legt tot waar, met het oog op het toekennen van zijn bescherming, de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie van inspanningen dankt aan het te beoordelen resultaat van inspanningen, tegenover de zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen de relevante referentiegroep, verschillen moeten vertonen die intellectuele arbeid aannemelijk maken, *hoe diepgaander* de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen de betrokken relevante referentie-incorporatie van inspanningen ook zullen moeten *verschillen* tegenover de zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen de relevante referentiegroep om intellectuele arbeid aannemelijk te maken. Bekeken op een hoger niveau van abstractie geldt nu immers eenmaal dat een gelijke mate van concrete zintuiglijk waarneembare verschillen tussen de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen een relevante referentie-incorporatie van inspanningen en de zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen de relevante referentiegroep, minder snel intellectuele arbeid aannemelijk maken¹⁰⁶¹. Bekeken op een lager niveau van abstractie daarentegen zal een gelijke mate van concrete zintuiglijk waarneembare verschillen tussen de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen een relevante referentie-incorporatie van inspanningen en de zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen de relevante referentiegroep echter sneller intellectuele arbeid aannemelijk maken. Het voorbeeld van een glas en een kopje kan dit illustreren. Bekeken op het niveau van abstractie van het uitgewerkte idee om vloeistof op te slaan, zal een kopje onvoldoende verschillen van een glas dat zich in de relevante referentiegroep bevindt van zintuiglijk waarneembare manifestaties die de maker van het kopje kende, bij het vervaardigen van het kopje, om aan te nemen dat het bedenken van het uitgewerkte idee om vloeistof op te slaan dat toepassing vindt in het kopje, de maker ervan nog intellectuele arbeid vroeg. Bekeken op het niveau van abstractie van de concrete vormgeving, is echter wel aannemelijk dat een kopje voldoende verschilt van een glas dat zich in de relevante referentiegroep bevindt van zintuiglijk waarneembare manifestaties die de maker van het kopje kende bij het vervaardigen van het kopje, om aan te nemen dat het bedenken van de vormgeving van het kopje de maker ervan nog intellectuele arbeid vroeg.

¹⁰⁶¹ Vergelijk in die zin weliswaar rond de rol die de gehanteerde graad van abstractie heeft bij de vaststelling rond gelijkenissen, bijvoorbeeld: K. KOELMAN, *Auteursrecht en Technische Voorzieningen. Juridische en Rechtseconomische Aspecten van de Bescherming van Technische Voorzieningen* in ITeR-reeks, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2003, p. 225 en J. COHEN en M. LEMLEY, “Patent Scope and Innovation”, *California Law Review* 2001, p. 49.

B.2. 'Object'

Een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van een intellectueel recht specifiek op het vlak van de afbakening van het 'object' van de exclusieve bevoegdheid die een intellectueel recht verleent, vraagt, volgens de systematiek rond 'imitatieoordeel', dat het betrokken intellectueel recht concreet de volgende richtlijn aanhoudt: de afbakening van het 'object', aan de hand van zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften, richten op het traceren van die zintuiglijk waarneembare manifestaties waarover de rechthebbende, in beginsel, een controle dient te hebben om, met een zo beperkt mogelijke bescherming, dit wil zeggen met zo beperkt mogelijke bevoegdheden, passend het risico op 'imitatieoordeel' te neutraliseren rond het resultaat van intellectuele arbeid dat aanleiding gaf tot het toekennen van bescherming door het betrokken intellectuele recht. Hier bespreken we nu hoe de systematiek rond 'imitatieoordeel' deze richtlijn rond een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van de afbakening van het 'object' van de exclusieve bevoegdheid die een concreet intellectueel recht verleent, verder uitwerkt tot richtlijnen rond de concrete invulling van de vier archetypische parameters binnen de 'denkoperatie rond gelijkenissen'. In navolging van de theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten' neemt de systematiek rond 'imitatieoordeel' immers aan dat het aangewezen is om aan te nemen dat intellectuele rechten de afbakening van het 'object' van de exclusieve bevoegdheid die ze verlenen, als volgt sturen: door een concrete 'denkoperatie rond gelijkenissen' op te leggen waarbij hun bepalingen en beginselen rond de afbakening van het 'object' de invulling vastleggen van de parameters die de uitvoering beheersen van deze 'denkoperatie rond gelijkenissen'. Volgens de systematiek rond 'imitatieoordeel' laat deze veronderstelling immers toe om de betrokken afbakening van het 'object', zo objectief mogelijk af te stellen op alle feitelijke omstandigheden die bij deze beoordeling relevant zijn met het oog op het nagestreefde beleid, het vermijden van 'imitatieoordeel' door derden.

B.2.1. Relevante referentiekenmerken

Een eerste parameter binnen de 'denkoperatie rond gelijkenissen' betreft, volgens de hierboven besproken theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten', dus het bepalen van de relevante referentiekenmerken, binnen een relevante referentie-incorporatie van het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, die als geschikt uitgangspunt gelden om het 'object' af te bakenen. In het kader van deze parameter geeft een intellectueel recht volgens deze theorie, zoals aangegeven, het volgende aan: welke zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen een relevante referentie-incorporatie van een resultaat van inspanningen dat aanleiding gaf tot het toekennen van zijn bescherming, dan inderdaad als referentiepunt kunnen dienen om te beoordelen of een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie tot het 'object' behoort van de exclusieve bevoegdheid die het verleent naar aanleiding van dit 'resultaat' van inspanningen.

Met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van de afbakening van het 'object' van de verleende exclusieve bevoegdheid, dient een intellectueel recht de zonet vermelde parameter rond de relevante referentiekenmerken binnen de 'denkoperatie rond gelijkenissen', volgens de systematiek rond 'imitatieoordeel', zo in te vullen dat het volgende geldt: enkel de zintuiglijk waarneembare kenmerken van de relevante-referentie incorporatie die op zich genomen de beslissing tot het toekennen van bescherming kunnen verantwoorden in het licht van de 'denkoperatie rond verschillen', kunnen ook als uitgangspunt fungeren voor de afbakening van het 'object' van de verleende exclusieve bevoegdheid in het kader van de 'denkoperatie rond gelijkenissen'. Met deze invulling van de betrokken parameter rond de relevante referentiekenmerken wil de systematiek rond 'imitatieoordeel' in wezen een eerste aanknopingspunt creëren binnen de 'denkoperatie rond gelijkenissen' om het volgende toe te laten: dat de vaststellingen rond het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid die de uitvoering van de 'denkoperatie rond verschillen' op basis van de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen een relevante referentie-incorporatie aannemelijk maakte, ook naadloos kunnen doorvloeien in de afbakening van het 'object' via de uitvoering van de 'denkoperatie rond gelijkenissen' ten aanzien van diezelfde relevante referentie-incorporatie.

B.2.2. Abstractie

Een tweede parameter binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ betreft volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, dan een parameter rond de relevante graad van abstractie bij de afbakening van het ‘object’. In het kader van deze parameter geeft een intellectueel recht volgens deze theorie, zoals aangegeven, het volgende aan: het niveau van abstractie waarop een vergelijking door te voeren is tussen de kenmerken van een zintuiglijk waarneembare manifestatie en de relevante referentiekenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, om te beoordelen of deze zintuiglijk waarneembare manifestatie tot het ‘object’ behoort van de exclusieve bevoegdheid die het toekent naar aanleiding van dit ‘resultaat’ van inspanningen.

Met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van de afbakening van het ‘object’ van de verleende exclusieve bevoegdheid, dient een intellectueel recht de zonet vermelde parameter rond de relevante graad van abstractie binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan met name zo in te vullen dat het volgende geldt: het intellectuele recht vraagt om het niveau van abstractie van de ‘vormgeving’ dan wel het niveau van abstractie van het ‘uitgewerkte idee’ als leidraad te nemen bij het afbakenen van het ‘object’, naargelang rond dit intellectuele recht de initiële beleidskeuze gemaakt werd om dit bescherming te laten verlenen naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan het ‘aanwendingsscala’ te situeren is op, respectievelijk, het niveau van de concrete ‘vormgeving’ dan wel het niveau van het ‘uitgewerkte idee’. Ook hier is volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan opnieuw aan te nemen dat het ‘aanwendingsscala’ van een ‘resultaat’ van intellectuele arbeid te situeren is op het niveau van abstractie van de ‘vormgeving’ indien aan te nemen is dat de mogelijke toepassingen van dit resultaat van intellectuele arbeid om daadwerkelijk behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen gebonden zijn aan de aanwending van een specifieke vormgeving. In deze context is volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ integendeel opnieuw uit te gaan van een ‘aanwendingsscala’ van het betrokken ‘resultaat’ van intellectuele arbeid dat te situeren is op het niveau van abstractie van het ‘uitgewerkte idee’ indien aan te nemen is dat de mogelijke toepassingen van dit resultaat van intellectuele arbeid om daadwerkelijk behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen de aanwending van een specifieke vormgeving overstijgen.

Met de zonet omschreven invulling van de betrokken parameter rond de relevante graad van abstractie binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ wil de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ in wezen een tweede aanknopingspunt creëren binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ om het volgende toe te laten: dat de vaststellingen rond het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid die de uitvoering van de ‘denkoperatie rond verschillen’ op basis van de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen een relevante referentie-incorporatie aannemelijk maakte, ook naadloos kunnen doorvloeien in de afbakening van het ‘object’ via de uitvoering van de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ ten aanzien van diezelfde relevante referentie-incorporatie. De systematiek rond ‘imitatieoordeel’ neemt immers aan dat haar hierboven besproken assumpties om in het kader van de ‘denkoperatie rond verschillen’ rond het toekennen van bescherming, op passende wijze rekening te houden met het ‘aanwendingsscala’ van een concreet resultaat van intellectuele arbeid, ook toepassing vinden als het erop aankomt om binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ bij de afbakening van het ‘object’ passende rekening te houden met dit gegeven.

B.2.3. Gelijkenis

Een derde parameter binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ betreft, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, dan een parameter rond de vereiste mate van gelijkenissen bij de afbakening van het ‘object’. In het kader van deze parameter geeft een intellectueel recht volgens deze theorie, zoals aangegeven, het volgende aan: de mate van gelijkenissen die, op het relevante niveau van abstractie, moet bestaan tussen de relevante referentiekenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen en de kenmerken van een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, om deze andere zintuiglijk waarneembare manifestatie eventueel tot het ‘object’ te rekenen van de exclusieve bevoegdheid die het toekent naar aanleiding van dit ‘resultaat’ van inspanningen. Binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ functioneert de invulling van deze parameter rond gelijkenissen dus in nauw verband met de parameters rond de relevante referentiekenmerken en de relevante graad van abstractie.

Met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van de afbakening van het ‘object’ van de verleende exclusieve bevoegdheid, dient een intellectueel recht de zonet vermelde parameter rond gelijkenissen, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, zo in te vullen dat een zintuiglijk waarneembare manifestatie pas binnen het ‘object’ kan vallen indien het volgende geldt: de zintuiglijk waarneembare kenmerken van deze manifestatie vertonen een gelijkenis tegenover de, aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid te danken, relevante referentiekenmerken binnen de relevante referentie-incorporatie die, bekeken op het voor het betrokken intellectuele recht relevante niveau van abstractie en op het vlak van hun capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, een voldoende gelijkenis is om aannemelijk te maken dat de capaciteit van de betrokken zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen deze manifestatie om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen zou kunnen te danken zijn aan het betrokken, bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid.

Bij de invulling van deze parameter rond gelijkenissen komt het er volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dus in wezen op aan om, weliswaar in interactie met de overige parameters binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’, aan te sturen op de volgende, bipolaire beoordeling: in het licht van de betrokken gelijkenissen is *wel* of *niet* aannemelijk dat de betrokken zintuiglijk waarneembare kenmerken hun capaciteit tot het teweegbrengen van gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen zouden danken aan het betrokken, bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid. Ingebed binnen een test rond door ‘kennis’ te verklaren ‘gelijkenis’, bekeken op het relevante niveau van abstractie, vormen voldoende gelijkenissen, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, zoals aangegeven weliswaar een zo objectieve mogelijke indicator rond ‘imitatieoordeel’ ten aanzien van resultaten van intellectuele arbeid, maar ook geen indicator die volledig vrij is van in wezen subjectieve appreciaties. Om die reden acht de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ het aangewezen om bij de invulling van deze parameter rond gelijkenissen, in interactie met de overige parameters binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’, louter aan te sturen op een beoordeling rond de vraag of de vastgestelde gelijkenissen *wel* of *niet* aannemelijk maken dat de betrokken, gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken hun capaciteit tot het teweegbrengen van gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen zouden danken aan het betrokken, bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid. Het ingrijpen van een intellectueel recht, in deze context, een onderscheiden afstelling geven in het licht van beoordelingen rond het bestaan van onderscheiden graden van gelijkenissen, zet volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ immers al snel aan tot een afstelling van het betrokken ingrijpen die al te veel steunt op subjectieve appreciaties.

In het kader van de uitvoering van de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ met het oog op de afbakening van het ‘object’, hecht de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ veeleer belang aan het gegeven dat de interactie tussen de zonet vermelde parameter rond gelijkenissen en de hierboven besproken parameter rond de relevante graad van abstractie, voor het volgende fenomeen zorgt: hoe *hoger* het *niveau van abstractie* dat een intellectueel recht als leidraad neemt bij de test rond door ‘kennis’ te verklaren voldoende ‘gelijkenis’ in het licht van het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid, *hoe sneller* de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een zintuiglijk waarneembare manifestatie ook een *voldoende gelijkenis* zullen vertonen die toelaat om aan te nemen dat zij hun capaciteit tot het teweegbrengen van gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan het betrokken resultaat van intellectuele arbeid. Bekeken op een hoger niveau van abstractie geldt nu immers eenmaal dat een *gelijke mate* van concrete zintuiglijk waarneembare verschillen tussen de relevante referentiekenmerken binnen een relevante referentie-incorporatie van inspanningen en de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, minder snel een vaststelling van gelijkenissen teniet doen¹⁰⁶². Bekeken op een lager niveau van abstractie daarentegen zal een *gelijke mate* van

¹⁰⁶² Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: K. KOELMAN, *Auteursrecht en Technische Voorzieningen. Juridische en Rechtseconomische Aspecten van de Bescherming van Technische Voorzieningen* in ITeR-reeks, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2003, p. 225 (“*Hoe abstracter en algemener de elementen zijn die inbreuk opleveren, des te sneller wordt inbreuk gevonden en des te meer marktmacht heeft het recht tot gevolg.*”) en J. COHEN en M. LEMLEY, “Patent Scope and Innovation”, *California Law Review* 2001, p. 49 (“*In sum, just as in copyright cases comparison*

concrete zintuiglijk waarneembare verschillen tussen de relevante referentiekenmerken binnen een relevante referentie-incorporatie van inspanningen en de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, sneller een vaststelling van gelijkenissen teniet doen. Het voorbeeld van een glas en een kopje kan dit opnieuw illustreren. Bekeken op het niveau van abstractie van het ‘uitgewerkte idee’, zal een kopje dat gemaakt wordt door een persoon die op dat moment kennis heeft van het bestaan van een glas, onvoldoende verschillen van het glas, om de vaststelling teniet te doen dat aannemelijk is dat deze persoon bij het maken van het kopje aanwending maakt van het uitgewerkte idee om vloeistof op te slaan dat toepassing vindt in het glas. Bekeken op het niveau van abstractie van de concrete ‘vormgeving’ daarentegen, kan een kopje dat gemaakt wordt door een persoon die op dat moment kennis heeft van het bestaan van een glas, echter wel gemakkelijk voldoende verschillen van het betrokken glas, om de vaststelling teniet te doen dat aannemelijk is dat deze persoon bij het maken van het kopje aanwending maakt van het ‘vormgevingsidee’ dat toepassing vindt in het glas.

B.2.4. Relevantie van voldoende gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties

Een vierde parameter, ten slotte, binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ betreft, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, een parameter rond de concrete relevantie van gelijkenissen bij de afbakening van het ‘object’. In het kader van deze parameter geeft een intellectueel recht volgens deze theorie dan, zoals aangegeven, het volgende aan: welke eigenschappen de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een andere zintuiglijk waarneembare manifestaties nog moeten vervullen om ook daadwerkelijk binnen het ‘object’ te vallen van de exclusieve bevoegdheid die het betrokken intellectueel recht verleent naar aanleiding van het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *naast* het kenmerk van het vertonen van voldoende gelijkenissen daartoe, bekeken op het relevante niveau van abstractie, met de relevante referentiekenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan dit resultaat van inspanningen.

Met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van de afbakening van het ‘object’ van de verleende exclusieve bevoegdheid, dient een intellectueel recht zich, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, dan aan de volgende richtlijn te houden bij zijn invulling van de zonet vermelde parameter rond de concrete relevantie van gelijkenissen binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’: een intellectueel recht moet vereisen dat voldoende aannemelijk is dat een voldoende ‘gelijkenis’ om een zintuiglijk waarneembare manifestatie tot het ‘object’ te rekenen van de exclusieve bevoegdheid die het verleent naar aanleiding van het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid 1.) zijn verklaring kan vinden in ‘ontlening’ en 2.) *in concreto* resulteert in een bijkomende ‘zelfstandige mogelijkheid’ om de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten die te danken zijn aan dit resultaat van intellectuele arbeid. ‘Ontlening’ verwijst hierbij dan met name naar het gegeven dat een persoon *kennis* had van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid op het ogenblik dat hij overging tot een aanwending van ‘voldoende gelijkende’ kenmerken. Een bijkomende ‘zelfstandige mogelijkheid’ om de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten die te danken zijn aan het bescherming motiverend resultaat van intellectuele arbeid verwijst in dit verband dan concreet naar een mogelijkheid die een daadwerkelijk genot toelaat van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen waarvan de ruimtelijke en temporele limieten niet samenvallen met de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijk genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties die hij met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals hij deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken. Het vereiste rond ‘ontlening’ in de context van deze parameter acht de systematiek rond imitatievoordeel dan met name belangrijk met het oog op het traceren en neutraliseren van ‘imitatievoordeel’ omdat een persoon, zoals aangegeven, enkel kan steunen op ‘imitatievoordeel’ ten aanzien van een resultaat van intellectuele arbeid indien hij ook kennis heeft van de zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde geschiktheid tot het teweegbrengen van

at an overly general level of abstraction will tend to yield a finding of infringing similarity, so too with software patent cases.”).

behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan dit resultaat van intellectuele arbeid¹⁰⁶³. Het vereiste rond een bijkomende ‘zelfstandige mogelijkheid’ om de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten acht de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ belangrijk omdat ‘imitatievoordeel’ met het oog op het traceren en neutraliseren van ‘imitatievoordeel’ dit nu eenmaal een constitutief bestanddeel is van ‘imitatievoordeel’. De achterliggende redenering hierbij is, zoals aangegeven, dat een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht enkel daadwerkelijk nodig is met het oog op het vermijden van positieve externe effecten en het verhinderen van het stellen van inspanningen, indien een handeling van een andere persoon B aanleiding geeft tot een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die in wezen mogelijk gemaakt zijn door te steunen op (de positieve effecten van) het ‘resultaat’ van inspanningen van een persoon A, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen, die deze persoon A met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze persoon A deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken.

B.3. Exclusieve bevoegdheid

Een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van een intellectueel recht specifiek op het vlak van de afbakening van de exclusieve bevoegdheid die het verleent over het ‘object’, vraagt, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, dan dat het betrokken intellectueel recht concreet de volgende richtlijn aanhoudt: de afbakening van de exclusieve bevoegdheid over het ‘object’, aan de hand van zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften, richten op het traceren van die zintuiglijk waarneembare handelingen waarover de rechthebbende een controle dient te hebben om, met een zo beperkt mogelijke bescherming, dit wil zeggen met zo beperkt mogelijke bevoegdheden, passend het risico op ‘imitatievoordeel’ te neutraliseren rond het resultaat van intellectuele arbeid dat aanleiding gaf tot het toekennen van bescherming door het betrokken intellectuele recht.

In navolging van de hierboven besproken ‘imitatievoordeel’ benadering, neemt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ daarbij aan dat een dergelijke, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van de afbakening van de exclusieve bevoegdheid die een intellectueel recht verleent over het ‘object’, daarbij met name in wezen het volgende vraagt: om, zoals aangegeven, de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid te geven over zintuiglijk waarneembare handelingen van andere personen die aanleiding geven tot een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die in wezen mogelijk gemaakt zijn door te steunen op (de positieve effecten van) zijn ‘resultaat’ van inspanningen, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen, die deze rechthebbende met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken. Daarbij volgt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ de ‘imitatievoordeel’-benadering ook in de analyse dat een intellectueel recht, vanuit die optiek, de rechthebbende meer concreet een exclusieve bevoegdheid dient te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties die hun geschiktheid tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan (de positieve effecten van) zijn resultaat van intellectuele arbeid, indien deze zintuiglijk waarneembare handelingen:

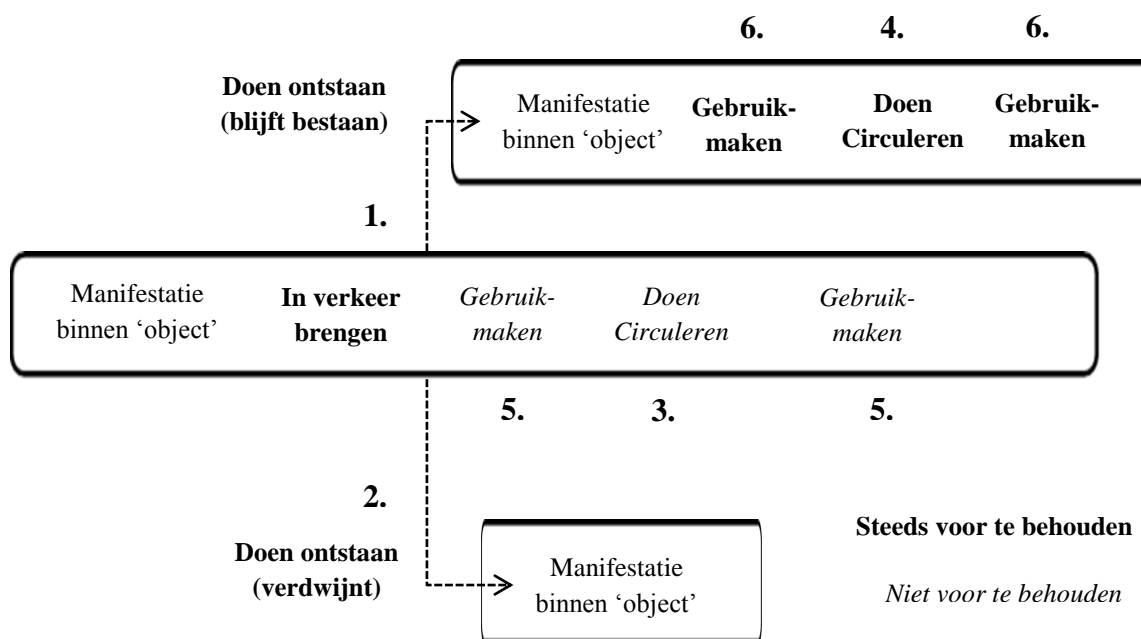
- 1.) hem hinderen om het ‘in verkeer brengen’ van de door hem vervaardigde specifieke incorporaties van (de positieve effecten van) zijn ‘resultaat’ van inspanningen, met name dus de *initiële afgifte* van de feitelijke macht over deze incorporaties, steeds afhankelijk te kunnen maken van zijn toestemming of
- 2.) een genot mogelijk maken van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door (de positieve effecten van) zijn ‘resultaat’ van inspanningen, *buiten* de temporele en ruimtelijke limieten van het mogelijk genot van deze bewustzijnsfenomenen door het

¹⁰⁶³ Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld: A. QUAEDVLIEG, “Beschermingsdrift: Een studie naar feiten en achtergronden rond sweat of the brow- of prestatiebescherming”, *B.I.E.* 1996, (Deel I) p.4-10 en (Deel II) p.51-60 (“Een keuze voor een ontleningsstelsel lijkt voor de hand te liggen, nu het bij sweat of the brow bescherming in de eerste plaats erom gaat te voorkomen dat kosteloos geprofiteerd wordt van investeringen etc; dat mag niet beletten dat iemand onafhankelijk die investeringen doet en gebruik maakt van de aldus bereikte resultaten.”).

gebruik van enkel die specifieke incorporaties die hij met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals hij deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken.

In dit onderdeel bespreken we nu hoe de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ haar zonet vermelde richtlijn rond een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afbakening van de exclusieve bevoegdheid die een intellectueel recht verleent over het ‘object’, verder uitwerkt tot richtlijnen rond de exclusieve bevoegdheid die een intellectueel recht de rechthebbende moet verlenen rond zintuiglijk waarneembare handelingen met een bepaalde archetypische rol in het *doen ontstaan* of *verderzetten* van ‘consumptieketens’ rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’¹⁰⁶⁴. In navolging van de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ neemt de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ immers aan dat het aangewezen is om aan te nemen dat intellectuele rechten de afbakening van de exclusieve bevoegdheid die ze verlenen over het ‘object’, als volgt sturen: door in hun bepalingen en beginselen rond deze afbakening van de betrokken exclusieve bevoegdheid zintuiglijk waarneembare handelingen aan te duiden ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ dat afgebakend is door de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’, in het licht van de rol die deze zintuiglijk waarneembare handelingen vervullen in het doen ontstaan of voortzetten van ‘consumptieketens’ rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid. Volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ laat deze veronderstelling immers toe om de afbakening van de exclusieve bevoegdheid die een intellectueel recht verleent over het ‘object’, zo objectief mogelijk af te stellen op alle feitelijke omstandigheden die bij deze beoordeling relevant zijn met het oog op het nagestreefde beleid, met name het vermijden van ‘imitatieoordeel’ door derden. Vanuit die optiek bespreken we in wat volgt dan ook met name welke zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van de zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ dat via de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ afgesteld is om ‘imitatieoordeel’ te traceren en te neutraliseren, gezien hun rol in het *doen ontstaan* of *verderzetten* van ‘consumptieketens’ ten aanzien van deze zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen dit ‘object’, net *wel* (B.3.1.) en net *niet* (B.3.2) onder de exclusieve bevoegdheid behoren te vallen van de rechthebbende met het oog op het traceren en passend neutraliseren van ‘imitatieoordeel’ door derden.

¹⁰⁶⁴ Een ‘consumptieketen’ verwijst in dit verband, zoals aangegeven, naar een reeks van één of meerdere zintuiglijk waarneembare handelingen, waarbij deze zintuiglijk waarneembare handelingen gekenmerkt zijn door de volgende eigenschappen: 1) deze handelingen worden na elkaar uitgevoerd ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie waarvan de zintuiglijk waarneembare kenmerken die ze dankt aan een bepaald resultaat van inspanningen een genot binnen specifieke ruimtelijke en temporele limieten toelaten van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door dit resultaat van inspanningen, en 2.) bij het zich voltrekken van deze handelingen ten aanzien van deze zintuiglijk waarneembare manifestatie dragen deze handelingen bij tot of resulteren ze in, een genot van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door het betrokken resultaat van inspanningen, *binnen* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen op grond van het gebruik van enkel die specifieke, zintuiglijk waarneembare manifestatie met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken.



B.3.1. Handelingen die een alternatieve consumptieketen doen ontstaan of voortzetten naast de 'consumptieketens' op grond van door de rechthebbende 'in het verkeer' gebrachte zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object'

Een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afbakening van de exclusieve bevoegdheid die een intellectueel recht verleent over het 'object', vraagt volgens de systematiek rond 'imitatievoordeel' in wezen steeds dat dit intellectuele recht de betrokken rechthebbende een exclusieve bevoegdheid verleent over zintuiglijk waarneembare handelingen met de volgende archetypische rol in het *doen ontstaan* of *voortzetten* van consumptieketens rond aan zijn bescherming motiverende 'resultaat' van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object' dat, zoals hierboven aangegeven, afgebakend is met het oog op het traceren van 'imitatievoordeel': het *doen ontstaan* of het *voortzetten* van een *alternatieve* consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen dit 'object', *naast* de 'consumptieketens' rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen dit 'object' die 'in het verkeer' gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende deze 'in het verkeer' bracht. Een zintuiglijk waarneembare handeling die op grond van zijn zintuiglijk waarneembare kenmerken de zonet aangehaalde rollen vervult, zal immers ook bijdragen tot of resulteren in een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die in wezen mogelijk gemaakt zijn door te steunen op (de positieve effecten van) zijn 'resultaat' van inspanningen, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van het betrokken 'resultaat' van inspanningen, die deze rechthebbende met zijn toestemming 'in het verkeer' bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende deze 'in het verkeer' bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken. In navolging van de hierboven besproken 'imitatievoordeel'-benadering', betekent dit dus dat ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare handeling die de zonet aangehaalde rollen vervullen daadwerkelijk een ingrijpen aan de orde is van het intellectuele eigendomsrecht én met het oog op het, conform economisch-utilitaristische overwegingen, vermijden en passend internaliseren van positieve *externe* effecten, én met het oog op het, conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, vermijden van het 'stelen' van inspanningen.

B.3.2. Handelingen die bestaande ‘consumptieketens’ voortzetten op grond van door de rechthebbende vrijwillig in het verkeer gebrachte zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’

Een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afbakening van de exclusieve bevoegdheid die een intellectueel recht verleent over het ‘object’, vraagt volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ in wezen ook dat dit intellectuele recht de betrokken rechthebbende *geen* exclusieve bevoegdheid verleent over zintuiglijk waarneembare handelingen met de volgende archetypische rol in het *doen ontstaan of voortzetten* van consumptieketens rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ dat, zoals hierboven aangegeven, afgebakend is met het oog op het traceren van ‘imitatievoordeel’: het *louter voorzetten* van een *bestaande* consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen dit ‘object’ die ‘in het verkeer’ gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende deze ‘in het verkeer’ bracht. Een zintuiglijk waarneembare handeling die op grond van zijn zintuiglijk waarneembare kenmerken de zonet aangehaalde rol vervult, zal immers *niet* bijdragen tot of resulteren in een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die in wezen mogelijk gemaakt zijn door te steunen op (de positieve effecten van) zijn ‘resultaat’ van inspanningen, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen, die deze rechthebbende met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken. In navolging van de hierboven besproken ‘imitatievoordeel’-benadering’, betekent dit dus, zoals aangegeven, dat ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare handeling die de zonet aangehaalde rol vervult niet daadwerkelijke nood is aan een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht met het oog op het, conform economisch-utilitaristische overwegingen, vermijden en passend internaliseren van positieve *externe* effecten, en al evenmin met het oog op het, conform deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, vermijden van het ‘stelen’ van inspanningen. Indien een intellectueel de rechthebbende wel een exclusieve bevoegdheid verleent over zintuiglijk waarneembare handelingen van andere personen die de zonet aangehaalde rol vervullen, dan houdt dit volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ immers veeleer een risico in dat het betrokken intellectuele recht daardoor het volgende doet: handelingen verhinderen van de betrokken andere personen die eigenlijk een welvaartsmaximaliserende aanwending zouden inhouden van de betrokken schaarse middelen en verzaken aan de plicht om personen ongerechtvaardigd te beperken in de uitoefening van hun natuurlijke rechten.

C. Een optimale afstelling van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’: het vermijden van ‘imitatievoordeel’ rond kenmerken ontleend aan handenarbeid

Vervolgens, gaan we nu in op de concrete richtlijnen die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ biedt om het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling te geven. Zoals hierboven vermeld, vertrekt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ hierbij dan opnieuw vanuit de veronderstelling dat deze richtlijnen deze beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht er in wezen moeten toe brengen om, in haar geheel, zoveel mogelijk het volgende te doen: aan de hand van zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften, koppelt de betrokken beschermingsregeling het verlenen van een bepaalde mate van bescherming aan het vervuld zijn van beschermingsvoorwaarden die peilen naar die relevante feitelijke omstandigheden die duiden op een risico op ‘imitatievoordeel’ dat door de toegekende mate van bescherming ook aan de hand van een zo beperkt mogelijke bescherming geneutraliseerd wordt. Daarnaast neemt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ daarbij, zoals aangegeven, dus ook aan dat een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ enkel mogelijk is indien dit intellectuele recht ingezet wordt om ‘imitatievoordeel’ te traceren en te neutraliseren rond kenmerken die voortvloeien uit *handenarbeid*.

In dit onderdeel bespreken we nu de richtlijnen die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ biedt rond een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van de onderscheiden componenten van een ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’. Daarbij gaan we dus in op de concrete

richtlijnen die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ vanuit deze optiek voorschrijft voor een invulling van de volgende parameters die ook volgens haar, in navolging van de hierboven besproken theorie rond ‘objectiefrechtelijke gedragsregels’, de afstelling beheersen van het verbod op ‘handelspraktijken’ die ‘parasitaire mededinging’ uitmaken: (C.1.) de kenmerken van de incorporatie van inspanningen die ‘gekopieerd’ werd, (C.2.) de mate van ‘gelijkenis’ door ‘ontlening’ om tot ‘kopiëren’ te besluiten en (C.3.) de kenmerken van het via ‘kopiëren’ verkregen ‘onrechtmatig voordeel’. Het is immers, zoals aangegeven, uiteindelijk de reikwijdte van dit verbod op ‘parasitaire mededinging’ dat ook de bakens uitzet voor de omvang van de bescherming die het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ biedt tegen ‘handelspraktijken’ die dit verbod overtreden en de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaden of kunnen schaden.

C.1. Kenmerken van de incorporatie van inspanningen die gekopieerd werd

Een eerste parameter die volgens de theorie rond ‘objectiefrechtelijke gedragsregels’ de afstelling beheerst van het verbod dat het recht inzake oneerlijke mededinging bepaalt op ‘handelspraktijken’ die ‘parasitaire mededinging’ uitmaken, betreft zoals aangegeven de *kenmerken* die de *incorporatie van inspanningen* van een andere onderneming moet vertonen opdat de ‘handelspraktijk’ die teruggaat op een ‘kopiëren’ ervan zou kunnen kwalificeren als ‘parasitaire mededinging’. Een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale invulling van deze parameter vraagt, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan met name het volgende: aan de hand van zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften vereisen dat de betrokken incorporatie van inspanningen die het voorwerp uitmaakte van het kopiëren, ook laat blijken dat zij een daadwerkelijke geschiktheid tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dankt aan de zintuiglijk waarneembare kenmerken die voortvloeien uit de inspanningen van de betrokken onderneming, strikt genomen uit haar handenarbeid. Deze richtlijn baseert de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ daarbij dan met name op de volgende overwegingen.

Ten eerste, neemt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ in dit verband aan dat het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ door de invulling van deze eerste parameter met name de volgende zintuiglijk waarneembare kenmerken moet vereisen van een incorporatie van inspanningen, als voorwaarde om handelingen, die teruggaan op het kopiëren van deze incorporatie van inspanningen, eventueel te verbieden als ‘parasitaire mededinging’: zintuiglijk waarneembare kenmerken die 1.) voldoende aannemelijk maken dat het gaat om een incorporatie van een resultaat van inspanningen dat inderdaad behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen toelaat en waarrond ‘imitatievoordeel’ mogelijk is en 2.) voldoende aannemelijk maken welke aanwending van gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten als eerste indicatie kan gelden om ‘imitatievoordeel’ te traceren ten aanzien van dit resultaat van inspanningen. Op deze manier een duidelijk beeld verlangen rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die het betrokken resultaat van inspanningen toelaat, is, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, met name nodig opdat het recht inzake oneerlijke mededinging een geschikt uitgangspunt zou hebben om, zoals economisch-utilitaristische overwegingen en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, zoals aangegeven, vragen, de volgende ‘basiscausaliteit’ te kunnen bereiken bij zijn ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’: dat de concrete gevallen waarin een beroep mogelijk is op dit ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, ook gelijke tred houden met de concrete gevallen waarin de inspanningen van de betrokken onderneming, ook daadwerkelijk aan de basis liggen van, respectievelijk, een toegenomen geschiktheid van schaarse middelen tot behoeftebevrediging dan wel iets wat te beschouwen is als de ‘vrucht’ van haar arbeid. Hierbij is dan op te merken dat de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ het enkel wezenlijk acht dat het recht inzake oneerlijk mededinging in het kader van deze eerste parameter vereist dat een ‘resultaat’ van inspanningen de drempel bereikt dat het behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen mogelijk maakt waarrond imitatievoordeel mogelijk is. Of de betrokken inspanningen om deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen mogelijk te maken daarbij voor het overige een zekere drempel bereiken, bijvoorbeeld aan intensiteit, heeft volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ weinig belang in het licht van het traceren van een aanwending van (de positieve effecten van) deze inspanningen met het oog op het vermijden van ‘imitatievoordeel’. Ook geringe inspanningen kunnen immers ‘gestolen’ worden of aanleiding geven tot positieve *externe* effecten.

Ten tweede, neemt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan aan dat het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ strikt genomen pas een, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, daadwerkelijk optimale invulling kan krijgen, indien het zich via de invulling van de zonet aangehaalde eerste parameter, toelegt op het

verhinderen van ‘parasitaire mededinging’ ten aanzien van ‘resultaten’ van handenarbeid. De verklaring hiervoor is, zoals aangegeven, in essentie dat het in de context van resultaten van intellectuele arbeid onnodig omslachtig is om ‘imitatievoordeel’ te traceren aan de hand van de archetypische test die het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ in beginsel hanteert om zijn bescherming af te bakenen, een test die focust op het geheel van de begeleidende, feitelijke omstandigheden rond een ‘kopiëren’, terwijl ‘imitatievoordeel’ zich in dat geval ook betrouwbaar laat traceren aan de hand van de beperktere test die intellectuele rechten archetypische hanteren om hun bescherming af te bakenen, met name een test rond door ‘kennis’ te verklaren voldoende ‘gelijkenis’, bekeken op het relevante niveau van abstractie. Een belangrijke nuancering hierbij is, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, echter, zoals aangegeven dat, indien er *geen* intellectueel recht is waarvan de concrete beschermingsregeling toelaat om op te treden ten aanzien van een concreet geval van ‘imitatievoordeel’ rond een bepaald resultaat van *intellectuele arbeid*, er rekening mee te houden is dat toch een optreden toelaten tegen deze aanwending van ‘imitatievoordeel’ op grond van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, uiteindelijk veelal wenselijker zal zijn dan *geen* optreden toelaten tegen deze aanwending van ‘imitatievoordeel’.

C.2. Teruggaan op een ‘kopiëren’

Een tweede parameter die volgens de theorie rond ‘objectiefrechtelijke gedragsregels’ de afstelling beheerst van het verbod dat het recht inzake oneerlijke mededinging bepaalt op ‘handelspraktijken’ die ‘parasitaire mededinging’ uitmaken, betreft, zoals aangegeven, het volgende: de *mate van ‘gelijkenis’ door ‘ontlening’* die moet bestaan tussen de zintuiglijk waarneembare kenmerken waarop een ‘handelspraktijk’ betrekking heeft en de zintuiglijk waarneembare kenmerken die te danken zijn aan het resultaat van inspanningen van een andere onderneming, om aan te nemen dat deze ‘handelspraktijk’ inderdaad teruggaat op een ‘kopiëren’ van de incorporatie van de inspanningen van een andere onderneming en dus kan kwalificeren als ‘parasitaire mededinging’. Een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale invulling van deze parameter vraagt, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan met name het volgende: aan de hand van zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften, aangeven dat het aanvaarden van een dergelijk ‘kopiëren’ vereist dat sprake is van een door ‘ontlening’ – *kennis* dus¹⁰⁶⁵ – te verklaren voldoende mate van *gelijkenis* tussen de zintuiglijk waarneembare kenmerken waarop een ‘handelspraktijk’ betrekking heeft en de zintuiglijk waarneembare kenmerken die te danken zijn aan het ‘resultaat’ van inspanningen van de betrokken andere onderneming om aannemelijk te kunnen maken dat deze ‘handelspraktijk’ steunt op dit eerdere ‘resultaat’ van inspanningen van deze andere onderneming om, via gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen mogelijk te maken¹⁰⁶⁶. Hierbij is dan echter meteen op te merken

¹⁰⁶⁵ Hierbij is op te merken dat indien vaststaat dat een andere persoon *geen kennis* had van de zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die te danken zijn aan een ‘resultaat’ van inspanningen van een initiële maker, en deze andere persoon vervolgens niettemin een aanwending maakt van voldoende *gelijkende* zintuiglijk waarneembare kenmerken om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te realiseren, dan steeds het volgende geldt: deze andere persoon kwam op grond van eigen ‘adequate inspanningen’ tot deze aanwending van de betrokken voldoende gelijkende kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, en steunde daarbij niet op het ‘resultaat’ van inspanningen van de betrokken initiële maker om zich de nodige inspanningen uit te sparen om tot een overname of aanwending te komen van de betrokken voldoende gelijkende kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen. Het feit dat de andere persoon *geen kennis* had van de zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die te danken zijn aan het ‘resultaat’ van inspanningen van de initiële maker, impliceert volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan immers het volgende, in de zonet omschreven constellatie van feitelijke omstandigheden: de inspanningen van deze ander persoon om tot de aanwending te komen van de betrokken voldoende gelijkende kenmerken blijken ook, op zich genomen en zonder de mogelijkheid om kenmerken over te nemen of aan te wenden die een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie dankt aan een eerder resultaat van inspanningen, te volstaan om tot een aanwending te komen van de betrokken zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan verbonden capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen.

¹⁰⁶⁶ Vergelijk op dit bijvoorbeeld: H. KÖHLER, “UWG § 4 Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen” in H. KÖHLER en J. BORNKAMM, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, München, C.H. BECK, 2011, nr. 9.34 (Waar deze rond het begrip ‘Nachahmung einer Ware oder Dienstleistung’ stelt: “Der Begriff hat eine

dat, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, de vaststelling van de zonet omschreven ‘gelijkenis’ door ‘ontlening’ om een ‘kopiëren’ te aanvaarden, daarbij, bij de afstelling van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ met het oog op het vermijden van ‘imitatievoordeel’, telkens echter slechts één omstandigheid vormt binnen het geheel van feitelijke omstandigheden die bepalen of de ‘handelspraktijk’ die teruggaat op het betrokken ‘kopiëren’, ook ‘parasitaire mededinging’ uitmaakt¹⁰⁶⁷. Waar het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ ingezet wordt om ‘imitatievoordeel’ te traceren en te neutraliseren rond ‘resultaten’ van handenarbeid, laat, zoals aangegeven, immers enkel een toetsing van het geheel van de feitelijke omstandigheden rond een ‘kopiëren’ en met name een onderzoek van de omstandigheden rond de concrete werkwijze die een persoon daarbij hanteerde om tot *gelijkende* zintuiglijk waarneembare kenmerken te komen, ook een besluit toe of in een concreet geval sprake is van een aanwending van ‘imitatievoordeel’ rond een bepaald ‘resultaat’ van handenarbeid.

C.3. Kenmerken van het behaalde voordeel

Een derde parameter, ten slotte, die volgens de theorie rond ‘objectiefrechtelijke gedragsregels’ de afstelling beheerst van het verbod dat het recht inzake oneerlijke mededinging bepaalt op ‘handelspraktijken’ die ‘parasitaire mededinging’ uitmaken, betreft, zoals aangegeven, de *kenmerken* van het *voordeel* dat de ‘handelspraktijk’ op grond van het ‘kopiëren’ van een incorporatie van de inspanningen van een andere onderneming moet opleveren om te kunnen kwalificeren als ‘parasitaire mededinging’. Een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale invulling van deze parameter vraagt, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan met name het volgende: aan de hand van zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften, aangeven dat een ‘handelspraktijk’ die teruggaat op het ‘kopiëren’ van een incorporatie van het ‘resultaat’ van inspanningen van een andere onderneming, aanleiding moet geven tot ‘imitatievoordeel’ om te kwalificeren als ‘parasitaire mededinging’. Binnen deze richtlijn verwijst ‘imitatievoordeel’ dan met name, zoals aangegeven, naar de specifieke omstandigheid waarin een overname of aanwending van de kenmerken en de daaruit volgende, gekende capaciteit om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, die een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie dankt aan een bepaald resultaat van inspanningen van een eerste persoon, gepaard gaat met het volgende: een andere persoon kan via ‘inadequate’ inspanningen een genot van dezelfde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen realiseren op grond van gelijkaardige kenmerken, *buiten* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het genot van dezelfde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat mogelijk is door het gebruik van enkel de ongewijzigde incorporaties van het betrokken resultaat van inspanningen die deze eerste persoon, met zijn toestemming, in het verkeer bracht¹⁰⁶⁸.

hersteller- und eine produktbezogene Komponente: Erstens muss dem Hersteller im Zeitpunkt der Herstellung des Produkts das Original als Vorbild bekannt gewesen sein. Bei einer selbstständigen Zweitentwicklung ist daher schon begrifflich eine Nachahmung ausgeschlossen. ... Zweitens muss das Produkt (oder ein Teil davon) mit dem Originalprodukt übereinstimmen oder ihm zumindest so ähnlich sein, dass es sich in ihm wiedererkennen lässt. Das Originalprodukt muss zwar nicht in allen seinen Gestaltungsmerkmalen übernommen worden sein.”)

¹⁰⁶⁷ Vergelijk in die zin, zoals aangegeven, ook bijvoorbeeld: Cour de Paris 13 februari 1984, *Ann.* 1984, p. 85 en E. KÖRNER, “Das allgemeine Wettbewerbsrecht des UWG als Auffangtatbestand für fehlgeschlagenen oder abgelaufenen Sonderrechtsschutz”, in H.-J. AHRENS, J. BORNKAMM en H. KUNZ-HALLSTEIN (eds), *Festschrift für Eike Ullman*, Saarbrücken, Juris, 2006, p. 705-706 (“*Obgleich die Nachahmung eines Vorbilds tatbestandliche Voraussetzung für das eingreifen wettbewerbsrechtlicher Vorschriften ist, kann allein das Vorliegen dieses Merkmals nicht zu einer generellen Anwendung des Wettbewerbsrechts neben dem bestehenden Sonderrechtsschutz führen. Dies ist vor allem um deswillen nicht hinnehmbar, weil damit alle tatbestandlichen Begrenzungen des bestehenden Sonderrechtsschutzes aus den Angeln gehoben würden, was besonders evident ist im Falle des zeitlichen Ablaufs eines Sonderschutzrechts, der im Interesse des Fortschritts oder der Wettbewerbsfreiheit eine derartige Nachahmung gerade gestatten will.*”).

¹⁰⁶⁸ In die zin ook: A. QUAEDVLIEG, “Beschermingsdrift: Een studie naar feiten en achtergronden rond sweat of the brow- of prestatiebescherming”, *B.I.E.* 1996, (Deel II) p. 53 (Die voorstelt om het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging te richt op het voorliggen van ‘kopieergemak’ en ‘kopieergemak’ daarbij zoals gezegd als volgt typeert: “...kopieergemak ofwel overnamegemak in ruime zin: het kost moeite, tijd en geld om een geestelijke prestatie tot stand brengen, en het kost maar een fractie van al die investeringen om de prestatie over te nemen, met als hoogtepunt de razendsnelle en perfecte digitale kopie.”) Vergelijk op dit punt ook: Brussel 7 december 2006, *T.B.H.* 2007, p. 580 (p.582-583) en Brussel 18 september 2003, *JLMB* 2004, p. 1630 (p. 1631) (“*celui qui copie ou imite doit tirer profit des efforts et investissements de l’autre vendeur, quelle qu’en soit la forme; c’est le cas notamment lorsque le copieur évite ainsi des frais de recherche et de développement du produit ou profite de*

Verder bouwend op de hierboven besproken analyse rond ‘consumptieketens’, neemt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ in dit verband dan overigens aan dat een ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ de taak toekomt om op te treden tegen een ‘handelspraktijk’ die teruggaat op een, op ‘imitatievoordeel’ steunend, ‘kopiëren’ van een incorporatie van het resultaat van inspanningen van een onderneming, indien vaststaat dat deze ‘handelspraktijk’ het volgende doet: het *doen ontstaan* of het *voorzetten* van een *alternatieve* consumptieketen rond aan dit resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen op grond van een dergelijke, via ‘imitatievoordeel’, verkregen ‘kopie’, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van incorporaties van dit resultaat van inspanningen die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de betrokken onderneming. Los van het feit dat een ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ hierbij dus niet kan steunen op een door de ‘denkoperatie rond gelijkenis’ afgebakend ‘object’ om ‘imitatievoordeel’ te traceren, zijn de soort zintuiglijk waarneembare handelingen waartegen het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, in beginsel, dient op te treden met het oog op het verhinderen van ‘imitatievoordeel’, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, dus *mutatis mutandis* dezelfde deze waartegen intellectuele rechten vanuit die optiek dienen op te treden.

3.2.4. Valabele en noodzakelijke differentiaties van de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht

Vervolgens bespreken we nu, zoals aangegeven, de concrete richtlijnen die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ biedt rond de valabele en noodzakelijke ‘differentiaties’ in de concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht met het oog op een, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Daarbij gaat het dan met name om de opvattingen van deze systematiek rond ‘imitatievoordeel’ in verband met het ‘arsenaal’ aan ‘differentiaties’ in de concrete afstelling van beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, dat *valabel* en *noodzakelijk* is opdat het intellectuele eigendomsrecht steeds een beschermingsregeling zou paraat hebben om het volgende te doen: in het licht van de betrokken feitelijke omstandigheden een, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal optreden toelaten van intellectuele rechten of het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ met het oog op het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht¹⁰⁶⁹. De typering van de betrokken ‘differentiaties’ in de concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht als ‘*valabel*’ slaat ditmaal dan concreet op het feit dat de betrokken beschermingsregelingen gedragsvoorschriften voorschrijven rond het verlenen van een investeringsbescherming waarvan de inhoud en de mate van precisering voldoende aansluit bij de hierboven beschreven concrete richtlijnen die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ voorstaat om een afzonderlijk beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht een, binnen de specifieke focus van ons

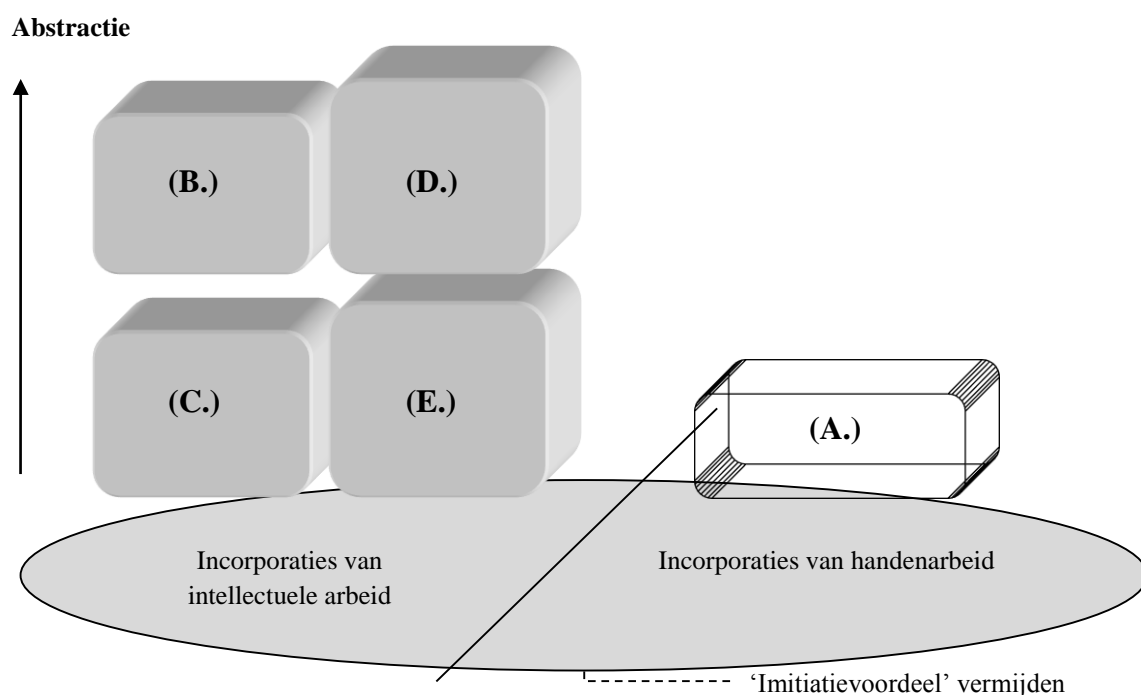
la publicité effectuée par le créateur original;”) en Bundesgerichtshof 10 december 1988, *GRUR* 1988, p. 308 (p. 310 “*Es sei aufgrund des unstreitigen Vortrags der Parteien, der überreichten Unterlagen und der Aussagen der in beiden Instanzen vernommenen Zeugen erwiesen, daß die Bekl. die von der Kl. veröffentlichten Meldungen in ihre "B-Objektkartei" inhaltlich unverändert mit nur geringfügigen äußerlichen Änderungen übernehme und mit nur unwesentlicher Verspätung den Interessenten anbiete. Damit werde die Kl. um die ihr billigerweise zustehenden Früchte ihrer Arbeit gebracht. Die Bekl. könne aufgrund der unmittelbaren Übernahme der Informationen sich die erheblichen Gestehungskosten im wesentlichen ersparen und mit lediglich geringfügiger zeitlicher Verzögerung dieselben Informationen wesentlich günstiger anbieten, so daß die Kl. nicht mehr wettbewerbsfähig bleiben könne und der Fortbestand ihres Betriebes in Frage gestellt werde. ...Danach konnte das BerG ohne Rechtsfehler diese systematische identische Übernahme der wettbewerblichen Leistung der Kl. als unlauter im Sinne von § 1 UWG ansehen. Die Bekl. eignet sich diese Leistung auf planmäßige Weise weitgehend an,...*”).

¹⁰⁶⁹ Nog preciezer gaat het er bij deze opvattingen dan met name om welke van de mogelijke combinaties om de componenten van de relevante gedragsvoorschriften van het *middel* van het archetypische ingrijpen van intellectuele rechten of van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ af te stellen op de kenmerken van incorporaties van inspanningen en andere zintuiglijk waarneembare manifestaties, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ valabel en noodzakelijk zijn om naar aanleiding van onderscheiden soorten incorporaties van inspanningen telkens in een optimaal ingrijpen te voorzien met het oog op het verlenen van een investeringsbescherming die zo conform mogelijk is én aan utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen én aan overwegingen rond een aangewezen precisering en differentiatie van gedragsvoorschriften.

onderzoek, optimale afstelling te geven. De kwalificatie van de betrokken ‘differentiaties’ in de concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht als ‘noodzakelijk’ verwijst daarbij dan met name naar het gegeven dat de betrokken beschermingsregelingen, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, nodig en wenselijk zijn omdat, geredeneerd vanuit de ‘logica’ van deze systematiek, te verwachten is dat deze concrete beschermingsregelingen het volgende zullen doen: een bijdrage leveren tot een meer gerechtvaardigde investeringsbeschermingsregeling rond de incorporaties van inspanningen waarop ze betrekking hebben, die ook voldoende opweegt tegen de eventueel toenemende, juridische inspanningen die de differentiatie van gedragsvoorschriften die deze beschermingsregeling inhoudt, met zich meebrengt om regelingen rond de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging toepassing te laten vinden.

In dit verband, geldt volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan met name dat, met het oog op het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, het intellectuele eigendomsrecht enkel die concrete beschermingsregelingen dient te omvatten die nodig zijn om een implementatie te geven aan elk van de volgende theoretische modellen van een ingrijpen van intellectuele rechten dan wel een ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’:

- (A.) een ingrijpen tegen ‘parasitaire kopiëren’
- (B.) een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *esthetische* beleving *niet gebonden* is aan een concrete vormgeving
- (C.) een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *esthetische* beleving *gebonden* is aan een concrete vormgeving
- (D.) een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving *niet gebonden* is aan een concrete vormgeving
- (E.) een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving *gebonden* is aan een concrete vormgeving



In dit onderdeel bespreken we nu de analyse die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ maakt in verband met de *valabele* en *noodzakelijke* ‘differentiaties’ in de concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, met het oog op een, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht gericht op het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. In eerste instantie (A.-E.), gaan we met name dieper in op de inhoud van de zonet aangehaalde theoretische modellen van een ingrijpen van intellectuele rechten en van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ bij deze analyse naar voorschuift als leidraad voor *valabele* en *noodzakelijke* ‘differentiaties’ van concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht. Daarna (F.) bespreken we de achterliggende analyse die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ maakt om in dit verband net die theoretische modellen van een ingrijpen van intellectuele rechten en van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ als leidraad voorop te stellen voor *valabele* en *noodzakelijke* ‘differentiaties’ van concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht. Doorheen de bespreking van de zonet aangehaalde punten, besteden we daarbij ook telkens bijzondere aandacht aan de inzichten die de betrokken analyse van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ ons oplevert met het oog op het beantwoorden van onze specifieke onderzoeksvraag, met name dus de vraag of de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken een wenselijke specialisatie inhouden binnen het intellectuele eigendomsrecht, op het vlak van het verlenen van een investeringsbescherming.

A. Een ingrijpen tegen parasitaire mededinging rond handenarbeid

Om steeds een optimaal ingrijpen paraat te hebben met het oog op het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, is het volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ in de eerste plaats dus *valabel* en *noodzakelijk* dat het intellectuele eigendomsrecht in een concrete beschermingsregeling voorziet die het volgende theoretische model implementeert: een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’. Dit theoretische model verwijst daarbij dan met name, in essentie, naar een ingrijpen dat: 1.) alle personen verbiedt om zintuiglijk waarneembare handelingen te stellen die teruggaan op een ‘kopiëren’ van een incorporatie van het ‘resultaat’ van inspanningen van een andere persoon, indien deze handelingen, in het licht van het geheel van de concrete omstandigheden errond toelaten om ‘imitatievoordeel’ te realiseren en 2.) daarbij, belanghebbende personen een relatieve bevoegdheid geeft om de naleving af te dwingen van dit verbod. Daarbij neemt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ aan dat zintuiglijk waarneembare handelingen toelaten om ‘imitatievoordeel’ te realiseren, indien zij derden toelaten om een *alternatieve* consumptieketen te doen ontstaan of voort te zetten rond het aan een resultaat van inspanningen van een persoon te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van een, via ‘imitatievoordeel’ verkregen, ‘kopie’ van een incorporatie van dit resultaat van inspanningen, *naast* de ‘consumptieketen’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van de incorporaties van dit resultaat van inspanningen die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de betrokken persoon (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze persoon deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken.

De geldigheid van het zonet omschreven theoretisch model van een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, is volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan met name, in essentie, als volgt te motiveren in het licht van de specifieke focus van ons onderzoek: een dergelijk ingrijpen laat toe om, met zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften en een zo beperkt mogelijke toekenning van bevoegdheden aan individuen, ‘imitatievoordeel’ te traceren en passend te neutraliseren rond resultaten van handenarbeid. Het traceren en passend neutraliseren van ‘imitatievoordeel’ rond resultaten van *handenarbeid* vraagt volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, zoals aangegeven, immers om een ingrijpen dat het geheel van de feitelijke omstandigheden rond zintuiglijk waarneembare handelingen toetst, met name ook de omstandigheden rond de concrete werkwijze die een persoon daarbij hanteert om tot een overname of aanwending te komen van gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken als deze die hij reeds kent van de incorporatie van inspanningen van een andere persoon. Hoewel dit model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’, door de brede toetsing die het vraagt rond het geheel van de betrokken feitelijke omstandigheden, pas echt optimaal functioneert, beoordeeld vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, in zoverre het ingezet wordt om ‘imitatievoordeel’ te verhinderen rond resultaten van

handenarbeid is het volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, zoals aangegeven, in de praktijk echter onwenselijk om uit te sluiten dat ook een beroep mogelijk zou zijn op een dergelijk ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’ met het oog op het verhinderen van ‘imitatievoordeel’ rond resultaten van *intellectuele arbeid* dat zich nochtans laat traceren via een beperktere toetsing rond door ‘kennis’ te verklaren ‘gelijkenis’, bekeken op het relevante niveau van abstractie

Het zonet beschreven theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitaire kopiëren’, ziet de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan met name als passende leidraad voor de volgende concrete beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht, met het oog op het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht: het ingrijpen rond resultaten van *handenarbeid* door het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, de naburige rechten en het databankenrecht *sui generis*. Waar de zonet aangehaalde concrete beschermingsregelingen dan in wezen een zelfde theoretisch model implementeren, is, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan echter te betwijfelen of dit ook een ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften inhoudt gericht op het verlenen van een investeringsbescherming waarvan de bijdrage tot een meer gerechtvaardigde regeling hoger is als de toename van juridische inspanningen die deze ‘differentiatie’ teweegbrengt om beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht toepassing te laten vinden.

In het licht van onze onderzoeksvraag gaan we op dit punt dan ook dieper in op de argumentatie van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ om te stellen dat het databankenrecht *sui generis* zich, met het oog op het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, dient te richten naar het zonet beschreven theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitaire kopiëren’.

Voor haar stelling dat het theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitaire kopiëren’ de passende leidraad vormt voor het databankenrecht *sui generis*, start de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ daarbij dan met name van een observatie rond het ontwikkelingsproces en het functioneren van het aspect van databanken waarop het databankenrecht *sui generis* volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ *prima facie* focust bij het uitwerken van zijn beschermingsregeling: het aspect van databanken dat zij een verzameld geheel van elementen omvatten dat 1.) resulteert uit de inspanningen rond het verkrijgen, het controleren en het presenteren van elementen¹⁰⁷⁰ waarvan de eigenschappen bepaalde vooropgestelde criteria vervullen¹⁰⁷¹ en dat 2.) aan deze aggregatie-prestatie ook een geschiktheid tot het teweegbrengen van *functionele* behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ontleent, met name op het vlak van het verschaffen van kennis rond het bestaan en de eigenschappen van de verzamelde elementen. Volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ is er in dit verband dan met name rekening mee te houden dat de betrokken geschiktheid tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen van dit verzamelde geheel van elementen binnen een databank niet zelden te danken is aan een aggregatie-prestatie om tot dit verzamelde geheel van elementen te komen die *handenarbeid* uitmaakt. Concreet is hierbij volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan bijvoorbeeld te denken aan het verzamelen

¹⁰⁷⁰ Zie in die zin: art. 7.1. Richtlijn Databanken en art. XI.306., lid 1 WER (oud art. 3, lid 1 Wet Databanken). Zie ook LEISTNER die het voorwerp van het databankenrecht *sui generis* omschrijft als “*die Datenbank als Substrat der in ihr verkörperten immateriellen Investitionsleistung*” M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 148.

¹⁰⁷¹ De verwijzing in de juridische definitie van een ‘databank’, naar het ‘*systematisch of methodisch geordend*’ zijn van de elementen van een ‘databank’ (Zie: art. 1.2. Richtlijn Databanken en art. I.13., 6° WER (oud art. 2.1. Databankenwet) veronderstelt, volgens ons, immers ook dat het gaat om afzonderlijke elementen die zich op grond van hun eigenschappen laten inpassen binnen een ordening van elementen in het licht van voor derden begrijpelijke criteria. Vergelijk op dit punt THUM die aangeeft dat een ordening als ‘systematisch’ of ‘methodisch’ zal gelden “(s)oweit diese Kriterien für einen Dritten „nachvollziehbar“ sind und damit die Wiederauffindbarkeit der einzelnen Elemente prinzipiell gegeben ist,...”) D. THUM, “UrhG § 87a Begriffsbestimmungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 27; Zie ook: E. Derclaye, “What is a Database? – A Critical Analysis of the Definition of a Database in the European Database Directive and Suggestions for an International Definition”, *Journal of World Intellectual Property* 2002, p. 992 (“*the arrangement must be sufficiently useful, i.e. that a sufficient number of people must be able to use the collection in order for it to qualify as a database*”).

van elementen dat, door de gedetailleerde selectiecriteria die het conceptuele ontwerp van de databank reeds aanleverde, geen verder denkwerk vraagt of bijvoorbeeld aan het manueel invoeren in een elektronische databank van gegevens die tot dan toe enkel beschikbaar waren op een papieren drager¹⁰⁷².

Vervolgens observeert de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan dat, in beginsel, aan te nemen is dat de aggregatie-prestatie om tot het verzamelde geheel van elementen te komen dat de inhoud uitmaakt van een databank, ook wanneer het hierbij om *handenarbeid* gaat, een kwetsbaarheid vertoont ten aanzien van ‘imitatievoordeel’ die, met het oog op het vermijden van ‘imitatievoordeel’, om een ingrijpen vraagt op grond van het intellectuele eigendomsrecht. Ten aanzien van een dergelijk, op grond van *handenarbeid* verzameld geheel van elementen binnen een ‘databank’, zullen zich volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ in de regel dan immers technische middelen aanbieden die toelaten om, op grond van ‘inadequate inspanningen’, tot een kopie te komen van het initiële verzamelde geheel van elementen binnen de betrokken ‘databank’ die niettemin over een zelfde capaciteit beschikt tot het verschaffen van informatie rond het bestaan en de eigenschappen van de verzamelde elementen als deze die het betrokken, initiële verzamelde geheel van elementen binnen deze ‘databank’ dankt aan de geleverde *handenarbeid*. In dit verband is dan bijvoorbeeld te denken aan een cd-writer die toelaat om met ‘inadequate inspanningen’ tot een cd-rom te komen die een kopie is van de initiële cd-rom met alle e-mailadressen van de bewoners in een bepaalde wijk die een persoon heeft tot stand gebracht door van deur tot deur te gaan en mensen te bevragen. Hierbij is dan echter evengoed te denken aan het met potlood en papier overschrijven van diezelfde initiële lijst met e-mailadressen, aangezien dit evengoed de inspanningen uitspaart om van deur tot deur te gaan en mensen te bevragen. Bij de aggregatie-prestatie om tot het verzamelde geheel van elementen te komen dat de inhoud uitmaakt van een databank, is er volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dus steeds rekening mee te houden dat het hierbij gaat om een geval waarin het ‘resultaat’ van *handenarbeid* van een persoon niet enkel te genieten is via die zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon zelf vervaardigde en waarbij dus, zoals de hierboven vermelde ‘imitatievoordeel’-benadering aangeeft, een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht aan de orde is om steeds het ‘stelen’ van inspanningen of positieve externe effecten te kunnen vermijden.

In het licht van haar analyse van het risico op ‘imitatievoordeel’ dat zich voordoet rond de aggregatie-prestatie in de inhoud van een databanken, acht de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ het dan met name aangewezen om dit risico te traceren en te neutraliseren door een bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht die het hierboven vermelde, theoretische model implementeert van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’. Binnen het hierboven aangehaalde, totale ‘arsenaal’ van *valabele* en *noodzakelijk* ‘differentiaties van beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, laat enkel de omzetting van dit theoretische model volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ immers toe om op passende wijze rekening te houden met het gegeven dat het gaat om het vermijden van ‘imitatievoordeel’ rond resultaten van *handenarbeid*.

Op grond van de zonet vermelde analyse komt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan met name tot de conclusie dat het ingrijpen van het databankenrecht *sui generis* zich dient te richten naar het hierboven vermelde, theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’. Volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ is het ingrijpen van het databankenrecht *sui generis* zelfs incoherent met het oog op het vermijden van ‘imitatievoordeel’ indien dit toch een intellectueelrechtelijke bescherming zou verlenen die af te bakenen is in het licht van een test rond door ‘ontlening’ te verklaren voldoende ‘gelijkenis’, bekeken op het relevante niveau van abstractie, zonder echter, via de beschermingsvoorwaarde rond een in kwalitatief of kwantitatief substantiële investering rond het verkrijgen, controleren of presenteren van de inhoud van een ‘databank’, ook te verzekeren dat deze bescherming toegekend wordt naar aanleiding van een resultaat van ‘intellectuele arbeid’. In dit laatste scenario zou het databankenrecht *sui generis* dan immers ook aansturen op een ingrijpen dat een databank of andere verzameling van elementen verbiedt die, strikt genomen, een door ‘ontlening’ – kennis dus – te verklaren voldoende ‘gelijkenis’ vertoont met het aan *handenarbeid* te danken, verzamelde geheel van elementen in een

¹⁰⁷² Vergelijk voor een beschrijving rond de inspanningen bij het invoegen van data binnen een databank waaruit blijkt dat hierbij ook *handenarbeid* aan de orde is, bijvoorbeeld: G. DE TRÉ, *Principes van databases*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2007, p. 57 e.v.; G. VOSSSEN, *Datenmodelle, Datenbanksprachen und Datenbank-managementsysteme*, München, Oldenbourg, 2008, p. 461 (Met betrekking tot ‘Datenintegration’) en M. GRÜTZMACHER, *Urheber-, Leistungs- und Sui-generis-Schutz von Datenbanken. Eine Untersuchung des europäischen, deutschen und britischen Rechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 49-56.

initiële databank maar die niettemin tot stand kwam op grond van eigen ‘adequate inspanningen’. In dit verband is dan bijvoorbeeld te denken aan het geval waarin iemand, ondanks zijn kennis van de bestaande lijst van e-mailadressen van de bewoners van een wijk, er niettemin voor opteert om vervolgens eveneens tot een dergelijke lijst te komen van de e-mailadressen van de bewoners van de betrokken wijk door zelf van deur tot deur te gaan en de betrokken bewoners te bevragen. Op grond van de hierboven besproken analyse is daarbij volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dus uiteindelijk duidelijk dat het databankenrecht *sui generis* er goed aan doet om zijn beschermingsvoorwaarde rond een substantiële investering zo te formuleren dat deze ook toelaat om bescherming toe te kennen naar aanleiding van de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken die *handenarbeid* uitmaken. Rond dergelijke resultaten van *handenarbeid* om tot de inhoud te komen van databanken doet zich, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, immers een reëel risico op ‘imitatieoordeel’ voor waarrond een ingrijpen aan de orde is van het intellectuele eigendomsrecht. Aangezien het databankenrecht *sui generis* dus in staat moet zijn om passend ‘imitatieoordeel’ te traceren en neutraliseren rond de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken die *handenarbeid* uitmaakt dient het databankenrecht *sui generis* zich volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ niet te richten naar een intellectueelrechtelijke bescherming maar integendeel naar het hierboven vermelde, theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitaire kopiëren’. In die zin is volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ aan te nemen dat de Europese Commissie, in haar eerste voorstel van de Richtlijn Databanken, haar *sui generis* regel rond het *onrechtmatig* opvragen van het materiaal uit een databank terecht liet aansluiten bij het concept van een ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’¹⁰⁷³.

B. Intellectueelrechtelijke bescherming rond resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een esthetische beleving niet gebonden is aan een concrete vorm

Om steeds een optimaal ingrijpen paraat te hebben met het oog op het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, is het volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ in de tweede plaats *valabel* en *noodzakelijk* dat het intellectuele eigendomsrecht in een concrete beschermingsregeling voorziet die het volgende theoretische model implementeert: een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *esthetische* beleving *niet gebonden* is aan een concrete vormgeving.

Dit theoretische model verwijst dan met name naar een ingrijpen dat in beginsel het volgende doet indien de zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die een relevante referentie-incorporatie dankt aan inspanningen, blijk geven van een ‘resultaat’ van *intellectuele arbeid* waarvan de toepassing in zintuiglijk waarneembare kenmerken met een esthetische beleving *niet* gebonden is aan een concrete *vormgeving*:

- de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid verlenen over alle zintuiglijk waarneembare handelingen van andere personen die een aanwending van ‘imitatieoordeel’ inhouden
- ten aanzien van het ‘object’, *i.e.* de groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties die,
 - naast de betrokken relevante referentie-incorporatie,
 - alle zintuiglijk waarneembare manifestaties omvat waarvan aannemelijk is dat zij hun capaciteit om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen als de relevante referentie-incorporatie danken aan het betrokken resultaat van intellectuele arbeid, met name gezien hun door ‘ontlening’ te verklaren inzet van, bekeken op het niveau van abstractie van het ‘uitgewerkte idee’, voldoende gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken als de relevante referentie-incorporatie om deze gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen.

Daarbij geldt binnen dit theoretisch model dat zintuiglijk waarneembare handelingen van een andere persoon een aanwending inhouden van ‘imitatieoordeel’ indien deze bijdragen tot of resulteren in het *doen ontstaan* of het *voorzetten* van een *alternatieve* consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het zonet omschreven ‘object’, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen dit ‘object’ die ‘in het

¹⁰⁷³ Zie in dit verband: art 2.5. en art. 8 Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Databanken

verkeer' gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende deze 'in het verkeer' bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken.

De geldigheid van het zonet omschreven theoretisch model van een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, is volgens de systematiek rond 'imitatieoordeel' dan met name, in essentie, als volgt te motiveren in het licht van de specifieke focus van ons onderzoek: een dergelijk ingrijpen laat toe om, met zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften en een zo beperkt mogelijke toekenning van bevoegdheden aan individuen, 'imitatieoordeel' te traceren en passend te neutraliseren rond dergelijke resultaten van intellectuele arbeid. De systematiek rond 'imitatieoordeel' neemt, zoals aangegeven, immers aan dat een test rond door 'ontlening' te verklaren 'gelijkenis', bekeken op het niveau van abstractie dat het 'aanwendingsscala' dekt van het betrokken resultaat van intellectuele arbeid, in beginsel, als leidraad kan dienen om passend 'imitatieoordeel' te traceren en te neutraliseren rond dit resultaat van 'intellectuele arbeid.' Door zich toe te leggen op resultaten van intellectuele arbeid waaraan zintuiglijk waarneembare kenmerken te danken zijn die een esthetische beleving kennen, creëert het zonet beschreven model volgens de systematiek rond 'imitatieoordeel' dan ook de ruimte om het betrokken ingrijpen rekening te laten houden met het fenomeen dat mensen, bij een *esthetische* beleving van zintuiglijk waarneembare kenmerken, sneller aannemen dat onderlinge verschillen tussen deze kenmerken onderscheiden behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweegbrengen. Waar dit theoretisch model de beleidskeuze maakt om zich toe te leggen op en te peilen naar resultaten van intellectuele arbeid waarvan het 'aanwendingsscala' niet gebonden is aan een concrete vormgeving, zou het hanteren van een hoger of lager niveau van abstractie dan het 'uitgewerkte idee', bij de afbakening van de toegekende bescherming, volgens de systematiek rond 'imitatieoordeel' al snel nefast zijn voor het bereiken van de volgende 'basiscausaliteit' bij het betrokken ingrijpen, die economisch-utilitaristische overwegingen en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen zoals aangegeven vragen: dat de concrete gevallen waarin een persoon zich kan beroepen op het ingrijpen van dit intellectuele recht, gelijke tred houden met de concrete gevallen waarin zijn 'resultaat' van inspanningen daadwerkelijk aan de basis ligt van een mogelijkheid om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten.

Het zonet beschreven theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een esthetische beleving niet gebonden is aan een concrete vormgeving, ziet de systematiek rond 'imitatieoordeel' dan met name, in principe, als leidraad voor de volgende concrete beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht: het auteursrecht en de naburige rechten, in zoverre deze resultaten van intellectuele arbeid een bescherming bieden die het niveau van de concrete vormgeving overstijgt. Waar de zonet aangehaalde concrete beschermingsregelingen dan in wezen een zelfde theoretisch model implementeren, is, volgens de systematiek rond 'imitatieoordeel' dan echter opnieuw te betwijfelen of dit ook een 'differentiatie' van gedragsvoorschriften inhoudt gericht op het verlenen van een investeringsbescherming waarvan de bijdrage tot een meer gerechtvaardigde regeling hoger is als de toename van juridische inspanningen die deze 'differentiatie' teweegbrengt om beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht toepassing te laten vinden.

C. Intellectueelrechtelijke bescherming rond resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een esthetische beleving gebonden is aan een concrete vorm

Om steeds een optimaal ingrijpen paraat te hebben met het oog op het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, is het volgens de systematiek rond 'imitatieoordeel' in de derde plaats *valabel* en *noodzakelijk* dat het intellectuele eigendomsrecht in een concrete beschermingsregeling voorziet die het volgende theoretische model implementeert: een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *esthetische* beleving *gebonden* is aan een concrete vormgeving.

Dit theoretische model verwijst dan met name naar een ingrijpen dat in beginsel het volgende doet indien de zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die een relevante referentie-incorporatie dankt aan inspanningen,

blijk geven van een ‘resultaat’ van *intellectuele arbeid* waarvan de toepassing in zintuiglijk waarneembare kenmerken met een esthetische beleving *gebonden* is aan een concrete *vormgeving*:

- de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid verlenen over alle zintuiglijk waarneembare handelingen van andere personen die een aanwending van ‘imitatieoordeel’ inhouden
- ten aanzien van het ‘object’, *i.e.* de groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties die,
 - naast de betrokken relevante referentie-incorporatie,
 - alle zintuiglijk waarneembare manifestaties omvat waarvan aannemelijk is dat zij hun capaciteit om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen als de relevante referentie-incorporatie danken aan het betrokken resultaat van intellectuele arbeid, met name gezien hun door ‘ontlening’ te verklaren inzet van, bekeken op het niveau van abstractie van de concrete ‘vormgeving’, voldoende gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken als de relevante referentie-incorporatie om deze gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen.

Daarbij geldt binnen dit theoretisch model opnieuw dat zintuiglijk waarneembare handelingen van een andere persoon een aanwending inhouden van ‘imitatieoordeel’ indien deze bijdragen tot of resulteren in het *doen ontstaan* of het *voorzetten* van een *alternatieve* consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het zonet omschreven ‘object’, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen dit ‘object’ die ‘in het verkeer’ gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken.

De geldigheid van het zonet omschreven theoretisch model van een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, is volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan met name, in essentie, opnieuw als volgt te motiveren in het licht van de specifieke focus van ons onderzoek: een dergelijk ingrijpen laat toe om, met zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften en een zo beperkt mogelijke toekenning van bevoegdheden aan individuen, ‘imitatieoordeel’ te traceren en passend te neutraliseren rond dergelijke resultaten van intellectuele arbeid. De systematiek rond ‘imitatieoordeel’ neemt, zoals aangegeven, immers aan dat een test rond door ‘ontlening’ te verklaren ‘gelijkenis’, bekeken op het niveau van abstractie dat het ‘aanwendingsscala’ dekt van het betrokken resultaat van intellectuele arbeid, in beginsel, als leidraad kan dienen om passend ‘imitatieoordeel’ te traceren en te neutraliseren rond dit resultaat van ‘intellectuele arbeid.’ Door zich toe te leggen op resultaten van intellectuele arbeid waaraan zintuiglijk waarneembare kenmerken te danken zijn die een *esthetische* beleving kennen, creëert het zonet beschreven model volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan ook de ruimte om het betrokken ingrijpen rekening te laten houden met het fenomeen dat mensen, bij een esthetische beleving van zintuiglijk waarneembare kenmerken, sneller aannemen dat onderlinge verschillen tussen deze kenmerken onderscheiden behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweegbrengen. Waar dit theoretisch model de beleidskeuze maakt om zich toe te leggen op en te peilen naar resultaten van intellectuele arbeid waarvan het ‘aanwendingsscala’ *gebonden* is aan een concrete vormgeving, zou het hanteren van een hoger of lager niveau van abstractie dan de ‘vormgeving’, bij de afbakening van de toegekende bescherming, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ al snel nefast zijn voor het bereiken van de volgende ‘basiscausaliteit’ bij het betrokken ingrijpen, die economisch-utilitaristische overwegingen en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen zoals aangegeven vragen: dat de concrete gevallen waarin een persoon zich kan beroepen op het ingrijpen van dit intellectuele recht, gelijke tred houden met de concrete gevallen waarin zijn ‘resultaat’ van inspanningen daadwerkelijk aan de basis ligt van een mogelijkheid om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten.

Het zonet beschreven theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een esthetische beleving *gebonden* is aan een concrete vormgeving, ziet de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan met name, in principe, als leidraad voor de volgende concrete beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht: het auteursrecht en de naburige rechten, in zoverre deze resultaten van intellectuele arbeid een bescherming bieden op het niveau van de concrete vormgeving, en het tekeningen- en modellenrecht. Waar de zonet aangehaalde concrete

beschermingsregelingen dan in wezen een zelfde theoretisch model implementeren, is, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan echter opnieuw te betwijfelen of dit ook een ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften inhoudt gericht op het verlenen van een investeringsbescherming waarvan de bijdrage tot een meer gerechtvaardigde regeling hoger is als de toename van juridische inspanningen die deze ‘differentiatie’ teweegbrengt om beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht toepassing te laten vinden.

D. Intellectueelrechtelijke bescherming rond resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een functionele beleving niet gebonden is aan een concrete vorm

Om steeds een optimaal ingrijpen paraat te hebben met het oog op het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, is het volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ in de vierde plaats *valabel* en *noodzakelijk* dat het intellectuele eigendomsrecht in een concrete beschermingsregeling voorziet die het volgende theoretische model implementeert: een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving *niet gebonden* is aan een concrete vormgeving.

Dit theoretische model verwijst dan met name naar een ingrijpen dat in beginsel het volgende doet indien de zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die een relevante referentie-incorporatie dankt aan inspanningen, blijk geven van een ‘resultaat’ van *intellectuele arbeid* waarvan de toepassing in zintuiglijk waarneembare kenmerken met een *functionele* beleving *niet* gebonden is aan een concrete *vormgeving*:

- de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid verlenen over alle zintuiglijk waarneembare handelingen van andere personen die een aanwending van ‘imitatievoordeel’ inhouden
- ten aanzien van het ‘object’, *i.e.* de groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties die,
 - naast de betrokken relevante referentie-incorporatie,
 - alle zintuiglijk waarneembare manifestaties omvat waarvan aannemelijk is dat zij hun capaciteit om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen als de relevante referentie-incorporatie danken aan het betrokken resultaat van intellectuele arbeid, met name gezien hun door ‘ontlening’ te verklaren inzet van, bekeken op het niveau van abstractie van het ‘uitgewerkte idee’, voldoende gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken als de relevante referentie-incorporatie om deze gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen.

Daarbij geldt binnen dit theoretisch model opnieuw dat zintuiglijk waarneembare handelingen van een andere persoon een aanwending inhouden van ‘imitatievoordeel’ indien deze bijdragen tot of resulteren in het *doen ontstaan* of het *voorzetten* van een *alternatieve* consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het zonet omschreven ‘object’, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen dit ‘object’ die ‘in het verkeer’ gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken.

De geldigheid van het zonet omschreven theoretisch model van een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, is volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan met name, in essentie, als volgt te motiveren in het licht van de specifieke focus van ons onderzoek: een dergelijk ingrijpen laat toe om, met zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften en een zo beperkt mogelijke toekenning van bevoegdheden aan individuen, ‘imitatievoordeel’ te traceren en passend te neutraliseren rond dergelijke resultaten van intellectuele arbeid. De systematiek rond ‘imitatievoordeel’ neemt, zoals aangegeven, immers aan dat een test rond door ‘ontlening’ te verklaren ‘gelijkenis’, bekeken op het niveau van abstractie dat het ‘aanwendingsscala’ dekt van het betrokken resultaat van intellectuele arbeid, in beginsel, als leidraad kan dienen om passend ‘imitatievoordeel’ te traceren en te neutraliseren rond dit resultaat van ‘intellectuele arbeid.’ Door zich toe te leggen op resultaten van intellectuele arbeid waaraan zintuiglijk waarneembare kenmerken te danken zijn die een esthetische beleving kennen, creëert het zonet beschreven model volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan ook de ruimte om het betrokken

ingrijpen rekening te laten houden met het fenomeen dat mensen, bij een *functionele* beleving van zintuiglijk waarneembare kenmerken, minder snel aannemen dat onderlinge verschillen tussen deze kenmerken onderscheiden behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweegbrengen. Waar dit theoretisch model de beleidskeuze maakt om zich toe te leggen op en te peilen naar resultaten van intellectuele arbeid waarvan het ‘aanwendingsscala’ niet gebonden is aan een concrete vormgeving, zou het hanteren van een hoger of lager niveau van abstractie dan het ‘uitgewerkte idee’, bij de afbakening van de toegekende bescherming, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ al snel nefast zijn voor het bereiken van de volgende ‘basiscausaliteit’ bij het betrokken ingrijpen, die economisch-utilitaristische overwegingen en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen zoals aangegeven vragen: dat de concrete gevallen waarin een persoon zich kan beroepen op het ingrijpen van dit intellectuele recht, gelijke tred houden met de concrete gevallen waarin zijn ‘resultaat’ van inspanningen daadwerkelijk aan de basis ligt van een mogelijkheid om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten.

Het zonet beschreven theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een esthetische beleving niet gebonden is aan een concrete vormgeving, ziet de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan met name, in principe, als leidraad voor de volgende concrete beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht: het octrooirecht.

E. Intellectueelrechtelijke bescherming rond resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een functionele beleving gebonden is aan een concrete vorm

Om steeds een optimaal ingrijpen paraat te hebben met het oog op het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, is het volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ in de vijfde plaats *valabel* en *noodzakelijk* dat het intellectuele eigendomsrecht in een concrete beschermingsregeling voorziet die het volgende theoretische model implementeert: een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving *gebonden* is aan een concrete vormgeving.

Dit theoretische model verwijst dan met name naar een ingrijpen dat in beginsel het volgende doet indien de zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die een relevante referentie-incorporatie dankt aan inspanningen, blijkt geven van een ‘resultaat’ van *intellectuele arbeid* waarvan de toepassing in zintuiglijk waarneembare kenmerken met een *functionele* beleving *gebonden* is aan een concrete *vormgeving*:

- de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid verlenen over alle zintuiglijk waarneembare handelingen van andere personen die een aanwending van ‘imitatievoordeel’ inhouden
- ten aanzien van het ‘object’, *i.e.* de groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties die,
 - naast de betrokken relevante referentie-incorporatie,
 - alle zintuiglijk waarneembare manifestaties omvat waarvan aannemelijk is dat zij hun capaciteit om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen als de relevante referentie-incorporatie danken aan het betrokken resultaat van intellectuele arbeid, met name gezien hun door ‘ontlening’ te verklaren inzet van, bekeken op het niveau van abstractie van de concrete ‘vormgeving’, voldoende gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken als de relevante referentie-incorporatie om deze gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen.

Daarbij geldt binnen dit theoretisch model opnieuw dat zintuiglijk waarneembare handelingen van een andere persoon een aanwending inhouden van ‘imitatievoordeel’ indien deze bijdragen tot of resulteren in het *doen ontstaan* of het *voorzetten* van een *alternatieve* consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het zonet omschreven ‘object’, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen dit ‘object’ die ‘in het verkeer’ gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende (= *initiële afgifte van*

feitelijke macht), zoals deze rechthebbende deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken.

De geldigheid van het zonet omschreven theoretisch model van een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, is volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan met name, in essentie, opnieuw als volgt te motiveren in het licht van de specifieke focus van ons onderzoek: een dergelijk ingrijpen laat toe om, met zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften en een zo beperkt mogelijke toekenning van bevoegdheden aan individuen, ‘imitatieoordeel’ te traceren en passend te neutraliseren rond dergelijke resultaten van intellectuele arbeid. De systematiek rond ‘imitatieoordeel’ neemt, zoals aangegeven, immers aan dat een test rond door ‘ontlening’ te verklaren ‘gelijkenis’, bekeken op het niveau van abstractie dat het ‘aanwendingsscala’ dekt van het betrokken resultaat van intellectuele arbeid, in beginsel, als leidraad kan dienen om passend ‘imitatieoordeel’ te traceren en te neutraliseren rond dit resultaat van ‘intellectuele arbeid.’ Door zich toe te leggen op resultaten van intellectuele arbeid waaraan zintuiglijk waarneembare kenmerken te danken zijn die een esthetische beleving kennen, creëert het zonet beschreven model volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan ook de ruimte om het betrokken ingrijpen rekening te laten houden met het fenomeen dat mensen, bij een *functionele* beleving van zintuiglijk waarneembare kenmerken, minder snel aannemen dat onderlinge verschillen tussen deze kenmerken onderscheiden behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweegbrengen. Waar dit theoretisch model de beleidskeuze maakt om zich toe te leggen op en te peilen naar resultaten van intellectuele arbeid waarvan het ‘aanwendingsscala’ gebonden is aan een concrete ‘vormgeving’, zou het hanteren van een hoger of lager niveau van abstractie dan de concrete ‘vormgeving’, bij de afbakening van de toegekende bescherming, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ echter al snel nefast zijn voor het bereiken van de volgende ‘basiscausaliteit’ bij het betrokken ingrijpen, die economisch-utilitaristische overwegingen en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen zoals aangegeven vragen: dat de concrete gevallen waarin een persoon zich kan beroepen op het ingrijpen van dit intellectuele recht, gelijke tred houden met de concrete gevallen waarin zijn ‘resultaat’ van inspanningen daadwerkelijk aan de basis ligt van een mogelijkheid om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten.

Het zonet beschreven theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een esthetische beleving niet gebonden is aan een concrete vormgeving, ziet de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan met name, in principe, als leidraad voor de volgende concrete beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht: het gebruiksmodellenrecht en de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en de structuur van databanken. Waar de zonet aangehaalde concrete beschermingsregelingen dan in wezen een zelfde theoretisch model implementeren, is, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan echter opnieuw te betwijfelen of dit ook een differentiatie van gedragsvoorschriften inhoudt gericht op het verlenen van een investeringsbescherming waarvan de bijdrage tot een meer gerechtvaardigde regeling hoger is als de toename van juridische inspanningen die deze ‘differentiatie’ teweegbrengt om beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht toepassing te laten vinden.

In het licht van onze onderzoeksvraag gaan we op dit punt dan eveneens dieper in op de argumentatie van de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ om te stellen dat de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en de structuur van databanken, zich, met het oog op het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, dienen te richten naar het hierboven beschreven theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving *gebonden* is aan een concrete vormgeving.

Voor haar stelling dat het zonet aangehaalde theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming de passende leidraad vormt voor de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en de structuur van databanken, start de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ daarbij dan met name opnieuw van een observatie rond het ontwikkelingsproces en het functioneren van het aspect van chips computerprogramma’s en databanken waarop de betrokken *sui generis* volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ *prima facie* focussen bij het uitwerken van hun beschermingsregeling: dat de betrokken incorporaties van inspanningen concrete

vormkenmerken danken aan een eigen, *intellectuele* schepping, die hen een bepaalde geschiktheid verlenen tot het teweegbrengen van *functionele*, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen. Bij het chipsrecht is in dit verband, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, dan met name in eerste instantie aan de orde dat het driedimensionale patroon bestaande uit de vorm van schakelcomponenten, hun verbindingen en hun positionering binnen halfgeleidend materiaal, de betrokken halfgeleiderschakeling een bepaalde geschiktheid verleent om data, die geïntroduceerd worden in de vorm van binaire, elektronische spanningsverschillen, op te slaan of te onderwerpen aan logische bewerkingen¹⁰⁷⁴. In het geval van het computerprogramma-auteursrecht gaat het er in dit verband dan met name in eerste instantie om dat de concrete beschrijving van de instructies van een computerprogramma in een bron- of doelcode, zich machinaal laat omzetten in een opeenvolging van binaire toestanden of drempelwaarden van bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestaties die direct of quasi-direct in staat is om een computersysteem een bepaalde taak te laten uitvoeren¹⁰⁷⁵. Bij het databanken-auteursrecht, ten slotte, is in dit verband, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, dan met name in eerste instantie aan de orde dat het expliciteren van de onderlinge relaties tussen de eigenschappen van de elementen binnen een ‘databank’, zij het via de onderlinge positionering van deze elementen tegenover elkaar binnen eenzelfde zintuiglijk waarneembare manifestatie¹⁰⁷⁶ zij het binnen concrete meta data rond deze elementen¹⁰⁷⁷, het eenvoudiger maakt om kennis te verkrijgen rond het bestaan en de eigenschappen van de binnen de ‘databank’ opgenomen elementen¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁴ Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld: N. VON WERDT, *Ausgewählte Probleme zum Topographenschutz von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen. Der Schutzgegenstand und die Schutzvoraussetzungen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, p. 65 (“*Damit stellen wir zusammenfassend fest: Die Topographie ist das Muster, das sich aus der Anordnung von Bausteinen zu einer integrierten Schaltung ergibt, wobei die Anordnung der Bausteine oder die Form der Bausteine oder beide zusammen das Muster bestimmen. Unter diese Definition lassen sich alle Elemente der funktionellen Integration, welche letztlich die schutzbegründenden Gestaltungsmerkmale einer Topographie ausmachen, subsumieren.*”).

¹⁰⁷⁵ Zie voor soortgelijke omschrijving van een computerprogramma, bijvoorbeeld: C. FRENCH, *Oliver and Chapman's Data Processing and Information Technology*, London, DP Publications, 1996, p.3 (“A program is a set of instructions that is written in the language of the computer.”); V. RAJARAMAN en R. RADHAKRISHNAN, *Digital Logic and Computer Organization*, New Delhi, Prentice-Hall of India, 2006, p.2 (Die een computerprogramma omschrijven als: “*a sequence of instructions for accomplishing a complex task*”); S. SHIVA, *Computer design and architecture*, New York (o.a.), Dekker, 2000, p.2 (Die een computerprogramma typeert als: “*...(a set of instructions) for the processor to follow in solving the problem.*”); Zie ook: De Toelichting bij het oorspronkelijke Commissievoorstel rond de Richtlijn Computerprogramma’s die stelt: “*For the purpose of this proposal, the term ‘computer program’ is used. This means a set of instructions the purpose of which is to cause an information processing device, a computer, to perform its functions*” en “*Given the present state of the art, the word program should be taken to encompass the expression in any form, language, notation or code of a set of instructions, the purpose of which is to cause a computer to execute a particular task or function.*”, Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma’s, COM(1988) 816 definitief, Brussel 17 maart 1989, respectievelijk p.3 en p.17

¹⁰⁷⁶ Vergelijk op dit vlak LOEWENHEIM, die in de context van ‘Sammelwerke’ en ‘Datenbankwerke’ spreekt van: “*Ein räumlich-gegenständliche Anordnung...*” U. LOEWENHEIM, “§4 Sammelwerke und Datenbankwerke” in G. SCHRICKER (ed.), *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p. 155

¹⁰⁷⁷ Uitdrukkelijk rond het feit dat de set ‘metadata’ de structuur omvatten van een databank, die bestaat uit het geheel van de sets van data op een geheugendrager of geheugenapparaat, die zich door een computerprogramma laten beheren, bijvoorbeeld: G. DE TRÉ, *Principes van databases*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2007, p. 100; M. WEIK, *Computer Science and Communications Dictionary*, Berlijn, Springer, 2000, p. 1008; In die zin ook: H. HABERSTUMPF, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz”, *GRUR* 2003, p. 21-22.

¹⁰⁷⁸ Vergelijk op dit punt: M. CONNOLLY en E. BEGG, *Database systems: a practical approach to design, implementation, and management*, Harlow, Addison-Wesley, 2005, p. 4 (Waar deze auteurs een “*database*” omschrijven als “*a collection of related data*”); M. WEIK, *Computer Science and Communications Dictionary*, Berlijn, Springer, 2000, p. 339 (Deze auteur verstaat onder het begrip ‘database’ ondermeer: “*2. A collection of data that is structured and organized according to a) the nature of the data in the collection, b) the relationships among the data elements in the collection, c) the application areas covered by the data, and d) the specific needs and interests of the users, i.e., the mission of the users.*”); D. KROENKE, *Databases: beginselen, ontwerp en implementatie*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2007, p.4-5 (Met name waar deze auteur als kenmerken van een “*database*” aangeeft: “*Een database omvat gegevens en relaties*” en “*Databases produceren informatie*”).

Vervolgens observeert de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan dat, in beginsel, aan te nemen is dat resultaten van *intellectuele arbeid* die gericht zijn op het bedenken van de zintuiglijk waarneembare kenmerken van chips, computerprogramma’s en de structuur van databanken, die hen geschikt maken om een bepaalde functionele taak te vervullen, ook een kwetsbaarheid vertonen ten aanzien van ‘imitatievoordeel’ die, met het oog op het vermijden van ‘imitatievoordeel’, om een intellectueelrechtelijke bescherming vraagt. Ander personen die *kennis* hebben van de betrokken zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gebonden geschiktheid om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die daadwerkelijk te danken zijn aan resultaten van intellectuele arbeid, kunnen immers door de louter aanwending van dezelfde zintuiglijk waarneembare kenmerken, via ‘inadequate inspanningen’ tot dezelfde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen komen, met name in zoverre zij zich daarbij inherent de intellectuele arbeid uitsparen die in beginsel nodig zou zijn om tot gelijkende kenmerken te komen met een gelijkende geschiktheid tot behoeftebevrediging. In verband met dergelijk zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan verbonden capaciteit tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die daadwerkelijk te danken zijn aan *intellectuele arbeid*, is volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, zoals aangegeven, een intellectueelrechtelijke bescherming aan de orde die zijn bescherming afbakt aan de hand van een test rond door ‘ontlening’ te verklaren voldoende ‘gelijkenis’ bekeken op het relevante niveau van abstractie, om, met zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften en een zo beperkt mogelijke toekenning van bevoegdheden aan individuen, passend ‘imitatievoordeel’ te traceren en te neutraliseren.

Met het oog op de zonet aangehaalde nood aan een intellectueelrechtelijke bescherming rond chips, computerprogramma’s en de structuur van databanken, is het volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan met name aangewezen dat de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en de structuur van databanken zich, binnen het hierboven aangehaalde, totale ‘arsenaal’ van *valabele* en *noodzakelijk* ‘differentiaties van intellectueelrechtelijke beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, toeleggen op de implementatie van het volgende theoretische model: een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving *gebonden* is aan een concrete vormgeving. Een belangrijk argument voor deze stelling is volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan met name de observatie dat het ontwikkelingsproces van chips, computerprogramma’s en de structuur van databanken, heel vaak bestaat uit ontwerparbeid die intellectuele arbeid omvat die van meet af aan gericht is op het bedenken van een ‘concrete vormgeving’ die een bepaalde geschiktheid verleent tot het vervullen van een bepaalde functionele taak. Daarbij is bij chips, computerprogramma’s en de structuur van databanken, zoals aangegeven respectievelijk te denken aan een bepaald driedimensionaal patroon van een halfgeleiderschakeling, een bepaalde beschrijving van de instructies van een computerprogramma in een bron- of doelcode of een bepaalde ordening van de elementen van een databank in het licht van hun onderlinge eigenschappen¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: D. KARJALA, "A Coherent Theory for the Copyright Protection of Computer Software and Recent Judicial Interpretations", *U.Cin.L.Rev.* 1997-1998, p.65-66; G. LUNNEY, "Lotus v. Borland: Copyright and Computerprograms", *Tulane Law Review* 1995-1996, 2431-2432; E. ULMER en G. KOLLE, "Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen", *GRURInt* 1982, p. 494 ("Für die Software-Entwicklung ist daraus abzuleiten, daß praktisch alle für die Werkeigenschaft der Computerprogramme wichtigen Umstände und Merkmale früherer Entwicklungsstufen in das angestrebte Endprodukt, das betriebsfertige Programm, einfließen. Grundsätzlich kann gesagt werden, daß individuelle Entscheidungen, Lösungswege und andere bedeutsame Elemente im Programm wiederkehren, ihm innewohnen, auch wenn sie in äußerlich anderer Form in Erscheinung treten, z. B. als diskrete, nicht unmittelbar wahrnehmbare Darstellung im Maschinencode auf einem Datenträger. ... Wir können daher unsere Betrachtung ganz auf die betriebsfertigen Computerprogramme konzentrieren, d. h. auf das in maschinenverständlicher Sprache niedergelegte Quellenprogramm und den daraus mit Hilfe eines Umwandlungsprogramms maschinell erzeugten Objektcode."); N. VON WERDT, *Ausgewählte Probleme zum Topographieschutz von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen. Der Schutzgegenstand und die Schutzvoraussetzungen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, p. 69 ("Die Topographie von integrierten Schaltungen – verstanden als das Muster, das sich aus der Anordnung von Bausteinen zu einer integrierten Schaltung ergibt – eignet sich hervorragend als Schutzobjekt: Es erfasst als Einziges sämtliche heute bekannten Möglichkeiten der funktionellen Integration, die letztlich die schutzbegründenden Gestaltungsmerkmale einer Topographie ausmachen."); Vergelijk in dit verband ook: art. 5 Richtlijn Databanken ("De maker van een databank heeft, met betrekking tot de voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking

Indien blijkt dat het ‘aanwendingsscala’ van een resultaat van *intellectuele arbeid*¹⁰⁸⁰, om chips, computerprogramma’s en de structuur van databanken geschikt te maken voor het vervullen van een functionele taak, zich inderdaad laat afbakenen door het voorliggen van een bepaalde ‘vormgeving’, vraagt het passend traceren en neutraliseren van ‘imitatievoordeel’ volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan om de inzet van een intellectueelrechtelijke bescherming die het theoretische model implementeert van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving *gebonden* is aan een concrete vormgeving. Dit is volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ immers aangewezen om het ingrijpen van de betrokken intellectueelrechtelijke bescherming met een zo beperkt mogelijke toekenning van bevoegdheden aan individuen de volgende ‘basiscausaliteit’ te laten bereiken, die economisch-utilitaristische overwegingen en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, zoals aangegeven, vragen: dat de concrete gevallen waarin een persoon zich kan beroepen op het ingrijpen van dit intellectuele recht, gelijke tred houden met de concrete gevallen waarin zijn ‘resultaat’ van inspanningen daadwerkelijk aan de basis ligt van een mogelijkheid om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten. De *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en de structuur van databanken bieden volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan een goed aanknopingspunt om het zonet vermelde theoretische model te implementeren van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving *gebonden* is aan een concrete vormgeving, aangezien hun beschermingsregeling, zoals aangegeven, reeds in eerste instantie focust op concrete vormkenmerken die chips, computerprogramma’s en de structuur van databanken danken aan een eigen, *intellectuele* schepping en die hen een bepaalde geschiktheid verlenen tot het teweegbrengen van *functionele*, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen.

Indien nu daarentegen blijkt dat het ‘aanwendingsscala’ van een resultaat van *intellectuele arbeid*¹⁰⁸¹, om chips, computerprogramma’s en de structuur van databanken geschikt te maken voor het vervullen van een functionele taak, het voorliggen van een bepaalde ‘vormgeving’ overstijgt, dan vraagt het passend traceren en neutraliseren van ‘imitatievoordeel’, in het bijzonder aan de hand van een zo beperkt mogelijke toekenning van bevoegdheden aan individuen en met respect voor de ‘basiscausaliteit’ van het betrokken ingrijpen, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ integendeel om het volgende: de inzet van een intellectueelrechtelijke bescherming die het theoretische model implementeert van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving *niet gebonden* is aan een concrete vormgeving. Om ten aanzien van de zonet omschreven gevallen een implementatie te voorzien van het betrokken theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving *niet gebonden* is aan een concrete vormgeving, is het volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan aangewezen om een beroep te doen op een concrete beschermingsregeling die zich specifiek toelegt op de implementatie van net dit theoretische model. Daarbij is volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan met name te denken aan het octrooirecht. Op die manier kunnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken de afstelling van hun concrete beschermingsregeling immers beter toespitsen op de implementatie van het zonet vermelde theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving *wel gebonden* is aan een concrete vormgeving, ten aanzien van concrete gevallen waarin precies de toepassing van dit model aan de orde is.

Ten slotte is ook op te merken dat indien blijkt dat de zintuiglijk waarneembare kenmerken van chips, computerprogramma’s of de structuur van databanken hun geschiktheid tot het vervullen van een functionele taak

komende uitdrukkingvorm van de databank, het exclusieve recht te verrichten of toe te staan:...”) en H. VANHEES, “De juridische bescherming van databanken” (noot bij Brussel, 3 mei 2000), *I.R.D.I.* 2001, p. 41.

¹⁰⁸⁰ Het ‘aanwendingsscala’ van een bepaald resultaat van intellectuele arbeid verwijst daarbij volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, zoals aangegeven, naar de verscheidenheid aan kenmerken, die incorporaties van inspanningen kunnen ontlenen aan het betrokken resultaat van intellectuele arbeid, om hen geschikt te maken om bepaalde concrete bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen.

¹⁰⁸¹ Het ‘aanwendingsscala’ van een bepaald resultaat van intellectuele arbeid verwijst daarbij volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, zoals aangegeven, naar de verscheidenheid aan kenmerken, die incorporaties van inspanningen kunnen ontlenen aan het betrokken resultaat van intellectuele arbeid, om hen geschikt te maken om bepaalde concrete bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen.

danken aan een resultaat van *handenarbeid*, dit, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, ook impliceert dat het passend vermijden van ‘imitatieoordeel’ rond dit resultaat van *handenarbeid* vraagt om de inzet van een beschermingsregeling die het hierboven vermelde theoretische model implementeert van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’. In dergelijk gevallen een intellectueelrechtelijke bescherming inzetten die dan ook zijn bescherming rond de betrokken resultaten van handenarbeid zou afbakenen aan de hand van een test rond door ‘ontlening’ te verklaren voldoende ‘gelijkenis’, bekeken op het relevante niveau van abstractie, zou volgens de volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ immers aansturen op het volgende: een ingrijpen dat de aanwending zintuiglijk waarneembare kenmerken verbiedt die, strikt genomen, een door ‘ontlening’ – kennis dus – te verklaren voldoende ‘gelijkenis’ vertonen met de zintuiglijk waarneembare kenmerken die chips, computerprogramma’s of de structuur van databanken danken aan het eerdere resultaat van handenarbeid, maar waarbij deze aanwending in het concrete geval niettemin tot stand kwam op grond van eigen ‘adequate inspanningen’, met andere woorden zonder te steunen op ‘imitatieoordeel’. In dit verband is zoals aangegeven rekening te houden met het fenomeen dat het nu eenmaal niet onmogelijk is om nog ‘adequate inspanningen’ te leveren rond het vervaardigen van gelijkaardige, reeds gekende kenmerken die te danken zijn aan *handenarbeid*.

F. Achterliggende analyse

Vervolgens kunnen we nu ingaan op de redenering die de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ opbouwt om net de hierboven beschreven theoretische modellen van een ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ als *valabele* en *noodzakelijke* ‘differentiaties’ te zien van concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht met het oog op het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. In wezen baseert de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ haar opvatting rond de *valabele* en *noodzakelijke* ‘differentiaties’ van beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht daarbij met name op haar analyse rond het volgende punt: de soorten feitelijke omstandigheden die volgens haar een wezenlijk onderscheiden afstelling behoren teweeg te brengen bij het afstellen van afzonderlijke beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht met het oog op het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Zoals uit de bespreking hierboven blijkt, zijn deze soorten feitelijke omstandigheden volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan met name: 1.) of het gaat om een resultaat van *intellectuele arbeid* dan wel van *handenarbeid* 2.) of de geschiktheid om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken is aan het resultaat van inspanningen *al dan niet gebonden is aan de concrete vorm* en 3.) of het betrokken resultaat van inspanningen toepassing vindt in zintuiglijk waarneembare kenmerken met een *esthetische dan wel een functionele beleving*. De implementatie van enkel de hierboven beschreven theoretische modellen van een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht die de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ voorstaat, biedt het intellectuele eigendomsrecht volgens deze systematiek dan reeds een voldoende ‘arsenaal’ om steeds het volgende te kunnen verwezenlijken: het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht steeds passend te kunnen afstellen op de soorten feitelijke omstandigheden die een wezenlijk onderscheiden afstelling behoren teweeg te brengen van dit ingrijpen, met het oog op het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. De theoretische modellen van een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht die de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ voorstaat, differentiëren zich immers naadloos in het licht van de betrokken soorten feitelijke omstandigheden, met name in de zin dat zij ten aanzien van deze feitelijke omstandigheden telkens de tussenkomt voorschrijven van intellectuele rechten of een ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ waar dit daadwerkelijk nodig is om, met zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften en het toekennen van zo beperkt mogelijk bevoegdheden aan individuen, ‘imitatieoordeel’ te traceren en te neutraliseren. In zoverre deze differentiatie zich daarbij net richt naar die feitelijke omstandigheden die volgens haar een wezenlijk onderscheiden afstelling vragen van het betrokken optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, verwacht de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan ook dat de implementatie van deze differentiatie het volgende doet: een bijdrage leveren tot meer gerechtvaardigde investeringsbeschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht die hoger is als de toename van juridische inspanningen die zij teweegbrengt om beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht toepassing te laten vinden. Bij concrete

beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht *naast* de beschermingsregelingen die de theoretische modellen omzetten die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ voorstaat, betwijfelt deze systematiek sterk of zij wel tot een ‘differentiatie’ van gedragsvoorschriften zullen leiden waarvan de bijdrage tot meer gerechtvaardigde investeringsbeschermingsregelingen hoger is als de toename van juridische inspanningen die deze ‘differentiatie’ teweegbrengt om beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht toepassing te laten vinden. De systematiek rond ‘imitatievoordeel’ neemt met name aan dat dergelijke beschermingsregelingen *naast* de implementatie van de betrokken modellen, in wezen, zullen aansturen op een bijkomende afstelling van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht rond criteria die onnodig zijn of een onvoldoende objectieve basis vormen om het betrokken ingrijpen af te stellen op het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht.

3.3. De meest aangewezen systematiek rond het optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging

Op grond van de vorige twee onderdelen menen we nu met name te kunnen besluiten dat de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, in vergelijking tot de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’, de betere leidraad vormt voor het operationaliseren van de comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen die wij, zoals aangegeven, willen inzetten voor het volgende doel: een beoordeling van de wenselijkheid van de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, op het vlak van het verlenen van de specifieke investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Met name op twee punten, zijn de aanwijzingen van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ volgens ons beter met het oog op het uitvoeren van deze toetsing, dan de aanwijzingen van de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’

In de eerste plaats, menen wij dat de richtlijnen die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ biedt rond het, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, bruikbaar zijn voor het doorvoeren van de zonet vermelde comparatieve toetsing die wij op het oog hebben, als de richtlijnen die de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ in dit verband biedt. De verklaring hiervoor is dan wezen dat de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ de ‘mechaniek’ van het ingrijpen van intellectuele rechten ontleedt vanuit de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’. Dit zorgt er dan met name voor dat de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen parasitaire mededinging, beiden analyseert als een ingrijpen naar aanleiding en ten aanzien van de realiteit van zintuiglijk waarneembare manifestaties, dat enkel langs indirecte weg rekening kan houden met het bestaan en de kenmerken van relevante, aan de mens interne bewustzijnsfenomenen, met name enkel in het licht van de hypothesen die de zintuiglijk waarneembare kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties en handelingen aannemelijk maken errond. In het licht van deze analyse rond de ‘mechaniek’ van het betrokken ingrijpen, formuleert de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ haar richtlijnen rond het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht dan ook in parameters die zich relatief gemakkelijk laten herleiden naar zintuiglijk waarneembare kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties, gemakkelijker in elk geval dan de richtlijnen die de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ biedt rond het ingrijpen van intellectuele rechten die vaak in eerste instantie verwijzen naar de autonome geestelijke realiteit van ‘immateriële goederen’ en waarbij, zoals aangegeven, niet altijd even duidelijk is hoe deze richtlijnen zich laten herleiden tot aanwijzingen rond zintuiglijk waarneembare kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties en handelingen. Dit gegeven maakt dan met name dat de richtlijnen van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ bruikbaar zijn deze van de systematiek rond ‘verdiensten versus tekortkomingen’ voor de uitvoering van de comparatieve toetsing die wij op het oog hebben om de specialisatie te evalueren die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht. Voor het doorvoeren van deze comparatieve toetsing rekenen we, zoals aangegeven, immers net op het volgende: de mogelijkheid om zowel het theoretische optimale als het daadwerkelijk ingrijpen van onderscheiden beschermingsregimes binnen het intellectuele eigendomsrecht, op het vlak van de ‘feitelijke omstandigheden’ van dit ingrijpen, het door dit ingrijpen gehanteerde ‘middel’ en het door dit ingrijpen nagestreefde ‘doel’, telkens te

kunnen situeren in het licht van dezelfde, gemeenschappelijke grootheid, met name de kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties.

In de tweede plaats, zijn wij ook van oordeel dat de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, in vergelijking tot de systematiek rond ‘verdienste versus tekortkoming’, correctere richtlijnen biedt rond het, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. In zoverre, de systematiek rond ‘verdienste versus tekortkoming’ voor haar richtlijnen rond het optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, een synthese maakt van de hierboven besproken ‘incentive versus acces’-benadering, ‘absolute exclusiviteit’-benadering en ‘balans’-benadering, neemt deze systematiek, volgens ons, ook de fouten over die, zoals aangegeven, met deze benaderingen verbonden zijn. Door te steunen op de hierboven besproken ‘imitatievoordeel’-benadering, komt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ volgens ons uiteindelijk tot betere richtlijnen rond het, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht.

4. Implicaties voor de toetsing van de specialisatie door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken

Ten slotte, bespreken we nu de implicaties van onze hierboven beschreven vaststellingen rond de meest correcte en passende ‘systematiek’ van het optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, voor het operationaliseren van de comparatieve toetsing die wij op het oog hebben om de wenselijkheid te beoordelen van de ‘specialisatie’, doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken. Om deze ‘specialisatie’ te beoordelen achten we het immers zoals aangegeven aangewezen om een beroep te doen op een comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen die in wezen het volgende doet: nagaan of het *concrete* ingrijpen van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten, op het vlak van het verlenen van een investeringsbescherming rond respectievelijk chips, computerprogramma's en databanken, *nauwer of minder nauw aansluit* bij het relevante, *theoretisch* optimale ingrijpen rond deze soorten incorporaties van inspanningen op grond van het intellectuele eigendomsrecht, *dan* het geval is voor het *concrete* ingrijpen van de overige intellectuele rechten of het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ dan wel voor het ontkennen van elke bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht.

Concreet menen wij dat onze vaststelling van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ als de meest correcte en passende ‘systematiek’ van het optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, op drie punten bijdraagt tot het operationaliseren van de zonet omschreven comparatieve toetsing. Het gaat daarbij om drie punten die cruciaal zijn voor een nuttige en werkbare uitvoering van deze comparatieve toetsing met het oog op het beantwoorden van onze onderzoeksvraag rond de wenselijkheid van de ‘specialisatie’ die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken doorvoeren.

Ten eerste menen we dat de systematiek rond imitatievoordeel ons helpt bij de uiteindelijke vaststelling van de nodige, passende ‘punten van vergelijking’ voor een nuttige uitvoering van onze comparatieve toetsing om de ‘specialisatie’ te evalueren die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken doorvoeren. Waar de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ de ‘mechaniek’ van intellectuele rechten analyseert volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ en de ‘mechaniek’ van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ ontleedt in het licht van de theorie rond ‘objectiefrechtelijke gedragsregels’, maakt dit volgens ons immers het volgende duidelijk rond de afzonderlijke intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ die opgenomen zijn binnen de betrokken comparatieve toetsing: hoe hun aanwijzingen om hun ingrijpen af te stellen telkens op de meest coherente wijze te verstaan zijn als aanwijzingen rond de invulling van specifieke ‘parameters’ die zich laten herleiden naar de gemeenschappelijke grootheid van de kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties. Dit zorgt er dus voor dat minsten de kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties waarop de betrokken afzonderlijke intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ hun ingrijpen afstellen een passend ‘ijkpunt’ vormt om hun ingrijpen te vergelijken.

Ten tweede menen we dat de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ ons ook een correcte en passende vaststelling toelaat van het noodzakelijke referentiepunt voor een nuttige uitvoering van onze comparatieve toetsing rond de wenselijkheid van de ‘specialisatie’ die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken doorvoeren, met name het referentiepunt van het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek,

theoretisch optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht met het oog op het verlenen van de specifieke investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. De betrokken systematiek rond ‘imitatievoordeel’ slaagt er immers, zoals aangegeven, in om in dit verband correcte specificaties te formuleren rond het betrokken theoretisch optimale ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ die, net omdat zij geformuleerd zijn als een invulling van de parameters die volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ en de theorie rond ‘objectiefrechtelijke gedragsregels’ de afstelling beheersen van het betrokken ingrijpen, voldoende gedetailleerd zijn en een zinvol referentiepunt vormen voor alle concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht die op te nemen zijn binnen de uit te voeren comparatieve toetsing. Wat dit laatste punt betreft, is het dan met name opnieuw belangrijk dat de aanwijzingen die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ formuleert rond het betrokken theoretische optimale ingrijpen, door te steunen op de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ en de theorie rond ‘objectiefrechtelijke gedragsregels’, telkens te verstaan zijn als aanwijzingen rond de invulling van specifieke ‘parameters’ die zich laten herleiden naar de gemeenschappelijke grootheid van de kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties.

Ten derde helpt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, volgens ons, ook om te bepalen welke concrete beschermingsregelingen we dienen op te nemen in de comparatieve toetsing die wij op het oog hebben, om, aan de hand van een zo compact mogelijke toetsing tot een correct en relevant antwoord te komen op onze onderzoeksvraag rond de wenselijkheid van de ‘specialisatie’ die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren. Waar de betrokken comparatieve toetsing in principe aanstuurt op de omvangrijke taak om het concrete ingrijpen van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken te vergelijken met het concrete ingrijpen van alle overige beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, is het volgens ons, gezien de vele afzonderlijke beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, nuttig om rekening te houden met het volgende: rond sommige beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht zal de uitvoering van de betrokken comparatieve toetsing die hun *concrete* ingrijpen vergelijkt met het *concrete* ingrijpen van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s weinig bijkomende inzichten opleveren, aangezien ook reeds zonder deze toetsing duidelijk is dat het *concrete* ingrijpen van deze beschermingsregelingen *niet* nauwer aansluit bij een, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, theoretisch optimaal ingrijpen rond chips, computerprogramma’s en databanken, dan het *concrete* ingrijpen van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten. Hoewel het in die zin dus nuttig kan zijn om op voorhand een selectie uit te voeren rond de concrete beschermingsregelingen die het voorwerp dienen te zijn van de comparatieve toetsing die we beogen, dienen we er echter ook op te letten dat een dergelijke selectie de geldigheid en de relevantie niet ondergraaft van het antwoord dat de betrokken comparatieve toetsing dan biedt rond de wenselijkheid van de ‘specialisatie’ doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken.

De systematiek rond ‘imitatievoordeel’ laat naar onze mening nu ook toe om een passende leidraad vast te stellen met het oog op een passende selectie van de concrete beschermingsregelingen die op te nemen zijn binnen de beoogde comparatieve toetsing rond het theoretisch optimale ingrijpen, om via een zo compact mogelijke toetsing tot een geldig en relevant antwoord te komen rond de wenselijkheid van de ‘specialisatie’ die de *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht: focussen op die beschermingsregelingen die binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht de meest coherente en correcte implementatie geven van die theoretische modellen die volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ om te zetten zijn opdat het intellectuele eigendomsrecht over het ‘arsenaal’ aan ‘differentiaties’ zou beschikken in de concrete afstelling van beschermingsregelingen dat *valabel* en *noodzakelijk* is om, bekeken vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, steeds optimaal de specifieke soort investeringsbescherming te kunnen verlenen die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Onze opvatting dat dit een passende leidraad vormt in dit verband, gaat daarbij dan in wezen terug op twee overwegingen.

In de eerste plaats is er de overweging dat het bij de uitvoering van de comparatieve toetsing die wij op het oog hebben om de specialisatie te evalueren van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, enkel zinvol is om in te gaan op beschermingsregelingen die geen al te sterke eigenheid vertonen om in aanmerking te komen als een mogelijke optie of alternatief om rond chips, computerprogramma’s en databanken de specifieke soort investeringsbescherming te kunnen verlenen die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Hierbij herinneren we eraan dat we aannemen dat we deze

specifieke soort investeringsbescherming daarbij als volgt kunnen typeren: een regelgevend ingrijpen om er voor te zorgen, dat individuen, die de inspanningen deden om incorporaties van inspanningen te vervaardigen, op het vlak van hun mogelijkheden om deze inspanningen te recupereren door de opbrengst uit ruiltransacties rond deze incorporaties van inspanningen, niet de invloed zouden ondervinden van handelingen van ander individuen ten aanzien van deze incorporaties van inspanningen of bepaalde daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties, indien deze handelingen in het licht van deze invloed op bezwaren zouden stuiten vanuit utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen. Het idee hierbij is dan met name dat weinig bijkomende inzichten te verwachten zijn van de daadwerkelijk uitvoering van de betrokken comparatieve toetsing die het *concrete* ingrijpen van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken vergelijkt met het *concrete* ingrijpen van bepaalde beschermingsregelingen waarvan ook reeds zonder de uitvoering van deze comparatieve toetsing het volgende duidelijk is: dat hun *concrete* ingrijpen een al te grote eigenheid vertoont om inderdaad nauwer aan te sluiten bij een, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, theoretisch optimaal ingrijpen rond chips, computerprogramma's en databanken, dan het *concrete* ingrijpen van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten. Op grond van een al te grote eigenheid van de betrokken beschermingsregeling menen we dan met name niet te moeten ingaan op het kwekersrecht, het tekeningen-modellenrecht en het merkenrecht, bij de uitvoering van de comparatieve toetsing die wij aangewezen achten om de wenselijkheid te beoordelen van de 'specialisatie' die de *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht. Het kwekersrecht is volgens ons immers te zeer doordrongen van een eigen logica die rekening houdt met de eigenheden rond de bescherming van 'kweekproducten' en met gebruiken binnen de landbouw om in aanmerking te komen als een mogelijke optie om een investeringsbescherming te verlenen rond chips, computerprogramma's en databanken¹⁰⁸². Naarmate het huidige tekeningen- en modellenrecht beheerst wordt door de zogeheten 'design-approach'¹⁰⁸³ vormt dit, volgens ons, evenmin een daadwerkelijk optie om rond chips, computerprogramma's en databanken de specifieke soort investeringsbescherming te kunnen verlenen die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Deze 'design-approach' houdt immers in dat het tekeningen- en modellenrecht een tekening of een model *niet* zozeer bescherming verleent vanuit de optiek dat het vervaardigen van deze tekening of dit model een bepaald resultaat van inspanningen vroeg dat anderen zich kunnen toe-eigenen maar veeleer vanuit de optiek dat deze tekening of dit model als marketinginstrument fungeert waarbij het beschermde uiterlijk er op gericht is om een communicatierelatie tot stand te brengen tussen het design en het publiek met het uiteindelijke doel de verkoop van die producten te doen toenemen¹⁰⁸⁴. Deze typische 'design-approach' uit zich volgens ons met name bijvoorbeeld in het feit dat het tekeningen- en modellenrecht voor het toekennen van zijn bescherming *niet* vraagt dat een 'tekening' of een 'model' laat blijken dat zijn vervaardiging een bepaald resultaat van intellectuele arbeid of zelfs handenarbeid vroeg maar integendeel vereist dat een 'tekening' of een 'model' blijk geeft van 'eigen karakter' in de zin van het wekken van een algemene indruk bij de geïnformeerde gebruiker die verschilt van de algemene indruk die bij die gebruiker gewekt wordt door eerdere tekeningen of modellen die voor het publiek beschikbaar zijn¹⁰⁸⁵. Het merkenrecht, ten slotte, vormt volgen ons evenmin een daadwerkelijk optie om rond

¹⁰⁸² Met betrekking tot deze onderscheiden logica van het kwekersrecht, zie bijvoorbeeld: M. LLEWELYN en M. ADCOCK, *European Plant Intellectual Property*, Oxford, Hart, 2006, p.21 e.v. en p.457 e.v.

¹⁰⁸³ Rond het belang van deze design-approach in het tekeningen- modellenrecht, zie bijvoorbeeld: H. EICHMANN, "GeschmMG § 2 Geschmacksmusterschutz" in H. EICHMANN en R. VON FALCKENSTEIN, *Geschmacksmustergesetz. Gesetz über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen*, München, Beck, 2010, Nr. 11.

¹⁰⁸⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. KUR, "Die Auswirkungen des neuen Geschmacksmusterrechts auf die Praxis", *GRUR* 2002, p. 662 ("Die Basis dieses Konzepts bildete nach den Überlegungen der Arbeitsgruppe die so genannte Marketing-Funktion des Design, das heißt seine Fähigkeit, Produkten eine „Erlebnisqualität“ und damit Individualität zu verleihen.") en A. KUR, "The Max Planck Draft for a European Design Law" in F. GOTZEN (ed.), *The Green Paper on the legal protection of industrial design*, Brussel, Story-Scientia, 1992, p. 14 e.v..

¹⁰⁸⁵ Zie rond het vereiste van eigen karakter bijvoorbeeld: art. 3.1.1 en art. 3.3.2. Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen) (Met name waar dit art. 3.3.2. stelt: "Een tekening of model wordt geacht een eigen karakter te hebben, indien de algemene indruk die deze tekening of dit model bij de geïnformeerde gebruiker wekt, verschilt van de algemene indruk die bij die gebruiker wordt gewekt door tekeningen of modellen die voor het publiek beschikbaar zijn gesteld vóór de datum van depot of vóór de datum van voorrang."); Vergelijk op dit punt ook A. KUR, "Die Auswirkungen des neuen Geschmacksmusterrechts auf die Praxis", *GRUR* 2002, p. 665 ("Wie eingangs dargestellt wurde, geht es bei der Neuregelung u.a. darum, die

chips, computerprogramma's en databanken de specifieke soort investeringsbescherming te kunnen verlenen die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. De verklaring hiervoor is dan in wezen dat het merkenrecht een merkteken *geen* bescherming verleent omdat net het vervaardigen van dit specifieke merkteken een bepaald resultaat van inspanningen vroeg dat anderen zich kunnen toe-eigenen maar veeleer omdat het gebruik van dit merkteken door anderen hen zou toelaten om zich, om het even welke investering toe te eigenen die de merkhouder deed opdat afnemers de onder het betrokken merkteken aangeboden waren of diensten als waardevol of kwalitatief hoogstaand zouden zien¹⁰⁸⁶.

In de tweede plaats steunen we bij de zonet omschreven leidraad rond de aangewezen selectie van beschermingsregimes voor onze comparatieve toetsing rond de wenselijkheid van de 'specialisatie' die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken doorvoeren, dan ook op de volgende overweging: aangezien de richtlijnen die de systematiek rond 'imitatievoordeel' biedt rond het theoretisch optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht uiteindelijk als referentiepunt fungeren bij deze evaluatie, kunnen we ons meteen ook richten naar die concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht die de meest correcte en coherente implementatie geven van die theoretische modellen die volgens de systematiek rond 'imitatievoordeel' om te zetten zijn met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimaal ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Het idee hierbij is in wezen dat, indien de betrokken *sui generis* intellectuele rechten hun 'specialisatie' kunnen rechtvaardigen tegenover de concrete beschermingsregelingen die de meest correcte en coherente implementatie vormen van de modellen die volgens de systematiek rond 'imitatievoordeel' om te zetten zijn met het oog op een optimaal ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, zij hun 'specialisatie', geredeneerd vanuit de systematiek rond 'imitatievoordeel', *a fortiori* ook kunnen rechtvaardigen tegenover die concrete beschermingsregelingen die een minder correcte of coherent omzetting geven aan de betrokken modellen. Daarbij geldt volgens ons ook dat het feit dat de betrokken *sui generis* intellectuele rechten de wenselijkheid van hun 'specialisatie' kunnen aantonen tegenover een concrete beschermingsregeling binnen het intellectuele eigendomsrecht, pas echt relevant wordt met het oog op een besluit rond de wenselijkheid van deze 'specialisatie', indien het daarbij inderdaad gaat om die concrete beschermingsregeling die de meest coherente en correcte omzetting vormt van wat de systematiek rond 'imitatievoordeel', vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, als een *valabele* en *noodzakelijk* 'differentiatie' ziet van beschermingsregelingen binnen het intellectueel eigendomsrecht.

Als we deze benadering dan concretiseren in het licht van de hierboven vermelde theoretische modellen die volgens de systematiek rond 'imitatievoordeel' om te zetten zijn binnen het intellectuele eigendomsrecht, met het oog op het, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, dan levert dit volgens ons het volgende resultaat op. Om rekening te houden met hierboven vermelde model van een 'parasitair kopiëren' menen we te kunnen focussen op het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging. Voor de meest correcte en coherente implementatie van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving *niet gebonden* is aan een

Eigenständigkeit des Designschutzes im Verhältnis zum Urheberrecht auch und gerade in den Schutzvoraussetzungen deutlich zu machen. Konkret bedeutet dies, dass die entscheidende Frage nicht mehr lautet, ob die zu beurteilende Formgebung - unter Beachtung der für das Geschmacksmusterrecht als Unterbau des Urheberrechts vorzunehmenden „Abschläge“ - eigenschöpferischen Charakter aufweist, und zwar in einem Maß das durchschnittliche Können eines Designers übersteigt, sondern dass es lediglich um einen gewissen Grad der Unterschiedlichkeit, des „Sich-Abhebens“ von vorhandenen Gestaltungen geht.“)

¹⁰⁸⁶ Zie uitdrukkelijk in die zin, bijvoorbeeld: R. HILTY, "The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces" in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p. 31-32 ("If it is thus mentioned in the same breath as patent or copyright law, this hides an important difference, however: Also trade mark law – as also the other rights protecting investments discussed here – is not based upon the fact that an extraordinary investment result is the subject matter of protection; for, if a graphically designed trade mark is sufficiently extraordinary, for instance, it may, in fact, be registered as an industrial design, or it even enjoys copyright protection. The trade mark is rather only kind of a symbol for the investment which its holder must make, so that customers will perceive the goods or services marketed under the trade mark in question as something special, precious, qualitatively valuable, on the one hand, and will esteem the trade mark itself in a corresponding manner, on the other.); Vergelijk ook BUYDENS die stelt dat het merkenrecht er niet toe strekt om een prestatie te beschermen die zich gekristalliseerd heeft in het merk als vorm: M. BUYDENS, *La Protection de la Quasi-Creation*, Brussel, Larcier, 1993, p. 574.

concrete vormgeving menen we ons, in het kader van de betrokken comparatieve toetsing, te kunnen richten op het octrooirecht. Om rekening te houden met het hierboven vermelde theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *esthetische* beleving *niet gebonden* is aan een concrete vormgeving en het theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *esthetische* beleving *wel gebonden* is aan een concrete vormgeving, menen we ons uiteindelijk te moeten richten op het auteursrecht dat, in beginsel, een bescherming toekent op niveau van de concrete vormgeving, maar onder omstandigheden ook bescherming toekent op het niveau van het ‘uitgewerkte idee’¹⁰⁸⁷. In dit verband is dan met name op te merken dat het tekeningen- en modellenrecht, in zoverre dit beheerst wordt door de hierboven vermelde ‘design-approach’, zoals aangegeven, niet meteen te beschouwen is als de meest correcte en coherente implementatie van het theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *esthetische* beleving *niet gebonden* is aan een concrete vormgeving en het theoretische model. Voor de meest correcte en coherente implementatie, ten slotte, van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving *wel gebonden* is aan een concrete vormgeving menen we ons, in het kader van de betrokken comparatieve toetsing, uiteindelijk meteen te kunnen richten op de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken. In dit verband is volgens ons immers op te merken dat het Gebruiksmodellenrecht dat vroeger nochtans, in het bijzonder in het Duitse recht, de meest correcte en coherente implementatie vormde van dit model, zich op heden, in de landen die wij bestuderen en die een Gebruiksmodellenrecht kennen, niet meteen houdt aan het implementeren van dit model. Dit is met name het geval waar het Gebruiksmodellenrecht zich niet langer specifiek richt op het verlenen van bescherming naar aanleiding van resultaten van inspanningen waaruit een bepaalde vorm (‘Raumform’) voortvloeit met een geschiktheid tot het vervullen van een functionele taak maar integendeel op het verlenen van bescherming naar aanleiding van bepaalde ‘uitvindingen’, in wezen uitgewerkte ideeën dus rond het verlenen van een geschiktheid tot het vervullen van *functionele* taak¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁷ Dit is met name het geval indien het ‘uitgewerkte idee’ dat blijkt uit een incorporatie van inspanningen getuigt van een duidelijk originele intellectuele schepping en dit ‘uitgewerkte idee’ voldoende geconcretiseerd of te concretiseren is in het licht van concrete vormelementen. Zie in die zin bijvoorbeeld: F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du Droit d'Auteur et des Droits Voisins*, Brussel, Bruylant, 2000, p. 8-9; Vergelijk op dit punt ook Gent 19 mei 2008 A&M 2008, p. 310 (Samenvatting: “Opdat een concept of idee vatbaar zou zijn voor bescherming op grond van de auteurswet 1994, is een vorm vereist. Een format of scenario van een televisieprogramma kan een concrete vormgeving zijn van een idee als die verwijst naar de persoon van de maker en de uitdrukking is van zijn intellectuele inspanning.”) Zie ook: FROMM en NORDEMANN: “Sobald die Idee in Form einer gedanklichen Aussage ihren Ausdruck gefunden hat und damit auch das Erfordernis der “schöpfung” erfüllt ist, ist der Gedanke in dieser Form geschützt.” en “Wenn sich die Idee nach Gedankenführung und äußere Form konkretisiert und verdichtet (zum Beispiel eine Filmidee wird in einer Filmexposé umgearbeitet), kann urheberrechtlicher Werkschutz auch hinsichtlich der Fabel, die dann deutlich in Erscheinung treten muß, bestehen. F. FROMM en W. NORDEMANN, *Urheberrecht. Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*, Stuttgart, Berlin, Keulen, Kohlhammer, 1994, p. 58; In dezelfde zin ook: U. LOEWENHEIM, "Abschnitt 2. Das Werk" in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p. 78 (“Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass auch der Werkinhalt dem Urheberschutz zugänglich ist.); House of Lords, 12 juli 2001 (*Newspaper Licensing Agency v. Marks & Spencer*), 1 A.C. 2003, p.551 (p.560: “The notion of reproduction, as demonstrated by the Designer Guild case, is sufficiently flexible to include the copying of ideas abstracted from a literary, dramatic, musical or artistic work, provided that their expression in the original work has involved sufficient of the relevant original skill and labour to attract copyright protection.); L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 173 (“...copyright law will protect many of the ideas expressed in a work.”).

¹⁰⁸⁸ Zie in dit verband: R. KRAßER, "Die Entwicklung des Gebrauchsmusterrechts" in F.-K. BEIER, A. KRAFT, G. SCHRICKER en E. WADLE (eds.), *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift*, Weinheim, VCH Verlagsgesellschaft, 1991, p.617-655; Zie ook: M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Brussel, Larcier, 1999, p. 42; U. SUTHERSANEN, "A Brief Tour of 'Utility Model' Law", *E.I.P.R.* 1998, p. 44 e.v. en Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot onderlinge aanpassing van het recht inzake gebruiksmodellen, COM(97) 691 def., PB C 36 van 3 februari 1998, p. 13.

Op grond van de hierboven aangehaalde leidraad komen we dan uiteindelijk tot het besluit dat de beoogde comparatieve toetsing rond het theoretisch optimale ingrijpen, het ingrijpen van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken concreet dient te vergelijken met het ingrijpen van het auteursrecht, het octrooirecht en het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging' om via een zo compact mogelijke toetsing tot een geldige en relevante evaluatie te komen van de 'specialisatie' die deze *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht.

Deel III Toetsing van de wenselijkheid van de specialisatie door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken

In dit derde deel toetsen we nu de wenselijkheid van de 'specialisatie' die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht. We evalueren daarbij zoals aangegeven de 'specialisatie', die deze *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren op het vlak van het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming, die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht. Bij deze evaluatie komt het er, zoals gezegd, op aan om vast te stellen of de *bijdrage*, die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, leveren tot een meer gerechtvaardigde coördinatie van gedragingen bij het verlenen van deze specifieke soort investeringsbescherming, de *inspanningen* overstijgt die deze *sui generis* intellectuele rechten met zich meebrengen om regelgevende bepalingen rond het intellectuele eigendomsrecht toepassing te laten vinden.

Om de zonet omschreven evaluatie uit te voeren van de 'specialisatie' die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht, opteren we, zoals aangegeven, voor een 'comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen'. Het concept van deze comparatieve toetsing bestaat er, zoals aangegeven, in om na te gaan of het *concrete* ingrijpen van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten, op het vlak van het verlenen van een investeringsbescherming rond respectievelijk chips, computerprogramma's en databanken, *nauwer of minder nauw aansluit* bij het relevante, *theoretisch* optimale ingrijpen rond deze soorten incorporaties van inspanningen op grond van het intellectuele eigendomsrecht, *dan* het geval is voor het *concrete* ingrijpen van de overige intellectuele rechten of het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging' dan wel voor het ontkennen van elke bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht. Om hierbij het referentiepunt vast te stellen van het relevante, *theoretisch* optimale ingrijpen op grond van het intellectuele eigendomsrecht, richten we ons zoals aangegeven naar de richtlijnen die de systematiek rond 'imitatievoordeel' biedt om tot een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling te komen van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht met het oog op het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming, die de rode draad vormt doorheen dit ingrijpen. Om de 'mechaniek' van het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging' te ontleden met het oog op het doorvoeren van de betrokken comparatieve toetsing doen we zoals aangegeven een beroep op de theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten' wat de intellectuele rechten betreft en op de theorie rond 'objectiefrechtelijke gedragsregels' wat het ingrijpen betreft tegen 'parasitaire mededinging'. Steunend op de richtlijnen van de systematiek rond 'imitatievoordeel' zijn we, zoals aangegeven, ook tot het besluit gekomen dat we ons bij de concrete uitvoering van de betrokken comparatieve toetsing kunnen focussen op de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging', om via deze toetsing tot een correcte en relevante evaluatie te komen van de 'specialisatie' die de betrokken *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht.

In dit deel komt het er nu dus op aan om de zonet omschreven comparatieve toetsing uit te werken en te beschrijven om zo tot een concrete beoordeling te komen van de wenselijkheid van de 'specialisatie', doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht. Om de uitwerking en de beschrijving van deze toetsing zo doelmatig mogelijk te houden, opteren we daarbij voor een aanpak die gekenmerkt is door de volgende opties.

Een eerste richtlijn die we hanteren bij de uitwerking van deze comparatieve toetsing is dan dat we niet ingaan op de 'limieten' en 'uitzonderingen' binnen de betrokken beschermingsregelingen in zoverre hierin, geredeneerd vanuit de systematiek rond 'imitatievoordeel', geen verantwoording kan liggen voor de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken. Het heeft immers weinig zin om dieper in te gaan op de 'limieten' en 'uitzonderingen' binnen de betrokken beschermingsregelingen indien al van meet af aan duidelijk is dat deze, in het licht van de systematiek rond 'imitatievoordeel' die wij als referentiepunt nemen om de specialisatie te evalueren doorgevoerd door de betrokken *sui generis* intellectuele rechten, niet in staat zijn om deze specialisatie te rechtvaardigen.

Deze eerste richtlijn om ons bij de uitwerking van de hierboven besproken comparatieve toetsing te beperken tot die 'limieten' en 'uitzonderingen' die inderdaad ook de wenselijkheid kunnen verklaren van de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, houdt daarbij dan in de eerste plaats concreet het volgende in: in de regel gaan we niet in op specifieke 'uitzonderingen' binnen de beschermingsregelingen die opgenomen zijn binnen deze comparatieve toetsing. Onze aandacht gaat dus in beginsel enkel uit naar de inherente 'limieten' van de bescherming die de betrokken beschermingsregelingen verlenen. Om te bepalen of een beperking van de toegekende bescherming binnen de betrokken beschermingsregelingen te kwalificeren is als een 'limiet' dan wel als een 'uitzondering' richten wij ons dan naar de analyse die de systematiek rond 'imitatievoordeel' voorstaat. De beperkingen binnen de intellectuele rechten rond het maken van privé-kopieën analyseren we vanuit die benadering dan bijvoorbeeld concreet als 'uitzonderingen' omdat de systematiek rond 'imitatievoordeel' niet aangeeft dat de bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht zich inherent niet behoort uit te strekken tot handelingen in privé-kring. Deze analyse van de betrokken beperkingen rond privé-kopieën als 'uitzonderingen' impliceert ook dat we het niet nodig achten om deze verder te behandelen.

Onze argumentatie om niet in te gaan op specifieke 'uitzonderingen' is, in essentie, dat de inhoud van een specifieke 'uitzondering', volgens ons, niet kan rechtvaardigen waarom een 'bescherming op maat' een specialisatie van het intellectuele eigendomsrecht vraagt door middel van een, afzonderlijke *sui generis* beschermingsregeling. Het concrete toepassingsgebied en de reikwijdte van een specifieke 'uitzondering' laten zich immers vrij flexibel vaststellen 'op maat', zonder dat dit het noodzakelijkerwijze onmogelijk maakt om de betrokken 'uitzondering' op te nemen binnen een bestaand beschermingsregime. Meer concreet, indien een bescherming op maat van chips bijvoorbeeld inderdaad enkel zou verschillen van de bescherming op grond van auteursrecht op het vlak van een specifieke 'uitzondering', dan zou het weinig problemen vormen om chips een bescherming op maat te geven binnen het auteursrecht. Dit zou dan immers enkel vragen om binnen het auteursrecht de betrokken specifieke 'uitzondering' in te lassen voor chips. Opdat een 'bescherming op maat' de introductie van een nieuw *sui generis* beschermingsregime zou kunnen rechtvaardigen, moet deze bescherming 'op maat', volgens ons, dus al meer vragen dan een specifieke 'uitzondering'.

Er zijn echter twee gevallen waarin we het aangewezen achten om niettemin dieper in te gaan op twee soorten bepalingen die veelal als specifieke 'uitzonderingen' gezien worden rond sommige categorieën voorbehouden handelingen: 1.) de specifieke beperkingen die het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht voorzien om 'reverse engineering' te regelen en 2) de expliciete beperkingen die het auteursrecht, het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* voorzien om een 'rechtmatig gebruik' mogelijk te maken van incorporaties van beschermde resultaten van inspanning.

De reden waarom we ondanks onze focus op 'limieten' niettemin ingaan op de specifieke beperkingen die gericht zijn op het regelen van 'reverse engineering' binnen het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht is dan met name dat verschillende auteurs de betrokken 'reverse engineering'-regelingen nu eenmaal reeds aanhaalden als een belangrijk argument om de intellectueelrechtelijke bescherming rond chips en computerprogramma's onder te brengen binnen *sui generis* intellectuele rechten¹⁰⁸⁹.

Onze reden om uitdrukkelijk stil te staan bij de zonet aangehaalde uitdrukkelijke beperkingen die gericht zijn op het vrijstellen van een 'rechtmatig gebruik', is dan met name de volgende: dat deze beperkingen die voor het eerst geïntroduceerd werden binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond computerprogramma's en databanken, tekenend kunnen zijn voor een paradigma-wissel bij het vastleggen van de 'limieten' van de exclusieve bevoegdheid die intellectuele rechten de rechthebbende verlenen over het 'gebruiken' van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object', 'limieten' die de systematiek rond 'imitatievoordeel', zoals aangegeven, wezenlijk acht. De traditionele benadering op dit punt bestaat er immers in om de intellectuele rechten 'limieten' te stellen op het vlak van het verlenen van een exclusieve bevoegdheid over het gebruiken van, minstens door de rechthebbende reeds in het verkeer gebrachte, zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object'. De betrokken uitdrukkelijke beperkingen die gericht zijn op het vrijstellen van een 'rechtmatig gebruik' binnen de

¹⁰⁸⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld DREIER die stelt: "...the reverse engineering exception has decisively influenced the system of protection as one of *sui generis*" T. DREIER, "Development of the Protection of Semiconductor Integrated Circuits", *IIC* 1988, p. 460; In dezelfde zin bijvoorbeeld ook: A. MEIJBOOM, "Das niederländische Gesetz über den Schutz von Halbleitertopographien", *GRURInt* 1988, p.924 en 928 A. STROWEL, "La loi belge du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur: vers un droit d'auteur *sui generis*?", *R.I.D.A.* 1995, p. 225-227.

sui generis intellectuele rechten rond computerprogramma's en databanken, lenen zich daarentegen tot een interpretatie waaruit een geheel andere benadering blijkt: een benadering waarbij de exclusieve bevoegdheid op grond van intellectuele rechten zich initieel uitstrekt tot elk gebruiken van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object', ook van deze die de rechthebbende reeds vrijwillig 'in het verkeer' bracht, en waarbij dit 'gebruiken' dan vervolgens enkel vrijgesteld wordt van deze exclusieve bevoegdheid rond 'gebruiken' in het licht van wat de betrokken expliciete 'beperkingen' aanduiden als een 'rechtmatig gebruik'. Omdat deze uitdrukkelijke beperkingen rond het vrijstellen van een 'rechtmatig gebruik' eventueel kunnen getuigen van de zonet beschreven paradigma-wissel op het vlak van de 'limieten' van de betrokken intellectuele rechten laten we ze ook uitdrukkelijk aan bod komen bij de uitwerking van onze comparatieve toetsing met het oog op het evalueren van de wenselijkheid van de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken.

De zonet vermelde eerste richtlijn om ons bij de uitwerking van de hierboven besproken comparatieve toetsing te beperken tot die 'limieten' en 'uitzonderingen' die inderdaad ook de wenselijkheid kunnen verklaren van de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, houdt dan in de tweede plaats ook concreet het volgende in: we gaan niet in op de invulling die de 'limiet' rond de duurtijd van de bescherming krijgt binnen de beschermingsregelingen die opgenomen zijn binnen deze comparatieve toetsing. Onze argumentatie voor deze aanpak is in essentie opnieuw dat deze beperking van de beschermingsduur, volgens ons, niet kan rechtvaardigen waarom een 'bescherming op maat' de introductie vroeg van een nieuw *sui generis* beschermingsregime. Uiteindelijk is het immers goed denkbaar dat deze 'limiet' rond de beschermingsduur zich ook binnen eenzelfde beschermingsregime nog vrij flexibel 'op maat' laat bepalen van onderscheiden soorten resultaten van inspanningen. Indien een bescherming 'op maat' van chips bijvoorbeeld inderdaad enkel zou verschillen van de bescherming op grond van auteursrecht op het vlak van de aangewezen duur van de toegekende bescherming, dan zou het uiteindelijk weinig problemen vormen om chips een bescherming 'op maat' toe te kennen binnen het auteursrecht. Dit zou dan in wezen enkel vragen dat het auteursrecht een andere beschermingsduur bepaalt voor 'topografieën van halfgeleiders' als voor andere 'werken'. Opdat een 'bescherming op maat' de introductie van een nieuw *sui generis* beschermingsregime zou kunnen rechtvaardigen, moet deze bescherming 'op maat', volgens ons, dus al meer vragen dan enkel een beschermingsduur die verschilt van de beschermingsduur die de bestaande beschermingsregelingen voorzien.

Een tweede richtlijn die we hanteren bij de uitwerking van de hierboven aangehaalde comparatieve toetsing is dan dat we er voor opteren om de structuur van onze bespreking rond de uitvoering van deze toetsing in eerste instantie te richten op de 'parameters' die de afstelling beheersen van het ingrijpen van intellectuele rechten en niet zozeer op de 'parameters' die de afstelling beheersen van het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging'. Bij deze keuze laten wij ons leiden door twee overwegingen. De eerste overweging is dan met name de praktische vaststelling dat het merendeel van de beschermingsregimes binnen de uit te voeren comparatieve toetsing nu eenmaal intellectuele rechten zijn. De tweede overweging is dan dat het niet onmogelijk is om de 'parameters' die de afstelling van het ingrijpen beheersen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen 'parasitaire mededinging' te transponeren naar de parameters die de afstelling van het ingrijpen beheersen van intellectuele rechten. Meer zelfs, door deze transponering wordt het volgens ons zelfs eenvoudiger om te beoordelen in welke mate een ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen 'parasitaire mededinging' eventueel een alternatief biedt voor de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken.

In het licht van de zonet beschreven concrete aanpak om de hierboven aangehaalde comparatieve toetsing uit te werken en te beschrijven waarop wij terugvallen om de wenselijkheid te evalueren van de 'specialisatie' doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht, gaan we nu achtereenvolgens in op de volgende punten. In de eerste plaats (1.), bespreken we of de wenselijkheid van de specialisatie doorgevoerd deze *sui generis* intellectuele rechten, kan volgen uit de invulling die zij geven aan de parameters die de beoordeling beheersen rond het toekennen van hun bescherming. In de tweede plaats (2.), behandelen we of de wenselijkheid van de specialisatie doorgevoerd deze *sui generis* intellectuele rechten, kan volgen uit de invulling die zij geven aan de parameters die de afbakening beheersen van het 'object', de groep zintuiglijk waarneembare manifestaties, waarover zij, bij het toekennen van hun bescherming, een exclusieve bevoegdheid verlenen. In de derde plaats (3.), bespreken we of de wenselijkheid van de 'specialisatie' doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en

databanken, kan volgen uit de invulling die zij geven aan de parameters die de afbakening beheersen van de ‘exclusieve bevoegdheid’ die zij, bij het toekennen van bescherming, verlenen over een ‘object’. In de vierde plaats (4.), gaan we ook specifiek in op de vraag of de wenselijkheid van de ‘specialisatie’ doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips en computerprogramma’s, kan volgen uit de uitdrukkelijk bepalingen die zij voorzien om ‘reverse engineering’ te regelen. In het licht van de bespreking rond deze vier punten, maken we dan, ten slotte (5.), de balans op van de inzichten die onze comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen oplevert rond de wenselijkheid van de ‘specialisatie’ doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht.

1. Het toekennen van bescherming

In dit eerste onderdeel bespreken we nu of de wenselijkheid van de ‘specialisatie’ die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, onderling en ten aanzien van het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, kan volgen uit de invulling die deze *sui generis* intellectuele rechten geven aan het volgende: de parameters die de beoordeling beheersen rond het toekennen van hun bescherming. Daartoe gaan we met name als volgt te werk. Ten eerste (1.1.) geven we aan welke invulling het auteursrecht, het octrooirecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ geven aan de parameters die de beoordeling beheersen rond het toekennen van hun bescherming. Ten tweede (1.2.) bespreken we dan de invulling die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken geven aan de parameters die de beoordeling beheersen rond het toekennen van hun bescherming. Ten slotte (1.3.), gaan we dan na of de betrokken *sui generis* intellectuele rechten, in vergelijking met het auteursrecht, het octrooirecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, een verschillende invulling geven aan de betrokken parameters die, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, als volgt te analyseren is: als een wenselijke specialisatie op het vlak van het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht.

1.1. Traditionele beschermingsregelingen

In het kader van ons onderzoek rond de wenselijkheid van de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht, bespreken we in de eerste plaats dus het toekennen van bescherming op grond van de relevante, traditionele beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht. Concreet gaan we in wat volgt dieper in op de beoordeling die aan de orde is bij het toekennen van bescherming op grond van (1.1.1.) het octrooirecht, (1.1.2.) het auteursrecht en (1.1.3.) het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’.

1.1.1. Octrooirecht

Om bescherming toe te kennen, vereist het octrooirecht, als registerrecht, dat een geldige octrooiaanvraag blijkt geeft van het belichamen van een octrooieerbare ‘uitvinding’. Een bescherming op grond van het octrooirecht, vraagt dus ten eerste dat een resultaat van inspanningen een beschrijving kreeg in een specifiek soort referentie-incorporatie, met name een geldige ‘octrooiaanvraag¹⁰⁹⁰’. Ten tweede vereist een bescherming op grond van het octrooirecht, dan ook dat het in de octrooiaanvraag beschreven resultaat van inspanningen, kwalificeert als een octrooieerbare ‘uitvinding¹⁰⁹¹’. Een ‘uitvinding’ kunnen we daarbij omschrijven als een leer rond een planmatige inzet van beheersbare natuurkrachten die, uitgewerkt in een bepaalde werkwijze of een bepaald voortbrengsel, toelaat om zintuiglijk waarneembare manifestaties een bepaald, causaal te voorspellen, resultaat te laten

¹⁰⁹⁰ Zie in dit verband: art. 83-84 Europees Octrooiverdrag en art. XI.18. WER (oud art. 17 Octrooiwet)

¹⁰⁹¹ Zie: art. 52 Europees Octrooiverdrag en art. XI.4. WER (oud art. 3 Octrooiwet).

bereiken¹⁰⁹². Opdat een leer die kan kwalificeren als een dergelijke ‘uitvinding’ ook een octrooieerbare ‘uitvinding’ zou uitmaken moet deze nu met name ‘technisch karakter’ vertonen, ‘nieuw’ zijn, op ‘uitvinderswerkzaamheid’ berusten en daadwerkelijk vatbaar zijn voor ‘toepassing op het gebied van de nijverheid¹⁰⁹³’. Deze vereisten om te spreken van een octrooieerbare ‘uitvinding’ vult het octrooirecht daarbij in de regel aan met een uitdrukkelijke uitsluiting die, op niet-exhaustieve wijze, aangeeft dat een leer die betrekking heeft op bepaalde onderwerpen of werkzaamheden ‘als zodanig’, niet kan kwalificeren als een octrooieerbare ‘uitvinding’. Richtinggevend in die zin in Europa is met name de zogeheten ‘als zodanig’-uitsluiting van art. 52 Europees Octrooiverdrag die aangeeft dat een leer niet te beschouwen is als een octrooieerbare ‘uitvinding’, in het bijzonder, indien deze betrekking heeft op de volgende onderwerpen of werkzaamheden ‘als zodanig’: “a) ontdekkingen, alsmede natuurwetenschappelijke theorieën en wiskundige methoden; b) esthetische vormgevingen; c) stelsels, regels en methoden voor het verrichten van geestelijke arbeid, voor het spelen of voor de bedrijfsvoering, alsmede computerprogramma's; d) presentatie van gegevens¹⁰⁹⁴.” Daarnaast bevat het octrooirecht ook uitdrukkelijk uitsluitingen rond de octrooieerbaarheid van uitvindingen die betrekking hebben op levend materiaal en rond de octrooieerbaarheid van uitvindingen waarvan de commerciële exploitatie strijdig zou zijn met de openbare orde of met de goede zeden¹⁰⁹⁵.

In verband met de zonet aangehaalde vereisten en uitsluitingen die het octrooirecht naar voor schuift rond het toekennen van bescherming, is overigens op te merken dat de inrichting van het octrooirecht als registerrecht ook impliceert dat deze steeds te toetsen zijn puur op basis van de octrooiaanvraag en de beschrijving die deze geeft van de leer tot planmatig handelen die toepassing vindt in voortbrengselen of werkwijzen en waarrond octrooibeschermt opgeëist wordt¹⁰⁹⁶. Het referentiepunt bij de beoordeling rond het toekennen van

¹⁰⁹² Wat deze omschrijving betreft van een ‘uitvinding’ steunen we op de omschrijving van het begrip ‘uitvinding’ in: Bundesgerichtshof 27 maart 1969 (“Rote Taube”-zaak), GRUR 1969, p.673, waar het luidt: “...daß als patentierbar eine gewerblich verwertbare neue fortschrittliche und erfinderische Lehre zum planmäßigen Handeln unter Einsatz beherrschbarer Naturkräfte zur Erreichung eines kausal übersehbaren Erfolgs angesehen werden kann.”; Zie in verband met het gezaghebbend karakter van deze omschrijving, bijvoorbeeld: R. KRABER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht* – , München, C.H. Beck, 2009.; R. BAKELS, “Van software tot erger: op zoek naar de grenzen van het octrooirecht”, *IER* 2003, p.214 en K. MELULLIS, “Zur Patentfähigkeit von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen”, *GRUR* 1998, p. 844; Vergelijk met betrekking tot de definitie van een uitvinding echter ook de beschouwing binnen het Committee on Patent Law in het kader van het Europees Octrooiverdrag: “All attempts to establish a suitable definition of the term “invention” which would meet with approval at European or even international level have so far failed. It has, however, been part of the European legal tradition since the early days of the patent system that patent protection should be reserved for creations in the technical field. The subject-matter of a patentable invention must therefore have a “technical character” or - to be more precise - involve a “technical teaching”, ie an instruction addressed to a person skilled in the art as to how to solve a particular technical problem using particular technical means.” Committee on Patent Law, *Revision of EPC: Article 52(1)-(3)*, CA/PL 6/99 van 9 maart 1999, p.1, punt 3.

¹⁰⁹³ Zie in dit verband: Art. 52 (1) Europees Octrooiverdag (“Europese octrooien worden verleend voor iedere uitvinding, op alle gebieden van de technologie, mits zij nieuw is, op uitvinderswerkzaamheid berust en vatbaar is voor toepassing op het gebied van de nijverheid.”) en Europees Octrooibureau, *Guidelines for Examination in the European Patent Office*, München, Europees Octrooibureau, 2012, Deel G - Hoofdstuk I-1 (“There are four basic requirements for patentability: Art. 52(1) (i) there must be an “invention”, belonging to any field of technology (...); (ii) the invention must be “susceptible of industrial application” (...); (iii) the invention must be “new” (see G-IV to VI); and (iv) the invention must involve an “inventive step” (...). In addition to these four basic requirements, the examiner should be aware of the following two requirements that are implicitly contained in the EPC: (i) the invention must be such that it can be carried out by a person skilled in the art (after proper instruction by the application); ... (ii) the invention must be of “technical character” to the extent that it must relate to a technical field (Rule 42(1)(a)), must be concerned with a technical problem (Rule 42(1)(c)), and must have technical features in terms of which the matter for which protection is sought can be defined in the claim (Rule 43(1)”). Zie ook: art. XI.3., lid 1 en art. XI.6.-8. WER (oud art 2, lid 1 en art 5-7 Octrooiwet).

¹⁰⁹⁴ Woordelijk gelijk: art. XI.4., §1 WER (oud art. 3, §1 Octrooiwet).

¹⁰⁹⁵ Zie in dit verband: art. 53 Europees Octrooiverdrag en art. XI.5. WER (oud art. 4 Octrooiwet).

¹⁰⁹⁶ Met betrekking tot het gegeven dat, wat de toepassing van het octrooirecht betreft, de schriftelijke octrooiaanvraag steeds het bepalende uitgangpunt is, bijvoorbeeld: B. GODENHIELM, “Ist die Erfindung etwas Immaterielles?”, *GRUR Int* 1996, p.329 (“Erst in der Patentschrift erlangt eine Erfindung patentrechtliche

octrooirechtelijke bescherming is niet een daadwerkelijke toepassing van de betrokken leer. Dit blijkt op zich reeds uit het feit dat het octrooirecht voor het toekennen van bescherming, weliswaar vereist dat de beschreven leer toepasbaar is¹⁰⁹⁷, maar niet vereist dat de betrokken leer ook reeds een daadwerkelijk toepassing kreeg¹⁰⁹⁸.

Een bijzonderheid binnen het octrooirecht is, ten slotte, ook dat het gebruikelijk is om een onderscheid te maken tussen ‘voortbrengsel-uitvindingen’ en ‘werkwijze-uitvindingen’, naargelang het gaat om een leer rond een planmatige inzet van beheersbare natuurkrachten waarvan de uitwerking betrekking heeft op een bepaald

Bedeutung”) en Brussel 17 september 2004, *Ing.-Cons.* 2004, p. 367 (Het Hof stelt dat om de nieuwigheid te beoordelen van een octrooi ten aanzien van een ander octrooi, de twee octrooien moeten vergeleken worden op basis van de teksten, tekeningen en, in het bijzonder de octrooi-conclusies, maar niet op basis van de producten die gerealiseerd worden bij het toepassen van deze octrooien.).

De vaststelling van de uitvinding of van de, met betrekking tot incorporaties ervan in voortbrengselen of methodes, uitgewerkte leer tot planmatige inzet van natuurkrachten, gebeurt hierbij met name, zowel wat vragen rond het toekennen van octrooirechtelijke bescherming betreft als wat vragen betreft rond het afbaken van de toegekende octrooirechtelijke bescherming, door een interpretatie van de bewoordingen van de octrooiaanvraag in het licht van bepaalde regels rond deze interpretatie. Zie in dit verband, bijvoorbeeld: A. STENVIK, "Protection for Equivalents Under Patent Law - Theories and Practice", *IIC* 2001, p. 6 e.v.; M. FLAMÉE, "Beschermingsomvang van octrooien, Equivalentiemethode" in P. VANCRAESBEECK (ed.), *Problemen van Octrooirecht*, Kluwer, Diegem, 1994, p. 299; Op het vlak van deze interpretatieregels gelden binnen Europa twee tradities.

In de eerste plaats is er de Angelsaksische traditie waarbij, enerzijds, vereist wordt dat in de octrooiaanvraag alle mogelijke incorporaties in voortbrengselen of methodes aangegeven worden van de leer waarrond octrooirechtelijke bescherming gezocht wordt, en waarbij, anderzijds, wat de interpretatie betreft van de octrooiaanvraag, in het licht van vragen rond het toekennen van octrooirechtelijke bescherming en het afbaken van de toegekende octrooirechtelijke bescherming, in beginsel nauwer vastgehouden wordt aan de letterlijke bewoordingen van de octrooiaanvraag, binnen een zogeheten ‘purposive construction’. Zie in dit verband bijvoorbeeld: House of Lords, 17 november 1980 (*Catnic Components v. Hill & Smith*), *R.P.C.* 1982, p. 183; Patents Court, 16 mei 1989, (*Improver Corporation v. Remington Consumer Products*), *F.S.R.* 1990, p. 181; D. BAINBRIDGE, *Intellectual Property*, Harlow, Pearson 2007, p. 444 e.v. en W. CORNISH en D. LEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 170 e.v..

In de tweede plaats is er de Europees continentale traditie waarbij, enerzijds, verwacht wordt dat de octrooiaanvraag enkel een mogelijke incorporatie in voortbrengselen of methodes aangeeft van de leer waarrond octrooirechtelijke bescherming gezocht wordt, en waarbij, anderzijds, wat de interpretatie betreft van de octrooiaanvraag, in het licht van vragen rond het toekennen van octrooirechtelijke bescherming en het afbaken van de toegekende octrooirechtelijke bescherming, naast de letterlijke bewoordingen van de octrooiaanvraag ook, in het licht van een zogeheten ‘equivalentie-leer’, rekening gehouden wordt met ‘equivalenten’, dit wil zeggen met zintuiglijk waarneembare manifestaties, waarvan het werkingsprincipe en het resultaat van hun werking, gelijk zijn aan deze van de in de octrooiaanvraag beschreven voortbrengselen of methodes, waarrond de leer tot planmatige inzet van natuurkrachten in de octrooiaanvraag uitgewerkt is. Zie in dit verband, bijvoorbeeld: R. PEETERS en B. VANDERMEULEN, "De Equivalentieleer in de Belgische Octrooirechtspraak", *I.R.D.I.* 2003, p.131; A. STENVIK, "Protection for Equivalents Under Patent Law - Theories and Practice", *IIC* 2001, p. 1 e.v.; H. BERTRAMS, *Equivalentie in het Octrooirecht*, Deventer, Kluwer, 1998, 345 p.; M. FLAMÉE, "Beschermingsomvang van octrooien, Equivalentiemethode" in P. VANCRAESBEECK (ed.), *Problemen van Octrooirecht*, Diegem, Kluwer, 1994, p. 312 e.v..

Uitgebreid met betrekking tot de mate waarin ‘purposive construction’ en de ‘equivalentie-leer’ al dan niet tot gelijkaardige resultaten leiden op het vlak van het verlenen van octrooirechtelijke bescherming, bijvoorbeeld: K. GRABINSKI, “‘Schneidmesser’ versus ‘Amgen’ - Zum Sinn oder Unsinn patentrechtlicher Äquivalenz”, *GRUR* 2006, p.714 e.v.; L. HOFFMANN, "Patent Construction", *GRUR* 2006, 720 e.v.; J. BRINKHOF, "Is There a European Doctrine of Equivalence?", *I.I.C.* 2002, p.911 e.v. (Die deze vraag behandelt in het licht van art. 69 Europees Octrooiverdrag en art. 1 Protocol inzake de uitlegging van art. 69 Europees Octrooiverdrag).

¹⁰⁹⁷ Art. 52, 1° en art. 57 Europees Octrooiverdrag en art. XI.3., lid 1 en art. XI.8. WER (oud art. 2, lid 1 en art. 7 Octrooiwet).

¹⁰⁹⁸ Vergelijk op dit punt BAKELS, die terecht observeert: “Op het moment van aanvraag en verlening van een octrooi hoeft overigens nog niet één exemplaar van het betreffende voortbrengsel te zijn vervaardigd. De ‘conclusies’ van het octrooi geven slechts een beschrijving van het voortbrengsel dat op basis van de geoctrooieerde uitvinding zou kunnen worden vervaardigd. Het verleende octrooi geeft de houder een exclusief recht tot bepaalde handelingen met betrekking tot het eventueel te vervaardigen voortbrengsel.” R. BAKELS, "Software: werkwijze of voortbrengsel?", *B.I.E.* 2003, p. 430.

‘voortbrengsel’ dan wel een bepaalde ‘werkwijze’¹⁰⁹⁹. Op het vlak van het toekennen van bescherming uit dit onderscheid tussen ‘voortbrengsel-uitvindingen’ en ‘werkwijze-uitvindingen’ zich dan met name in het feit dat aanvaard is dat, binnen een octrooiaanvraag, steeds aan te geven is of de bescherming op grond van het octrooirecht geclaimd wordt voor een ‘voortbrengsel-uitvinding’ dan wel voor een ‘werkwijze-uitvinding’. Daarbij is het dan, naargelang het geval, de leer rond een planmatige inzet van beheersbare natuurkrachten, zoals deze uitgewerkt is binnen een bepaalde werkwijze dan wel een bepaald voortbrengsel, die moet kwalificeren als een ‘octrooieerbare uitvinding’. Het is echter vooral op het vlak van de omvang van de toegekende bescherming dat dit onderscheid tussen ‘voortbrengsel-uitvindingen’ en ‘werkwijze-uitvindingen’ een belangrijke rol speelt¹¹⁰⁰. In het geval van een octrooieerbare ‘voortbrengsel-uitvinding’ geldt immers dat de door het octrooirecht toegekende bescherming zich uitstrekt tot elk daadwerkelijk gerealiseerd ‘voortbrengsel’ dat een relevante en voldoende gelijkenis vertoont met de kenmerken die het binnen de octrooiaanvraag beschreven ‘voortbrengsel’ dankt aan deze uitvinding. Bij de afbakening van de toegekende bescherming in het kader van een octrooieerbare ‘voortbrengsel-uitvinding’ is het daarbij dus om het even langs welke weg of via welke werkwijze het gerealiseerde ‘voortbrengsel’ tot deze relevante en voldoende gelijkenis kwam. Bij een octrooieerbare ‘werkwijze-uitvinding’ daarentegen strekt de door het octrooirecht toegekende bescherming zich enkel uit tot de daadwerkelijk toepassing van een ‘werkwijze’ en tot rechtstreeks via een ‘werkwijze’ verkregen ‘voortbrengselen’¹¹⁰¹ indien geldt dat de daarbij gerealiseerde ‘werkwijze’ een relevante en voldoende gelijkenis vertoont met de kenmerken die de binnen de octrooiaanvraag beschreven ‘werkwijze’ dankt aan deze uitvinding. Belangrijk hierbij is dus dat bescherming die het octrooirecht toekent naar aanleiding van een octrooieerbare ‘werkwijze-uitvinding’ zich niet uitstrekt tot ‘voortbrengselen’, zelf niet identieke ‘voortbrengselen’, die verkregen zijn via een andere ‘werkwijze’ dan deze waarop de betrokken ‘werkwijze-uitvinding’ betrekking heeft. Ten slotte, is rond de afbakening van de toegekende bescherming ook nog op te merken dat aangenomen wordt dat de ‘uitputtingsleer’ zich binnen het octrooirecht niet uitstrekt tot het toepassen van een ‘werkwijze’ en integendeel pas aanwending kan vinden indien sprake is van een ‘voortbrengsel’ of een ‘rechtstreek via een werkwijze verkregen voortbrengsel’¹¹⁰².

In het licht van het zonet beschreven onderscheid tussen ‘voortbrengsel-uitvindingen’ en ‘werkwijze-uitvindingen’ is dan echter op te merken dat de begrippen ‘voortbrengsel’ en ‘werkwijze’ geen uitdrukkelijk definitie krijgen binnen het octrooirecht en soms ook voor discussie en onduidelijkheid zorgen. Rond een ‘voortbrengsel’ is het gebruikelijk om aan te nemen dat dit verwijst naar een ‘lichamelijke’ zintuiglijk waarneembare manifestatie waarin de octrooieerbare uitvinding toepassing vindt¹¹⁰³. Wat een ‘werkwijze’ betreft, geldt gewoonlijk dat dit slaat op een bepaalde door de octrooieerbare uitvinding beschreven wijze van inwerken op zintuiglijk waarneembare manifestaties die ‘onlichamelijk’ is in zoverre het enkel gaat om de wijze van inwerken en niet om het resultaat

¹⁰⁹⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: K. BERESFORD, *Patenting Software under the European Patent Convention*, London, Sweet & Maxwell, 2000, p. 13.

¹¹⁰⁰ Zie in verband met de onderscheiden beschermingsomvang van voortbrengsel- en werkwijzeconclusies: art. XI.28. en XI.29. WER (oud art 26 en 27 octrooiwet); Zie in dit verband ook bijvoorbeeld: B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire : créer, protéger et partager les inventions au XXI^e siècle*, Brussel, Larcier, 2010, p. 87; R. BAKELS, "Software: werkwijze of voortbrengsel?", *B.I.E.* 2003, p. 430; W. CORNISH and D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 174 e.v..

¹¹⁰¹ Zie bijvoorbeeld: R. KRAßER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht –*, München, C.H. Beck, 2009, p. 771 (“Nach § 9 Satz 2 Nr. 3 PatG unterliegen Handlungen, die sich auf unmittelbare Erzeugnisse patentierter Verfahren beziehen, den gleichen Verbotswirkungen wie Handlungen in bezug auf Erzeugnisse, die als solche „Gegenstand“ eines Patents sind. Ein Unterschied in der Tragweite des Schutzes ergibt sich freilich daraus, daß die Verbotswirkung des Verfahrenspatents Erzeugnisse nur dann ergreift, wenn diese durch das patentierte Verfahren hergestellt sind, während sie sich beim Erzeugnispatent ohne Rücksicht auf den Herstellungsweg geltend macht. Daraus erklärt sich auch, daß bei den Verfahrenserzeugnissen das Herstellen im Gesetz nicht genannt ist. Diese Handlung kommt als Verletzung des Verfahrenspatents nur in Betracht, wenn sie mittels des geschützten Verfahrens geschieht, und ist insoweit bereits durch den Tatbestand der Anwendung des Verfahrens (§ 9 Satz 2 Nr. 2 PatG) erfaßt.”).

¹¹⁰² Zie bijvoorbeeld: R. BAKELS, "Software: werkwijze of voortbrengsel?", *B.I.E.* 2003, p. 430-431.

¹¹⁰³ Vergelijk: M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Brussel, Larcier, 1999, p. 53 (“Le produit nouveau peut être défini comme un corps déterminé ayant une composition mécanique ou une structure chimique particulière qui le distingue des autres corps.”).

van dit inwerken binnen zintuiglijk waarneembare manifestaties¹¹⁰⁴. In zoverre de voor een bepaalde ‘werkwijze’ kenmerkende wijze van inwerken op zintuiglijk waarneembare manifestaties rechtstreeks resulteert in een ‘lichamelijke’ zintuiglijk waarneembare manifestatie, is de betrokken ‘lichamelijke’ zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het octrooirecht echter wel relevant als een ‘rechtstreeks via de werkwijze verkregen voortbrengsel’.

Een eerste punt van discussie is dan met name of het soort ‘werkwijze-uitvindingen’ dat bescherming kan genieten op grond van het octrooirecht op te vatten is als een leer rond hoe iets te realiseren is dan wel als een leer rond hoe het gerealiseerde iets werkt¹¹⁰⁵. Enerzijds is er in dit verband de opvatting dat een ‘werkwijze-uitvinding’ slaat op een leer rond de wijze waarop een mens moet inwerken op zintuiglijk waarneembare manifestaties om op die manier tot een soort zintuiglijk waarneembare manifestatie te komen met een bepaalde geschiktheid tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen. De implicatie van deze interpretatie is dan met name dat de octrooirechtelijke bescherming rond de ‘werkwijze’ zich, onder de categorie voorbehouden handelingen ‘toepassen van een werkwijze’, uitstrekt tot die gevallen waarin een mens de betrokken werkwijze aanwendt om te komen tot de betrokken soort zintuiglijk waarneembare manifestatie maar, in beginsel, *niet* tot het gebruik dat mensen maken van de aan de hand van de betrokken werkwijze verkregen zintuiglijk waarneembare manifestatie. Het zonet omschreven gebruik brengt de octrooirechtelijke bescherming rond de ‘werkwijze’ dan weliswaar onder de exclusieve bevoegdheid van de rechthebbende onder de categorie voorbehouden handelingen ‘gebruiken’, met name in zoverre het hierbij gaat een om een ‘gebruiken’ van een rechtstreeks via de betrokken werkwijze verkregen ‘voortbrengsel’, maar deze bevoegdheid van de rechthebbende om het ‘gebruiken’ te controleren is daarbij beperkt door de limiet van de ‘uitputtingsleer’. Concreet houdt deze interpretatie van de notie ‘werkwijze-uitvindingen’ dus het volgende in: dat de rechthebbende zich *niet meer* kan beroepen op de octrooirechtelijke bescherming rond zijn ‘werkwijze-uitvinding’ om een ‘gebruiken’ te controleren van een rechtstreeks via de betrokken werkwijze verkregen zintuiglijk waarneembare manifestatie die hij reeds met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht. Anderzijds is er nu dus echter ook de opvatting dat een ‘werkwijze-uitvinding’ slaat op een leer rond de wijze waarop een door de mens vervaardigde soort zintuiglijk waarneembare manifestatie inwerkt op zintuiglijk waarneembare manifestaties om op die manier bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen. De implicatie van deze interpretatie is dat de octrooirechtelijke bescherming rond de betrokken ‘werkwijze’ zich dan, onder categorie voorbehouden handelingen ‘toepassen van een werkwijze’, uitstrekt tot alle gevallen waarin mensen het vervaardigde soort zintuiglijk waarneembare manifestatie aanwenden voor hun behoeftebevrediging, meer bepaald in de zin dat zij het betrokken soort zintuiglijk waarneembare manifestatie op de door de werkwijze beschreven manier laten inwerken op zintuiglijk waarneembare manifestaties om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen¹¹⁰⁶. Omdat de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ zich in principe niet uitstrekt tot de categorie voorbehouden handelingen ‘toepassen van een werkwijze’ betekent de betrokken interpretatie van de notie ‘werkwijze-uitvindingen’ dan echter ook het volgende: dat de rechthebbende, ook nadat hij de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie reeds met zijn toestemming in het verkeer bracht, zich nog steeds kan beroepen op de octrooirechtelijke bescherming rond zijn ‘werkwijze-uitvinding’ en met name zijn bevoegdheid om het ‘toepassen’ van de betrokken werkwijze te controleren om het gebruik te verbieden dat mensen maken van deze zintuiglijk

¹¹⁰⁴ Vergelijk: M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Brussel, Larcier, 1999, p. 53 (“*Le procédé peut être défini comme un moyen incorporel, une manière de faire, une formule, une série d'opérations qui servent à obtenir un produit ou un résultat.*”).

¹¹⁰⁵ Zie rond deze discussie, bijvoorbeeld uitdrukkelijk: R. BAKELS, “Software: werkwijze of voortbrengsel?”, *B.I.E.* 2003, p. 431 e.v.; Vergelijk op dit punt ook: R. HILTY, “Der Softwarevertrag - ein Blick in die Zukunft - Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software”, *MMR* 2003, p. 11 e.v..

¹¹⁰⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld ook: R. BAKELS, “Software: werkwijze of voortbrengsel?”, *B.I.E.* 2003, p. 431 (“*Veel vaker beschrijven softwareoctrooien echter, wat er geïmplementeerd moet worden om een bepaalde functionaliteit te realiseren: een algoritme, een protocol, een gegevensformaat of iets dergelijks. Ook zulke octrooien worden dikwijls geformuleerd als werkwijzeoctrooien. De gedachte daarachter zou kunnen zijn, dat zulke octrooien beschrijven op welke wijze bepaalde software werkt. ... De consequentie van deze zienswijze is, dat degene die zulke software 'draait', degene is die de geoctrooide werkwijze toepast. Aan degene die dergelijke software aanschaf zal dus een octrooilicentie moeten worden verleend voor de toepassing van die werkwijze (wellicht met uitzondering van het geval dat de software in de privé-sfeer gebruikt zal worden)*”).

waarneembare manifestatie dat gepaard gaat met de zintuiglijke waarneembare manifestatie op de door de werkwijze beschreven manier laten inwerken op zintuiglijk waarneembare manifestaties om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen¹¹⁰⁷.

Het tweede punt van discussie in het licht van de noties ‘voortbrengsel’, ‘werkwijze’ en ‘rechtstreeks via de werkwijze verkregen voortbrengsel’ is dan met name welke reikwijdte de notie ‘lichamelijk’ precies moet krijgen om een ‘voortbrengsel’ dan wel een ‘rechtstreeks via een werkwijze verkregen voortbrengsel’ te aanvaarden. Dit punt is daarbij dan bijvoorbeeld aan de orde als het er op aankomt om te bepalen of het resultaat van het uitvoeren van een werkwijze ook kan kwalificeren als een ‘rechtstreeks via deze werkwijze verkregen voortbrengsel’.

Enerzijds bestaat er in dit verband het standpunt dat de notie ‘lichamelijk’ bij de beoordeling of sprake is van een ‘voortbrengsel’ in het kader van het octrooirecht, eerder restrictief op te vatten is met name in de zin van, wat we menen te kunnen samenvatten als, ‘gebonden aan een niet-vluchtig substraat’. Bijvoorbeeld zintuiglijk waarneembare manifestaties uit metaal, hout of plastic gelden binnen deze opvatting dan als ‘lichamelijk’ met het oog op het kwalificeren als ‘voortbrengsel’ of een ‘rechtstreeks via een werkwijze verkregen voortbrengsel¹¹⁰⁸’. Geluidsgolven, lichtgolven of elektriciteit bijvoorbeeld kunnen binnen deze opvatting echter, bij gebrek aan ‘lichamelijkheid’ niet kwalificeren als een ‘voortbrengsel’ of een ‘rechtstreeks via een werkwijze verkregen voortbrengsel’. KLAUER en MÖHRING bijvoorbeeld geven in dit verband aan dat ‘licht’ dan misschien wel als ‘lichamelijk’ mag gelden binnen de corpusculaire theorie rond licht binnen de fysica, maar dat de algemene aanvaarde opvatting binnen het recht er in bestaat om licht als onlichamelijk te beschouwen¹¹⁰⁹.

Anderzijds is er echter ook het standpunt dat, bij de beoordeling of sprake is van een ‘voortbrengsel’ in de zin van het octrooirecht, het begrip ‘lichamelijk’ ruimer te verstaan is, met name als, samengevat in onze woorden, ‘geschikt om te circuleren binnen het handelsverkeer’. Binnen deze opvatting geldt dan met name dat binnen het octrooirecht een kwalificatie van geluidsgolven, lichtgolven of elektriciteit als ‘voortbrengsel’ of ‘rechtstreeks via een werkwijze verkregen voortbrengsel’ niet moet spaak lopen op een gebrek aan ‘lichamelijkheid’ indien het volgende criterium vervuld is: de betrokken geluidsgolven, lichtgolven of elektriciteit zijn uiteindelijk voldoende gebonden aan *een* substraat om te circuleren binnen het handelsverkeer¹¹¹⁰. HAHN geeft daarbij de volgende voorbeelden om de toepassing van dit criterium te illustreren. Elektriciteit die opgewekt wordt via een bepaalde werkwijze kan volgens hem kwalificeren als een ‘rechtstreeks via een werkwijze verkregen voortbrengsel’ omdat de opgewekte elektriciteit, als zij vervolgens verspreid wordt over het distributienet, ook kan circuleren binnen het handelsverkeer. Röntgenstralen daarentegen die steeds opnieuw opgewekt moeten worden door de persoon die ze wenst te gebruiken en daarna ophouden te bestaan, kunnen volgens deze auteur niet kwalificeren als een ‘voortbrengsel’ en al evenmin als een ‘rechtstreeks via een werkwijze verkregen voortbrengsel’ omdat de eenmaal opgewekte röntgenstralen steeds te vluchtig zijn om daadwerkelijk te kunnen circuleren binnen het handelsverkeer¹¹¹¹.

In het licht van de zonet beschreven discussie rond de reikwijdte van het begrip ‘lichamelijk’ bij de beoordeling of sprake is van een ‘voortbrengsel’ in de zin van het octrooirecht, geven de Kamers van Beroep bij het Europees Octrooibureau, volgens ons, alvast aan voor een eerder ruime interpretatie te kiezen van de notie ‘voortbrengsel’. Deze kamers van beroep hebben immers reeds aangegeven dat sprake kan zijn van een uitvinding die haar implementatie vindt binnen een ‘voortbrengsel’ bij een uitvinding die toepassing vindt in een

¹¹⁰⁷ Voor een analyse in dezelfde zin: R. BAKELS, “Software: werkwijze of voortbrengsel?”, *B.I.E.* 2003, p. 431.

¹¹⁰⁸ Vergelijk: M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Brussel, Larcier, 1999, p. 53 (“*Le produit nouveau peut être défini comme un corps déterminé ayant une composition mécanique ou une structure chimique particulière qui le distingue des autres corps.*”).

¹¹⁰⁹ G. KLAUER en P. MÖHRING, *Patentrechtskommentar*, München, Franz Vahlen, 1971, Band I, p. 365

¹¹¹⁰ Zie in die zin, bijvoorbeeld: F. LINDENMAIER, *Das Patentgesetz*, Keuleln (u.a.), Carl Heymann Verlag KG, 1973, p. 282 e.v. en J. HAHN, *Der Schutz von Erzeugnissen patentierter Verfahren. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Keulen (u.a.), Carl Heymann Verlag KG, 1968, p.36 e.v.; Zie ook: R. KRAßER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht –*, München, C.H. Beck, 2009, p. 771 e.v. (“*Als Erzeugnisse wurden in der Rechtsprechung bisher nur körperliche Sachen in Betracht gezogen. Ein Teil des Schrifttums sieht darüber hinaus unkörperliche Verfahrensergebnisse wie Schall, Licht, Wärme, elektrische Energie als Erzeugnisse an, sofern sie „marktfähig“ sind.*”).

¹¹¹¹ J. HAHN, *Der Schutz von Erzeugnissen patentierter Verfahren. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Keulen (u.a.), Carl Heymann Verlag KG, 1968, p. 38.

‘computerprogramma-voortbrengsel’, los van de geheugendrager waarin dit computerprogramma opgeslagen is en ook los van het computersysteem waarop dit computerprogramma loopt¹¹¹². Daarbij blijken de betrokken Kamers van beroep een dergelijke ‘computerprogramma voortbrengsel’, volgens ons, dan met name te verstaan als de quasi-direct uitvoerbare manifestatie van de instructies van het computerprogramma binnen de opeenvolging van binaire toestanden van zintuiglijk waarneembare manifestaties, zoals deze bijvoorbeeld terug te vinden zijn binnen een computersysteem of een bepaalde geheugendrager¹¹¹³.

In dit onderdeel gaan we nu dieper in op de richtlijnen die het octrooirecht biedt om in het licht van een concrete octrooiaanvraag te beoordelen of deze aanleiding geeft tot het toekennen van bescherming op grond van het octrooirecht. Aangezien deze richtlijnen, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, te verstaan zijn als aanwijzingen rond de invulling van de vier typische parameters binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ die het octrooirecht daarbij preciseert en oplegt, bespreken we deze richtlijnen in het licht van deze vier parameters.

Met het oog op een indeling van de richtlijnen die het octrooirecht biedt rond het toekennen van zijn bescherming, binnen het raamwerk van de ‘denkoperatie rond verschillen’, moeten we echter eerst ingaan op een specifieke discussie rond deze richtlijnen: de betekenis en het voorwerp van de toetsing van het vereiste rond ‘technisch karakter’ binnen het octrooirecht. Rond dit punt bestaan er immers verschillende opvattingen en om te bepalen in het licht van welke parameter of parameters binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ we dit vereiste rond ‘technisch karakter’ dienen te situeren, zien we ons verplicht om hier reeds stelling in te nemen binnen deze discussie.

Binnen het octrooirecht is zoals aangegeven aanvaard dat een leer, om te kunnen kwalificeren als een octrooieerbare ‘uitvinding’, ook ‘technisch karakter’ moet vertonen¹¹¹⁴. Specifiek in het kader van het Europees Octrooiverdrag geldt dit vereiste van ‘technisch karakter’ als een impliciet vereiste rond de octrooieerbaarheid van uitvindingen¹¹¹⁵ dat echter weerspiegeld wordt in de uitdrukkelijke verwijzing in art. 52 (1) Europees

¹¹¹² Zie in die zin voor het eerst: Kamer van Beroep (E.O.B) 1 July 1998 (*Computer program product I/IBM*-beslissing), T 1173/97, r.o. 9.3 (“*It is self-evident that in this instance the basic idea underlying the invention resides in the computer program. It is also clear that, in such a case, the hardware on which the program is intended to run is outside the invention, ie the hardware is not part of the invention. It is the material object on which the physical changes carried out by running the program take place. Furthermore, it is clear that if, for instance, the computer program product comprises a computer-readable medium on which the program is stored, this medium only constitutes the physical support on which the program is saved, and thus constitutes hardware.*”); Zie in die zin later ook bijvoorbeeld: Kamer van Beroep (E.O.B), 23 februari 2006 (*Clipboardformate I/Microsoft*-beslissing), T-0424/03.

¹¹¹³ Zie in dit verband: Kamer van Beroep (E.O.B) 1 July 1998 (*Computer program product I/IBM*-beslissing), T 1173/97, r.o. 9.2 (“*Such products normally comprise a set of instructions which, when the program is loaded, makes the hardware execute a specific procedure producing a particular result.*”) en r.o. 9.4 (“*Every computer program product produces an effect when the program concerned is made to run on a computer. The effect only shows in physical reality when the program is being run. Thus the computer program product itself does not directly disclose the said effect in physical reality. It only discloses the effect when being run and consequently only possesses the "potential" to produce said effect.*”).

¹¹¹⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: Kamer van Beroep (E.O.B), 21 april 2004 (*Auction Method/Hitachi*-beslissing), T_0258/03, r.o. 3.1. (“*In accordance with the established case law of the boards of appeal, the term "invention" is to be construed as "subject-matter having technical character."*”); Kamer van Beroep (E.O.B), 1 juli 1998 (*Computer program product I/IBM*-beslissing), T_1173/97, r.o. 5.1. (“*Within the context of the application of the EPC the technical character of an invention is generally accepted as an essential requirement for its patentability.*”); Zie in die zin: Europees Octrooibureau, *Case Law of the Boards of Appeal of the European Patent Office, Sixth Edition*, München, Europees Octrooibureau, 2010, I.A.1. Patent protection for technical inventions, p. 2 (“*It has been part of the European legal tradition that patent protection should be reserved for technical creations (...)*”) en K. MELULLIS, “Zur Patentfähigkeit von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen”, *GRUR* 1998, p.844 e.v..

¹¹¹⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: Europees Octrooibureau, *Guidelines for Examination in the European Patent Office*, München, Europees Octrooibureau, 2012, Deel G - Hoofdstuk I-1 (Met name waar deze “*the invention must be of 'technical character'*” kwalificeren als één van de octrooieerbaarheidsvereisten “*that are implicitly contained in the EPC*”).

Octrooiverdrag naar “*all fields of technology*”¹¹¹⁶ en in de expliciete vereisten die het Uitvoeringsreglement bij het Europees Octrooiverdrag stelt aan de conclusies binnen de octrooiaanvraag¹¹¹⁷. De beslissingen van de Kamers van Beroep bij het Europees Octrooibureau hebben daarbij ook duidelijk gemaakt dat het octrooieerbaarheidsvereiste van ‘technisch karakter’ cruciaal is in het licht van de uitdrukkelijke uitsluiting binnen het octrooirecht die aangeeft dat een leer die betrekking heeft op bepaalde onderwerpen of werkzaamheden ‘als zodanig’, niet kan kwalificeren als een octrooieerbare ‘uitvinding’. De Kamers van beroep hebben met name aangegeven dat indien het octrooirecht stelt dat een leer die betrekking heeft op bepaalde onderwerpen of werkzaamheden ‘als zodanig’, niet kan kwalificeren als een octrooieerbare ‘uitvinding’, dit betekent dat een leer die betrekking heeft op deze onderwerpen of werkzaamheden niet kan kwalificeren als een octrooieerbare uitvinding in zoverre dat deze leer geen ‘technisch karakter’ heeft¹¹¹⁸. Dit houdt met andere woorden in dat, indien een geldige octrooiaanvraag een uitvinding beschrijft met betrekking tot deze onderwerpen of werkzaamheden die blijkt geeft van technisch karakter en die ook nog eens voldoet aan de vereisten rond ‘nieuwheid’, ‘uitvinderswerkzaamheid’ en daadwerkelijk vatbaar zijn voor ‘toepassing op het gebied van de nijverheid’, er geen obstakel is voor deze uitvindingen om aanleiding te geven tot het toekennen van bescherming op grond van het octrooirecht.

De rechtspraak en de beslissingen van de Kamers van Beroep van het Europees Octrooibureau hebben ook reeds verschillende aanwijzingen opgeleverd rond de betekenis van het octrooieerbaarheidsvereiste van ‘technisch karakter’. Vooral de beslissingen van de Kamers van Beroep van het Europees Octrooibureau gelden daarbij als richtinggevend.

¹¹¹⁶ Zie in die zin: Europees Octrooibureau, *Case Law of the Boards of Appeal of the European Patent Office, Sixth Edition*, München, Europees Octrooibureau, 2010, I.A.1. Patent protection for technical inventions, p. 2 (“*Under the EPC 2000, the new wording of Art. 52(1) EPC plainly expresses that patent protection is reserved for inventions in the technical field. In order to be patentable, the subject-matter claimed must therefore have a "technical character" or, to be more precise, involve a "technical teaching", i.e. an instruction addressed to a skilled person as to how to solve a particular technical problem using particular technical means(...)*”).

¹¹¹⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: Europees Octrooibureau, *Guidelines for Examination in the European Patent Office*, München, Europees Octrooibureau, 2012, Deel G - Hoofdstuk I-1; (Met name onder verwijzing naar Regel 42(1)(a) en(c)) en 43(1) Uitvoeringsreglement bij het Europees Octrooiverdrag; Regel 42(1) Uitvoeringsreglement bij het Europees Octrooiverdrag, rond “Content of the description” luidt: “*The description shall: (a) specify the technical field to which the invention relates; ... (c) disclose the invention, as claimed, in such terms that the technical problem, even if not expressly stated as such, and its solution can be understood, and state any advantageous effects of the invention with reference to the background art;*”; Regel 43(1) Uitvoeringsreglement bij het Europees Octrooiverdrag, rond “Form and content of claims” luidt: “*The claims shall define the matter for which protection is sought in terms of the technical features of the invention. ...*” Wat wij hierbij aanduiden als “Uitvoeringsreglement bij het Europees Octrooiverdrag” verwijst naar de “Implementing Regulations to the Convention on the Grant of European Patents of 5 October 1973 as adopted by decision of the Administrative Council of the European Patent Organisation of 7 December 2006; Zie in die zin ook, bijvoorbeeld: Kamer van Beroep (E.O.B), 1 juli 1998 (*Computer program product I/IBM*-beslissing), T_1173/97, r.o. 5.1. en M.-C. JANSSENS, “Bescherming van Computerprogramma's: (lang) niet alleen maar auteursrecht”, *T.B.H.*, 1998, p. 423; Vergelijk echter ook: R. BAKELS, “Van software tot erger: op zoek naar de grenzen van het octrooirecht”, *IER* 2003, p. 218-219 (“*Het zou ook merkwaardig zijn als zulk een ingrijpend materieel vereiste voor octrooieerbaarheid als dat van een ‘technisch karakter’ in uitvoeringsvoorschriften verstopt zou zijn – die een orgaan van de Europese Patentorganisatie bovendien zelf kan veranderen.*”).

¹¹¹⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: Kamer van Beroep (E.O.B) 1 July 1998 (*Computer program product I/IBM*-beslissing), T 1173/97, para 5.2-5.3. (“*The exclusion from patentability of programs for computers as such (Article 52(2) and (3) EPC) may be construed to mean that such programs are considered to be mere abstract creations, lacking in technical Character*”...“*This means that programs for computers must be considered as patentable inventions when they have a technical character.*”; Kamer van Beroep (E.O.B) 8 September 2000 (*Controlling pension benefits system/PBS Partnership*-beslissing), T 0931/95, para 2 (“*According to the case law of the boards of appeal the use of the term "invention" in Article 52(1) EPC in conjunction with the so-called "exclusion provisions" of Article 52(2) and (3) EPC, which mention subject-matter that "in particular shall not be regarded as inventions within the meaning of paragraph 1", is understood as implying a "requirement of technical character" or "technicality" which is to be fulfilled by an invention as claimed in order to be patentable. Thus an invention may be an invention within the meaning of Article 52(1) if for example a technical effect is achieved by the invention or if technical considerations are required to carry out the invention*”).

De aanwijzingen die deze Kamers van Beroep reeds gaven rond de betekenis van het octrooieerbaarheidsvereiste van ‘technisch karakter’, zijn daarbij echter, zoals ook andere auteurs reeds terecht opmerkten, vaak in hoge mate gekenmerkt door als het ware een ‘cirkelredenering¹¹¹⁹’. Deze Kamers van Beroep preciseerden immers reeds herhaaldelijk dat een uitvinding blijk kan geven van een ‘technisch karakter’ indien de uitvinding een ‘technisch effect’ teweegbrengt, ‘technische overwegingen’ vroeg of een ‘technisch probleem’ oplost¹¹²⁰. Doordat de substantieven die de Kamers van Beroep daarbij gebruiken in deze omschrijvingen van het begrip ‘technisch karakter’ op hun beurt gekwalificeerd zijn door het adjectief ‘technisch’ bieden deze omschrijvingen weinig houvast rond de betekenis van deze notie. In de rechtsleer kregen Kamers van Beroep reeds scherpe kritiek voor deze aanpak¹¹²¹. Sommige auteurs zien in het vereiste van technisch karakter van de uitvinding een bron voor arbitraire beoordelingen¹¹²² of “*ingewikkelde woordspelletjes waarbij de ratio vaak ver te zoeken is*”¹¹²³.

Het is volgens ons echter niet zo dat we doorheen de relevante beslissingen van de Kamers van Beroep van het Europees Octrooibureau geen waardevolle punten van houvast vinden rond de betekenis van het

¹¹¹⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: J. PILA, “Dispute over the Meaning of „Invention“ in Art. 52(2) EPC - The Patentability of Computer-Implemented Inventions in Europe”, *IIC* 2005, p. 185 en G. AHARONIAN, “Why All Business Methods Achieve A Technical Effect?”, *The Journal of Information, Law and Technology (JILT)* 2003 (1), beschikbaar op http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2003_1/aharonian.html (“*Heck, business methods aren't jabberwocky, and we all know that only jabberwocky is patentable. This last sentence is meaningless, but does it acquire any more meaning by substituting 'technical' for 'jabberwocky' without definitions?*”).

¹¹²⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: Kamer van Beroep (E.O.B) 8 September 2000 (*Controlling pension benefits system/PBS Partnership*-beslissing), T 0931/95, para 2 (“*According to the case law of the boards of appeal the use of the term "invention" in Article 52(1) EPC in conjunction with the so-called "exclusion provisions" of Article 52(2) and (3) EPC, which mention subject-matter that "in particular shall not be regarded as inventions within the meaning of paragraph 1", is understood as implying a "requirement of technical character" or "technicality" which is to be fulfilled by an invention as claimed in order to be patentable. Thus an invention may be an invention within the meaning of Article 52(1) if for example a technical effect is achieved by the invention or if technical considerations are required to carry out the invention (...)*”; en Kamer van Beroep (E.O.B), 1 juli 1998 (*Computer program product I/IBM*-beslissing), T_1173/97, r.o. 6.4 (“*It is thus necessary to look elsewhere for technical character in the above sense: It could be found in the further effects deriving from the execution (by the hardware) of the instructions given by the computer program. Where said further effects have a technical character or where they cause the software to solve a technical problem, an invention which brings about such an effect may be considered an invention, which can, in principle, be the subject-matter of a patent.*”); Vergelijk in diezelfde zin ook: Europees Octrooibureau, *Case Law of the Boards of Appeal of the European Patent Office, Sixth Edition*, München, Europees Octrooibureau, 2010, I.A.1. Patent protection for technical inventions, p. 2; Zie ook: Europees Octrooibureau, *Guidelines for Examination in the European Patent Office*, München, Europees Octrooibureau, 2012, Deel G - Hoofdstuk I-1 (“*...the invention must be of "technical character" to the extent that it must relate to a technical field...*”); Hierbij is op te merken dat het invoegen in art. 52(1) Europees Octrooiverdrag van de bepaling “op alle gebied van de technologie”, ook geen houvast biedt voor een omvattende uitlegging van de kwalificatie “technisch” binnen het octrooirecht, die de uitlegging van “technisch” door “technisch” kan doorbreken. In het kader van art. 27(1) TRIPS, dat aan de oorsprong ligt van deze invoeging, is er immers ook geen afgelijnde notie van het begrip “technologie”. Zie in die zin bijvoorbeeld: J. STRAUS, “Bedeutung des TRIPS für das Patentrecht”, *GRUR Int* 1996, p. 191 (“*Art. 27 Abs. 1 TRIPS verpflichtet zwar die Mitgliedstaaten zur Gewährung von Patenten für Erfindungen auf allen Gebieten der Technik, läßt aber die Frage offen, was unter den Begriffen "Erfindungen" und "Technik" zu verstehen ist.*”).

¹¹²¹ Zie bijvoorbeeld: J. PILA, “Dispute over the Meaning of „Invention“ in Art. 52(2) EPC - The Patentability of Computer-Implemented Inventions in Europe”, *IIC* 2005, p. 185.

¹¹²² Zie in die zin bijvoorbeeld: R. HILTY en C. GEIGER, “Patenting Software? A Judicial and Socio-Economic Analysis”, *IIC* 2005, p. 625-626 (“*The impression that remains is that the judiciary is dealing with the requirement of technical character in an arbitrary fashion.*”) en R. BAKELS en P. HUGENHOLTZ, *The Patentability of Computer Programs, Discussion of European-level legislation in the field of patents for software*, (Studie voor de Committee on Legal Affairs and the Internal Market of the European Parliament, Working Paper JURI 107 EN, April 2002, p. 10.

¹¹²³ Zie in die zin: R. BAKELS, “Van software tot erger: op zoek naar de grenzen van het octrooirecht”, *IER* 2003, p. 221.

octrooieerbaarheidsvereiste rond ‘technisch karakter’¹¹²⁴. Ten eerste hebben deze Kamers van Beroep immers reeds aangegeven dat het uitvinding aan technisch karakter zal ontbreken indien zij betrekking hebben op puur abstracte concepten¹¹²⁵. Daarbij hebben de Kamers van Beroep ook al geregeld te verstaan gegeven dat zij aannemen dat een uitvinding een dergelijk puur abstract concept uitmaakt dat technisch karakter mist, indien rond deze uitvinding, in zijn uitwerking binnen voortbrengselen of werkwijzen om zintuiglijk waarneembare manifestaties een bepaald causaal te voorspellen resultaat te laten bereiken, in essentie, het volgende geldt: het is ook mogelijk voor een mens om via deze uitwerking, door het uitvoeren van puur geestelijk bewerkingen, tot ditzelfde resultaat te komen¹¹²⁶. Een dergelijke mogelijkheid om de uitwerking uit te voeren aan de hand van puur geestelijk bewerkingen ligt dan bijvoorbeeld voor bij een uitvinding om een spellingscontrole uit te voeren aan de hand van een computerprogramma die in wezen niets meer inhoudt dan dit computerprogramma vragen om de woorden uit een tekst te vergelijken met de woorden uit een bestaande woordenlijst. Deze uitvinding laat zich immers ook uitvoeren aan de hand van puur geestelijk bewerkingen, bijvoorbeeld wanneer een persoon de spelling van de woorden uit een tekst nagaat in een woordenboek¹¹²⁷. Ten tweede hebben de Kamers van Beroep van het Europees Octrooibureau ook reeds aangegeven dat zij voor het aanvaarden van het ‘technisch karakter’ van een uitvinding het volgende belangrijk vinden: dat de toepassing van deze uitvinding, in zijn uitwerking binnen voortbrengselen of werkwijzen om zintuiglijk waarneembare manifestaties een bepaald causaal te voorspellen resultaat te laten bereiken, ook veronderstelt dat een zintuiglijk waarneembare manifestatie bepaalde zintuiglijk waarneembare kenmerken hebben of verkrijgen¹¹²⁸. Hierbij is dan echter meteen op te merken dat het louter feit

¹¹²⁴ Tot dit besluit komt bijvoorbeeld ook: K. BERESFORD, *Patenting Software under the European Patent Convention*, London, Sweet & Maxwell, 2000, p. 36-42.

¹¹²⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: Kamer van Beroep (E.O.B), 1 juli 1998 (*Computer program product I/IBM*-beslissing), T 1173/97, overweging 5.2 (“*The exclusion from patentability of programs for computers as such (Article 52(2) and (3) EPC) may be construed to mean that such programs are considered to be mere abstract creations, lacking in technical character.*”); Vergelijk ook: Kamer van Beroep (E.O.B), 21 april 2004 (*Auction Method/Hitachi*-beslissing), T 0258/03, overweging 4.5. (*in fine*) (“*Hence, in the Board’s view, activities falling within the notion of a non-invention “as such” would typically represent purely abstract concepts devoid of any technical implications.*”) Zie in die ook: Kamer van Beroep (E.O.B), 22 maart 2006, (*Undeliverable mail/Pitney Bowes*-beslissing), T 0388/04, overwegingen 3-4.

¹¹²⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: Kamer van Beroep (E.O.B) 12 juli 2005 (*General Electric Company*-beslissing), T 0914/02, overweging 2.3.3. (“*In the board’s opinion, however, the involvement of technical considerations is not sufficient for a method which may exclusively be carried out mentally to have technical character. In fact, other non-inventions listed in Article 52(2) EPC, such as scientific theories, but also computer programs, typically involve technical considerations.*”); Kamer van Beroep (E.O.B) 27 juni 2002 (*Geodynamik*-beslissing), T 1001/99; Zie op dit vlak echter ook de precisering, bij K. MELULLIS, “Zur Patentfähigkeit von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen”, *GRUR* 1998, p. 853 (“*Die äußere Übereinstimmung der Tätigkeit von Mensch und Maschine besagt in der Datenverarbeitung für die Patentfähigkeit ebenso wenig wie in anderen Bereichen der Technik.*”).

¹¹²⁷ Zie in dit verband bijvoorbeeld: Kamer van Beroep (E.O.B), 14 maart 1989 (*International Business Machines Corporation*-beslissing), T 0121/85, overweging 5.

¹¹²⁸ Kamer van Beroep (E.O.B), 21 april 2004 (*Auction Method/Hitachi*-beslissing), T 0258/03, overweging 4.5. (“*What matters having regard to the concept of “invention” within the meaning of Article 52(1) EPC is the presence of technical character which may be implied by the physical features of an entity or the nature of an activity, or may be conferred to a non-technical activity by the use of technical means.*”); Kamer van Beroep (E.O.B) 8 september 2000 (*Controlling pension benefits system/PBS Partnership*-beslissing), T 0931/95, overweging 5 (“*This distinction with regard to patentability between a method for doing business and an apparatus suited to perform such a method is justified in the light of the wording of Article 52(2)(c) EPC, according to which “schemes, rules and methods” are nonpatentable categories in the field of economy and business, but the category of “apparatus” in the sense of “physical entity” or “product” is not mentioned in Article 52(2) EPC.*”); Kamer van Beroep (E.O.B) 11 oktober 1996, T 0212/94, 3: (“*Claim 1 as now worded is, in substance, directed to the encoding of data representing audio information or image information for transmission in a communication system in accordance with a codebook (ie an assignment rule) specified in the claim. Although the idea underlying the invention – the novel algorithm defining the codebook as a mathematical function - may be considered to be a mathematical method, the present claim is directed to the use of the assignment rule in the processing of audio or image signals, which are themselves physical entities. In addition, the step of “finding the group of B nearest neighbour codewords” in claim 1 includes “measuring the distance...in terms of some perceptually-related similarity of the underlying codewords”. This in turn means that the entities and relationships featuring in the problem solved by the invention are not purely abstract mathematical ones. The claimed method solves a technical*

dat de uitvoering van een uitvinding inwerkt op zintuiglijk waarneembare manifestaties of veranderingen teweegbrengt binnen zintuiglijk waarneembare manifestaties, op zich nog niet volstaat om de betrokken uitvinding ‘technisch karakter’ te verlenen¹¹²⁹.

Binnen de rechtsleer heeft de betekenis en het voorwerp van de toetsing van het octrooieerbaarheidsvereiste rond ‘technisch karakter’, zoals aangegeven, echter in elk geval veel aanleiding gegeven tot discussie. Doorheen de betrokken interpretaties die daarbij naar voor geschoven worden rond dit vereiste van ‘technisch karakter’ menen we daarbij in hoofdzaak twee stromingen vast te stellen.

Een eerste stroming omvat interpretaties die in het vereiste van een ‘technisch karakter’ van de uitvinding een vereiste zien dat peilt naar het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die de binnen de octrooiaanvraag beschreven, mogelijke realisaties van de uitvindingen moeten danken aan deze uitvinding, in de regel, om langs deze weg het toepassingsgebied binnen zintuiglijk waarneembare kenmerken te staven van de betrokken uitvinding dan wel van bepaalde aspecten ervan. Het gaat dan bijvoorbeeld concreet om de opvatting dat het octrooieerbaarheidsvereiste rond ‘technisch karakter’ vereist dat de zintuiglijk waarneembare kenmerken die, de binnen de octrooiaanvraag beschreven, mogelijke realisaties van deze uitvinding zouden ontlene aan deze uitvinding, deze realisaties tot het domein van de ‘ingenieurswetenschappen, fysica, chemie of biologie’ doen behoren. Binnen deze stroming stellen we dan echter vast dat er onduidelijkheid of discussie bestaat rond twee punten: 1.) rond het bepalen van de soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die de binnen de octrooiaanvraag beschreven mogelijke realisaties van de uitvindingen moeten danken aan de uitvinding om het technisch karakter van de uitvinding te kunnen staven en 2.) rond de aspecten van de uitvinding waarvan het technisch karakter dan wel te staven is.

Binnen de zonet aangehaalde eerste stroming, is er in de eerste plaats dus soms onenigheid rond de soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die de beschreven mogelijke realisaties van de uitvindingen danken aan de uitvinding, om het ‘technisch karakter’ van de uitvinding te kunnen staven. Het uitgangspunt bij deze discussie is, in wezen, dat het staven van ‘technisch karakter’ van een uitvinding vraagt om, zoals aangehaald, te toetsen of de zintuiglijk waarneembare kenmerken die, de binnen de octrooiaanvraag beschreven, mogelijke realisaties van deze uitvinding zouden ontlene aan deze uitvinding, maken dat deze realisaties te situeren zijn binnen een domein van menselijke activiteit dat als ‘technisch’ geldt en niet binnen een domein van menselijke activiteit dat als niet-technisch geldt. Domeinen van menselijke activiteit die bij deze toetsing dan als ‘technisch’ gelden en waarrond, met andere woorden, aanvaard wordt dat ze het ‘technisch karakter’ van een uitvinding kunnen staven, zijn dan bijvoorbeeld: de ingenieurswetenschappen, de fysica, de chemie en de biologie¹¹³⁰, de industriële en wetenschappelijke

problem (see paragraph 4.1 below). Following the VICOM decision (T 208/84, OJ EPO 1987, 14, points 5 to 7), the board finds, therefore, that the subject-matter of this claim does not relate to a mathematical method as such and is not excluded from patentability by the provisions of Article 52(2)(a) and 52(3) EPC.”); Kamer van Beroep (E.O.B), 15 juli 1986 (Vicom-beslissing), T 0208/84, overweging 5 (“In contrast thereto, if a mathematical method is used in a technical process, that process is carried out on a physical entity (which may be a material object but equally an image stored as an electric signal) by some technical means implementing the method and provides as its result a certain change in that entity.”) Vergelijk ook bijvoorbeeld: Kamer van Beroep (E.O.B), 2 juni 2006, T 0928/03 (“Video game system and storage medium for storing program for use in the video game system”) overweging 2 (“The guide display device according to claim 1 indeed represents a physical entity in particular comprising displaying means which have a technical character by their nature.”).

¹¹²⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: Kamer van Beroep (E.O.B), 1 juli 1998 (Computer program product I/IBM-beslissing), T_1173/97, overweging 6.2-6.3 (“This means that physical modifications of the hardware (causing, for instance, electrical currents) deriving from the execution of the instructions given by programs for computers cannot per se constitute the technical character required for avoiding the exclusion of those programs. Although such modifications may be considered to be technical, they are a common feature of all those programs for computers which have been made suitable for being run on a computer, and therefore cannot be used to distinguish programs for computers with a technical character from programs for computers as such.”); Zie ook: Kamer van Beroep (E.O.B), 22 maart 2006, (Undeliverable mail/Pitney Bowes-beslissing), T_0388/04, overweging 4 (“...The board is therefore convinced that the claimed method has practical utility. However, what has to be evaluated here is the extent to which the method defined by claim 1 is a method for doing business as such, pursuant to Article 52(2)(c) and (3) EPC, not whether the method is devoid of utility.”).

¹¹³⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: W. ANDERS, “Erfindungsgegenstand mit technischen und nichttechnischen Merkmalen”, *GRUR* 2004, p. 466.

sectoren¹¹³¹, of, nog breder, domeinen die te situeren zijn binnen de ‘Wissenstradition¹¹³²’. Domeinen van menselijke activiteit daarentegen die in het kader van de zonet beschreven toetsing als ‘niet-technisch’ gelden zijn dan bijvoorbeeld: tekstverwerking¹¹³³, of nog breder de dienstensector¹¹³⁴. Het punt van discussie binnen deze opvatting – en meteen ook een punt van kritiek op deze opvatting – is dan echter op grond van welke achterliggende criteria de grens te trekken is tussen technische en niet-technische domeinen met het oog op het staven van het technisch karakter van een uitvinding¹¹³⁵. In dit verband stellen we bijvoorbeeld vast dat er discussie bestaat of ‘informatie’, vandaag de dag, niet eveneens te beschouwen is als een ‘natuurkracht’ in de zin van de omschrijving van een uitvinding als een leer rond de planmatige inzet van ‘natuurkrachten’ en of informatieverwerking bijgevolg dus niet eveneens te beschouwen is als een ‘technisch domein¹¹³⁶’.

Ten tweede, bestaat er binnen de zonet aangehaalde eerste stroming, dus ook discussie rond de aspecten van de uitvinding waarvan, met het oog op het verkrijgen van octrooibeschermt, het ‘technisch karakter’ te staven is, door aan te tonen dat dit aspect toepassing vindt in zintuiglijk waarneembare kenmerken waarrond, binnen deze stroming geldt dat ze technisch karakter kunnen staven. De vraag hierbij is dan met name vooral of, vanuit een zogeheten ‘contribution approach’, specifiek het ‘technische karakter’ te staven is van het ‘nieuwe’ of ‘inventieve’ aspect van een uitvinding, met andere woorden dus van de *bijdrage* die de uitvinding levert tegenover de stand van de techniek, dan wel of het in dit verband, vanuit een zogeheten ‘whole content approach’, reeds volstaat om aan te tonen dat de uitvinding, in zijn *geheel* genomen, blijkt geeft van ‘technisch karakter¹¹³⁷’. Gedurende een tijd liet deze discussie zich zelf opmerken binnen de onderscheiden beslissingen van de Kamers van Beroep bij het Europees Octrooibureau die nu eens blijken gaven van de ‘contribution approach’ dan weer de ‘whole content’

¹¹³¹ Zie in die zin: T. WATKIN en A. RAU, “Intellectual Property in Artificial Neural Networks - In Particular Under the European Patent Convention”, *IIC* 1996, p. 451.

¹¹³² Zie in die zin: R. NACK, *Die Patentierbare Erfindung unter denn sich Wandelnden Bedingungen von Wissenschaft und Technologie*, Keulen, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns, 2002, 331 p.

¹¹³³ Vergelijk op dit vlak: H. HANNEMAN, “Tekstverwerking in Europa niet octrooieerbaar”, *CR* 1990, p. 259.

¹¹³⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. WATKIN en A. RAU, “Intellectual Property in Artificial Neural Networks - In Particular Under the European Patent Convention”, *IIC* 1996, p. 451 (“Generally speaking, from the case law, a good indication seems to be that manufacturing or scientific industries are “technical”. Service industries, such as word processing, are not.”).

¹¹³⁵ Zie in dit verband bijvoorbeeld: R. HILTY en C. GEIGER, “Patenting Software? A Judicial and Socio-Economic Analysis”, *IIC* 2005, p. 626 e.v..

¹¹³⁶ In de zin dat ‘informatie’ te beschouwen is natuurkracht, bijvoorbeeld: A. WIEBE, “Information als Naturkraft – Immaterialgüterrecht in der Informationsgesellschaft”, *GRUR* 1994, p. 233 – 246 en H. BEYER, “Der Begriff der Information als Grundlage für die Beurteilung des technischen Charakters von programmbezogenen Erfindungen”, *GRUR* 1990, p.399-410 (o.a. p.410: “Die interdisziplinäre, naturwissenschaftlich-technisch fundierte und informationstheoretische Betrachtung von ‚Information‘ als dritte, neben die klassischen physikalischen Entitäten „Materie“ und „Energie“ tretende Grundgröße gehört inzwischen zum allgemeinen Grundverständnis von Natur und Technik.”) Uitdrukkelijk in de zin dat ‘informatie’ niet kan kwalificeren als een natuurkracht, bijvoorbeeld: K. MELULLIS, “Zur Patentfähigkeit von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen”, *GRUR* 1998, p.846 (“Aus der Feststellung, daß die Anwendung der Naturgesetze ohne Wissen und damit Information nicht möglich ist, folgt nicht umgekehrt deren technischer Charakter. Information ist als solche nicht technisch.”); Bundesgerichtshof 22 juni 1976 (Dispositionsprogramm), *NJW* 1976, p.1937 (“Die menschliche Verstandestätigkeit aber gehört nicht zu den beherrschbaren Naturkräften im Sinne der oben wiedergegebenen Begriffsbestimmung. Damit sind vielmehr nur solche Naturkräfte gemeint, die außerhalb der menschlichen Verstandestätigkeit liegen und mit ihrer Hilfe vom Menschen beherrscht werden.”).

¹¹³⁷ Zie rond deze ‘contribution approach’ en ‘whole content approach’ bijvoorbeeld: J. PILA, “Dispute over the Meaning of „Invention“ in Art. 52(2) EPC - The Patentability of Computer-Implemented Inventions in Europe”, *IIC* 2005, p. 176; K. BERESFORD, *Patenting Software under the European Patent Convention*, London, Sweet & Maxwell, 2000, p. 36 e.v. en M.-C. JANSSENS, “Bescherming van Computerprogramma’s: (lang) niet alleen maar auteursrecht”, *T.B.H.*, 1998, p. 427; Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld ook: Europees Octrooibureau, *Guidelines for Examination in the European Patent Office*, München, Europees Octrooibureau, 2012, Deel G – Hoofdstuk VII, p. 6 (Met name punt ‘5.4 Claims comprising technical and non-technical aspects’) en W. ANDERS, “Erfindungsgegenstand mit technischen und nichttechnischen Merkmalen”, *GRUR* 2004, p. 461-468.

benadering hanteerden in dit verband¹¹³⁸. Minstens sinds de Hitachi-beslissing, hebben de Kamers van Beroep bij het Europees Octrooibureau echter duidelijk voor de ‘whole content approach’ gekozen¹¹³⁹.

Een tweede stroming daarentegen omvat interpretaties die, volgens ons, in het octrooieerbaarheidsvereiste rond ‘technisch karakter’ een vereiste zien dat, in wezen, het volgende nagaat: of de leer waarrond octrooibescherming gevraagd wordt, in zijn uitwerking binnen ‘werkwijzen’ en ‘voortbrengselen’, de vereiste nieuwheid en inventiviteit inderdaad wel vertoont in het licht van voldoende geconcretiseerde, niet te abstracte, kenmerken van het daadwerkelijke functioneren van deze ‘voortbrengselen’ of ‘werkwijzen’. BAKELS bijvoorbeeld geeft uitdrukkelijk aan dat het octrooieerbaarheidsvereiste van een ‘technisch karakter’ te verstaan is als een vereiste dat peilt naar de mate van uitwerking die uitvindingen krijgen in werkwijzen of voortbrengselen¹¹⁴⁰. MELULLIS, TAUCHERT en KRAßER bijvoorbeeld stellen dat het octrooieerbaarheidsvereiste rond ‘technisch karakter’, specifiek in de context van computerprogramma’s, vraagt om een onderscheid te maken tussen, enerzijds, het niet-octrooieerbare logische concept dat een computerprogramma beheerst, en, anderzijds de, in beginsel, wel octrooieerbare *omzetting* van dit logische concept, binnen een technische concept, zoals dit zijn neerslag krijgt in de inzet van natuurkrachten binnen het afgewerkte computerprogramma¹¹⁴¹. De auteurs binnen deze tweede stroming geven, daarbij volgens ons dus in wezen aan dat het octrooieerbaarheidsvereiste rond ‘technisch karakter’ vooral vraagt om de graad van abstractie of concretisering te toetsen die een uitvinding, binnen de octrooiaanvraag,

¹¹³⁸ Zie voor deze vaststellingen en een gedetailleerd overzicht van de betrokken beslissingen: J. PILA, “Dispute over the Meaning of „Invention“ in Art. 52(2) EPC - The Patentability of Computer-Implemented Inventions in Europe”, *IIC* 2005, p. 176 e.v..

¹¹³⁹ Zie: Kamer van Beroep (E.O.B), 21 april 2004 (*Auction Method/Hitachi*-beslissing), T 0258/03, overweging 3.2.-3.3. (“*The idea behind the so-called contribution approach applied by earlier jurisprudence of the boards of appeal was that the EPC only permitted patenting "in those cases in which the invention involves some contribution to the art in a field not excluded from patentability" ... However, in more recent decisions of the boards any comparison with the prior art was found to be inappropriate for examining the presence of an invention... This view is shared by the Board in its present composition.*”); Zie in dit verband ook: M.-C. JANSSENS, “Bescherming van computerprogramma’s: oude wijn in nieuwe vaten?”, *DAOR* 2001, p. 219 e.v. en C. LAUB, “Patentfähigkeit von Softwareerfindungen: Rechtliche Standards in Europa und in den USA und deren Bedeutung für den internationalen Anmelder”, *GRURInt* 2006, p. 630 e.v..

¹¹⁴⁰ Zie: R. BAKELS, “Van software tot erger: op zoek naar de grenzen van het octrooirecht”, *IER* 2003, p. 219 (“*Daarom moet naar mijn overtuiging bij de beoordeling van octrooiaanvragen vooral ook goed onderzocht worden, of er wel sprake is van uitvindingen in juridische zin, dat wil zeggen van werkwijzen of voortbrengsels (die in voldoende mate zijn uitgewerkt). Zulk een vereiste zou in de plaats kunnen komen van het vereiste van een ‘technisch karakter’. Naar het spraakgebruik is immers een ‘maken’ of ‘doen’ min of meer hetzelfde als het toepassen van ‘techniek’, voorzover het gericht is op een concreet, tevoren voldoende bepaald resultaat. Men zou dus ook kunnen stellen dat een technisch karakter aldus wordt gedefinieerd.*”).

¹¹⁴¹ Zie: R. KRAßER, *Patentrecht. Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht.*, München, C.H. Beck, 2009, p. 171 e.v. (“*Es findet sich jedoch auch die Ansicht, CP als solches sei das „außertechnische Konzept, d.h. die der Umsetzung in eine Handlungsanweisung an den Rechner vorausgehende Konzeption“.* Dieses Konzept werde nicht schon dadurch technisch, daß es durch einen Computer verwirklicht werden soll. Grundsätzlich patentfähig – auch weil technisch – sei demgegenüber die Umsetzung dieser zunächst nur gedanklichen Lösung in eine Handlungsanweisung für den Computer und dessen Ansteuerung, d.h. die der Verwirklichung des Programms dienende technische Konzeption, wie sie ihren Niederschlag in dem fertigen Programm gefunden habe.”); W. TAUCHERT, “Grundlagen und aktuelle Entwicklungen bei der Patentierung von Computerprogrammen” in C. ANN, W. ANDERS, U. DREISS, B. JESTAEDT, D. STAUDER (eds.), *Materielles Patentrecht. Festschrift für Reimar König zum 70. Geburtstag*, Keulen, Berlin, Bonn, München, C. Heymanns Verlag, 2003, p.499 en K. MELULLIS, “Zur Patentfähigkeit von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen”, *GRUR* 1998, p.852 (“*Computerprogramm als solches ist bei diesem Verständnis mithin das außertechnische Konzept ; d. h. die der Umsetzung in eine Handlungsanweisung an den Rechner vorausgehende Konzeption. ... Grundsätzlich patentfähig - auch weil technisch - ist demgegenüber die Umsetzung dieser zunächst nur gedanklichen Lösung in eine Handlungsanweisung für den Computer und dessen Ansteuerung, das heißt die der Verwirklichung dieses Programms dienende technische Konzeption, wie sie ihren Niederschlag in dem fertigen Programm gefunden hat. Das entspricht dem klassischen Technikbegriff: ...Patentschutz verdient nicht das dem Programm zugrunde liegende gedanklich logische Konzept, sondern die technische Konzeption, die seine Ausführung durch die Maschine ermöglicht.*”).

krijgt op het vlak van zijn uitwerking binnen voortbrengselen of werkwijzen om zintuiglijk waarneembare manifestaties een bepaald causaal te voorspellen resultaat te laten bereiken.

In het licht van de zonet beschreven discussie rond de betekenis en het voorwerp van de toetsing van het octrooierbaarheidsvereiste rond ‘technisch karakter’, nemen wij nu de stelling in dat dit impliciete octrooierbaarheidsvereiste het aanknopingspunt vormt om in essentie twee punten te toetsen: 1.) het aanwendingsscala en 2.) de graad van concretisering van de uitvinding, zoals beschreven binnen de octrooiaanvraag.

Bij de betrokken toetsing rond het aanwendingsscala gaat het er volgens ons dan met name om na te gaan of het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die de binnen de octrooiaanvraag beschreven, mogelijke realisaties van de uitvindingen danken aan deze uitvinding, deze realisaties daadwerkelijk geschikt maken voor het vervullen van een andere functie dan het louter zich tonen en appelleren aan de zin voor esthetiek. Het octrooierbaarheidsvereiste rond ‘technisch karakter’ houdt volgens ons dus inderdaad in dat de uitvinding op de zonet omschreven manier te situeren is binnen een bepaald domein, alleen is dit domein dus ruim op te vatten in de zin van het domein van het gericht zijn op een andere functie dan het appelleren aan de zin voor esthetiek. Wat dit aspect betreft, overlapt het octrooierbaarheidsvereiste rond ‘technisch karakter’, volgens ons, dan, zoals zo meteen uitgebreider aan bod komt, met het vereiste van daadwerkelijk vatbaar zijn voor ‘toepassing op het gebied van de nijverheid en de uitdrukkelijke uitsluiting rond ‘esthetische vormgevingen’.

In het geval van de betrokken toetsing rond de graad van concretisering van de uitvinding, is, volgens ons, dan met name na te gaan of de uitvinding in zijn uitwerking binnen ‘werkwijzen’ en ‘voortbrengselen’ zoals beschreven binnen de octrooiaanvraag, de vereiste nieuwheid en inventiviteit inderdaad vertoont in het licht van voldoende geconcretiseerde, niet te abstracte, kenmerken van het daadwerkelijke functioneren van deze ‘voortbrengselen’ of ‘werkwijzen’. Op dit punt, overlapt het octrooierbaarheidsvereiste rond ‘technisch karakter’, volgens ons, dan met name met het vrij breed aanvaarde principe dat het octrooirecht geen bescherming toekent rond het door de leer tot planmatig handelen bereikte *resultaat* maar enkel rond het industrieel toepasbare *middel* dat deze leer aanreikt om dit resultaat te bereiken¹¹⁴², of, anders gezegd, dat het octrooirecht geen bescherming toekent rond puur abstracte concepten maar enkel rond het idee van hun concrete uitwerking, het uitgewerkte idee¹¹⁴³.

Samengevat menen wij dus dat aan te nemen is dat het vereiste van een ‘technisch karakter’ van de uitvinding het volgende nagaat: of de leer waarrond octrooibescherming gevraagd wordt, in zijn uitwerking binnen ‘werkwijzen’ en ‘voortbrengselen’ met een gerichtheid op het vervullen van een ander functie dan het louter zich tonen en appelleren aan de zin voor esthetiek, de vereiste nieuwheid en inventiviteit inderdaad vertoont in het licht van

¹¹⁴² Zie in die zin bijvoorbeeld: M. FLAMÉE, "Beschermingsomvang van octrooien, Equivalentiemethode" in P. VANCRAESBEECK (ed.), *Problemen van Octrooirecht*, Diegem, Kluwer, 1994, p. 298 en p. 312 e.v.; P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Parijs, Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 69; Vergelijk ook: R. PEETERS en B. VANDERMEULEN, "De Equivalentieleer in de Belgische Octrooirechtspraak", *I.R.D.I* 2003, p. 132 ("Men moet er echter rekening mee houden dat een octrooi ofwel een voortbrengsel opeist dan wel een werkwijze maar nooit een technische functie.").

¹¹⁴³ Zie in die zin bijvoorbeeld: Kamer van Beroep (E.O.B), 1 juli 1998 (*Computer program product I/IBM*-beslissing), T 1173/97, overweging 5.2 ("The exclusion from patentability of programs for computers as such (Article 52(2) and (3) EPC) may be construed to mean that such programs are considered to be mere abstract creations, lacking in technical character."); Vergelijk ook: Kamer van Beroep (E.O.B), 21 april 2004 (*Auction Method/Hitachi*-beslissing), T 0258/03, overweging 4.5. (*in fine*) ("Hence, in the Board's view, activities falling within the notion of a non-invention "as such" would typically represent purely abstract concepts devoid of any technical implications.") Zie in die ook: Kamer van Beroep (E.O.B), 22 maart 2006, (*Undeliverable mail/Pitney Bowes*-beslissing), T 0388/04, overwegingen 3-4; Vergelijk in die zin bijvoorbeeld ook: W. TAUCHERT, "Grundlagen und aktuelle Entwicklungen bei der Patentierung von Computerprogrammen" in C. ANN, W. ANDERS, U. DREISS, B. JESTAEDT, D. STAUDER (eds.), *Materielles Patentrecht. Festschrift für Reimar König zum 70. Geburtstag*, Keulen, Berlin, Bonn, München, C. Heymanns Verlag, 2003, p.481 ("Das Patent schützt das funktionale Prinzip einer Vorrichtung oder eines Verfahrens in seiner realen Umsetzung, d.h. den Gegenstand, mit dem die beschriebenen Funktionen und Wirkungen verbunden sind,..."); K. BERESFORD, *Patenting Software under the European Patent Convention*, London, Sweet & Maxwell, 2000, p. 13 ("... a patent does not protect the abstract idea but the practical implementation of that idea in certain forms susceptible of industrial application.").

voldoende geconcretiseerde, niet te abstracte, kenmerken van het daadwerkelijke functioneren van deze ‘voortbrengselen’ of ‘werkwijzen’.

Het is nu met name dus vanuit de zonet omschreven interpretatie van het octrooieerbaarheidsvereiste rond ‘technisch karakter’ dat we in wat volgt (A-D) de richtlijnen bespreken die het octrooirecht biedt om, in het licht van een concrete octrooiaanvraag, te beoordelen of deze aanleiding geeft tot het toekennen van bescherming op grond van het octrooirecht. Aangezien deze richtlijnen, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, te verstaan zijn als aanwijzingen rond de invulling van de vier typische parameters binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ die het auteursrecht daarbij preciseert en oplegt, bespreken we deze richtlijnen opnieuw in het licht van deze vier parameters. Daarna (E.) staan we ook kort stil bij de octrooieerbaarheid van uitvindingen rond computerprogramma’s. Dit thema vormde immers als het ware het strijdtoneel voor de interpretatie van het vereiste van ‘technisch karakter’ en vertoont ook een bijzondere relevantie voor onze specifieke onderzoeksvraag rond de wenselijkheid van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken: de octrooieerbaarheid van in computers geïmplementeerde uitvindingen.

A. Relevante incorporaties

In de eerste plaats stellen we vast dat het octrooirecht, met het oog op de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, richtlijnen geeft rond het volgende punt: het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie moet danken aan een resultaat van inspanningen om in aanmerking te komen als basis voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming¹¹⁴⁴. Het gaat daarbij, zoals aangegeven, om de loutere vaststelling van de aard van de kenmerken die voortvloeien uit een bepaald resultaat van inspanningen, nog los van de vraag of deze kenmerken van de vereiste soort ook staven dat het betrokken resultaat van inspanningen die soort inspanningen vroeg die vereist zijn voor het toekennen van bescherming.

De relevante referentie-incorporatie die het voorwerp van deze toetsing vormt rond het vereiste soort zintuiglijk waarneembare kenmerken, is door de inrichting van het octrooirecht als registerrecht, dan met name de octrooiaanvraag die het resultaat van inspanningen, de leer tot planmatig handelen, beschrijft waarrond te beoordelen is of deze aanleiding kan geven tot het toekennen van octrooirechtelijke bescherming¹¹⁴⁵. Zoals aangegeven, zijn de vereisten en uitsluitingen die het octrooirecht naar voor schuift rond het toekennen van zijn bescherming steeds te toetsen puur op basis van de octrooiaanvraag en de beschrijving die deze geeft van de uitvinding¹¹⁴⁶.

¹¹⁴⁴ Bij deze richtlijnen rond de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen relevante referentie-incorporaties gaat het dan, zoals aangegeven, met name om het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie voor het toekennen van bescherming moet danken aan een resultaat van inspanningen, nog los van de vraag of deze kenmerken staven dat ze de inspanningen vroegen die vereist zijn voor het toekennen van bescherming.

¹¹⁴⁵ Zie in dit verband: art. 83-84 Europees Octrooiverdrag en art. XI.18. WER (oud art. 17 Octrooiwet).

¹¹⁴⁶ Met betrekking tot het gegeven dat, wat de toepassing van het octrooirecht betreft, de schriftelijke octrooiaanvraag steeds het bepalende uitgangpunt is, bijvoorbeeld: B. GODENHIELM, "Ist die Erfindung etwas Immaterielles?", *GRUR Int* 1996, p.329 ("Erst in der Patentschrift erlangt eine Erfindung patentrechtliche Bedeutung") en Brussel 17 september 2004, *Ing.-Cons.* 2004, p. 367 (Het Hof stelt dat om de nieuwigheid te beoordelen van een octrooi ten aanzien van een ander octrooi, de twee octrooien moeten vergeleken worden op basis van de teksten, tekeningen en, in het bijzonder de octrooiconclusies, maar niet op basis van de producten die gerealiseerd worden bij het toepassen van deze octrooien.).

De vaststelling van de uitvinding of van de, met betrekking tot incorporaties ervan in voortbrengselen of methodes, uitgewerkte leer tot planmatige inzet van natuurkrachten, gebeurt hierbij met name, zowel wat vragen rond het toekennen van octrooirechtelijke bescherming betreft als wat vragen betreft rond het afbaken van de toegekende octrooirechtelijke bescherming, door een interpretatie van de bewoordingen van de octrooiaanvraag in het licht van bepaalde regels rond deze interpretatie. Zie in dit verband, bijvoorbeeld: A. STENVIK, "Protection for Equivalents Under Patent Law - Theories and Practice", *IIC* 2001, p. 6 e.v.; M. FLAMÉE, "Beschermingsomvang van octrooien, Equivalentiemethode" in P. VANCRAESBEECK (ed.), *Problemen van Octrooirecht*, Kluwer, Diegem, 1994, p. 299; Op het vlak van deze interpretatieregels gelden binnen Europa twee tradities.

In de eerste plaats is er de Angelsaksische traditie waarbij, enerzijds, vereist wordt dat in de octrooiaanvraag alle mogelijke incorporaties in voortbrengselen of methodes aangegeven worden van de leer waarrond

Bij het peilen naar het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie, de octrooiaanvraag, moet danken aan een resultaat van inspanningen, om in aanmerking te komen als basis voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming, zorgt de inrichting van het octrooirecht als registerrecht er, volgens ons dan voor dat dit recht een toetsing doorvoert op twee niveaus: 1.) het vereiste soort zintuiglijk waarneembare kenmerken van de beschrijving van het resultaat van inspanning in de octrooiaanvraag en 2.) het vereiste soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die de, in de octrooiaanvraag beschreven, mogelijke realisaties van de uitvinding danken aan de uitvinding.

Enerzijds, vereist het octrooirecht voor het toekennen van bescherming met name dat de relevante referentie-incorporatie, de octrooiaanvraag, bepaalde, inherente of contextgebonden zintuiglijk waarneembare kenmerken vertoont¹¹⁴⁷, die, in essentie, nog los staan van het staven of het betrokken resultaat van inspanningen de soort inspanningen vroeg die vereist zijn voor het toekennen van bescherming. De inherente of contextgebonden zintuiglijk waarneembare kenmerken van de octrooiaanvraag die het octrooirecht vanuit die optiek vereist, volgen dan met name uit de vereisten die het octrooirecht stelt om te spreken van een geldige octrooiaanvraag. Het gaat daarbij dan in essentie om: ten eerste, bepaalde vormelijke vereisten waaraan de octrooiaanvraag moet voldoen, bijvoorbeeld gegevens bevatten waaruit de identiteit van de aanvrager blijkt¹¹⁴⁸, ten tweede, het vereiste dat de taken rond de octrooiaanvraag betaald werden¹¹⁴⁹ en ten derde – al houdt dit natuurlijk een zekere referentie in naar het te beoordelen resultaat van inspanningen – het vereiste dat de octrooiaanvraag een voldoende duidelijke en volledige beschrijving geeft van de leer tot planmatig handelen waarvoor bescherming gevraagd wordt¹¹⁵⁰.

octrooirechtelijke bescherming gezocht wordt, en waarbij, anderzijds, wat de interpretatie betreft van de octrooiaanvraag, in het licht van vragen rond het toekennen van octrooirechtelijke bescherming en het afbaken van de toegekende octrooirechtelijke bescherming, in beginsel nauwer vastgehouden wordt aan de letterlijke bewoordingen van de octrooiaanvraag, binnen een zogeheten ‘purposive construction’. Zie in dit verband bijvoorbeeld: House of Lords, 17 november 1980 (*Catnic Components v. Hill & Smith*), *R.P.C.* 1982, p. 183; Patents Court, 16 mei 1989, (*Improver Corporation v. Remington Consumer Products*), *F.S.R.* 1990, p. 181; D. BAINBRIDGE, *Intellectual Property*, Harlow, Pearson 2007, p. 444 e.v. en W. CORNISH en D. LEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 170 e.v..

In de tweede plaats is er de Europees continentale traditie waarbij, enerzijds, verwacht wordt dat de octrooiaanvraag enkel een mogelijke incorporatie in voortbrengselen of methodes aangeeft van de leer waarrond octrooirechtelijke bescherming gezocht wordt, en waarbij, anderzijds, wat de interpretatie betreft van de octrooiaanvraag, in het licht van vragen rond het toekennen van octrooirechtelijke bescherming en het afbaken van de toegekende octrooirechtelijke bescherming, naast de letterlijke bewoordingen van de octrooiaanvraag ook, in het licht van een zogeheten ‘equivalentie-leer’, rekening gehouden wordt met ‘equivalenten’, dit wil zeggen met zintuiglijk waarneembare manifestaties, waarvan het werkingsprincipe en het resultaat van hun werking, gelijk zijn aan deze van de in de octrooiaanvraag beschreven voortbrengselen of methodes, waarrond de leer tot planmatige inzet van natuurkrachten in de octrooiaanvraag uitgewerkt is. Zie in dit verband, bijvoorbeeld: R. PEETERS en B. VANDERMEULEN, "De Equivalentie-leer in de Belgische Octrooirechtspraak", *I.R.D.I.* 2003, p.131; A. STENVIK, "Protection for Equivalents Under Patent Law - Theories and Practice", *IIC* 2001, p. 1 e.v.; H. BERTRAMS, *Equivalentie in het Octrooirecht*, Deventer, Kluwer, 1998, 345 p.; M. FLAMÉE, "Beschermingsomvang van octrooien, Equivalentiemethode" in P. VANCRAESBEECK (ed.), *Problemen van Octrooirecht*, Diegem, Kluwer, 1994, p. 312 e.v..

Uitgebreid met betrekking tot de mate waarin ‘purposive construction’ en de ‘equivalentie-leer’ al dan niet tot gelijkaardige resultaten leiden op het vlak van het verlenen van octrooirechtelijke bescherming, bijvoorbeeld: K. GRABINSKI, "‘Schneidmesser’ versus ‘Amgen’ - Zum Sinn oder Unsinn patentrechtlicher Äquivalenz", *GRUR* 2006, p.714 e.v. L. HOFFMANN, "Patent Construction", *GRUR* 2006, 720 e.v.; J. BRINKHOF, "Is There a European Doctrine of Equivalence?", *I.I.C.* 2002, p.911 e.v. (Die deze vraag behandelt in het licht van art. 69 Europees Octrooiverdrag en art. 1 Protocol inzake de uitlegging van art. 69 Europees Octrooiverdrag).

¹¹⁴⁷ Vergelijk op dit punt: Europees Octrooibureau, *Guidelines for Examination in the European Patent Office*, München, Europees Octrooibureau, 2012, Deel A – Hoodstuk III, p. 2 e.v. (Met name waar uitdrukkelijk sprake is van de “physical requirements” van de octrooiaanvraag).

¹¹⁴⁸ Zie: art 78 en 81 Europees Octrooiverdrag en art. XI.16., §1 WER (oud art 15, §1 Octrooiwet).

¹¹⁴⁹ Zie: art 86 en 61, 3° Europees Octrooiverdrag en art. XI.16., §2 en art. XI.48. WER (oud art 15, §2 en art 40 Octrooiwet).

¹¹⁵⁰ Zie in dit verband: art 83 Europees Octrooiverdrag rond de ‘Uiteenzetting van de uitvinding’ dat stelt: “De uitvinding moet in de Europese octrooiaanvraag zodanig duidelijk en volledig worden beschreven dat zij door een deskundige kan worden toegepast.” en art. 84 Europees Octrooiverdrag rond de ‘Conclusies’, dat stelt: “De

Zoals aangegeven, is het ook gebruikelijk om aan te nemen dat de octrooiaanvraag telkens dient aan te geven of bescherming opgeëist wordt voor een ‘voortbrengsel-uitvinding’ dan wel een ‘werkwijze-uitvinding’¹¹⁵¹. Anderzijds, vereist het octrooirecht voor het toekennen van bescherming echter ook dat de relevante referentie-incorporatie, de octrooiaanvraag, de hypothese staft dat de, in de octrooiaanvraag beschreven, mogelijke realisaties van de uitvinding, zich lenen tot een daadwerkelijk realisatie waarbij zij een bepaald soort zintuiglijk waarneembare kenmerken danken aan deze uitvinding. De vereisten die het octrooirecht in dit verband biedt, volgen daarbij, volgens ons, met name uit de octrooieerbaarheidsvereisten rond ‘technisch karakter’ en daadwerkelijk vatbaar zijn voor ‘toepassing op het gebied van de nijverheid’¹¹⁵² en uit de uitdrukkelijk uitsluiting die stelt dat een leer tot planmatig handelen die betrekking heeft op esthetische vormgevingen als zodanig niet kan kwalificeren als een octrooieerbare ‘uitvinding’¹¹⁵³. Hoewel hierrond zoals beschreven, zeker wat het octrooieerbaarheidsvereiste rond ‘technisch karakter’ betreft, discussie bestaat, menen wij dat deze octrooieerbaarheidsvereisten en uitsluiting, in wezen, allen in dezelfde richting wijzen: zij vereisen dat het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die de binnen de octrooiaanvraag beschreven, mogelijke realisaties van de uitvindingen danken aan deze uitvinding, deze realisaties daadwerkelijk geschikt maken voor het vervullen van een andere functie dan het louter zich tonen en appelleren aan de zin voor esthetiek. Wat de uitsluiting rond esthetische vormgevingen betreft, ligt deze lezing voor de hand¹¹⁵⁴. Wat de opvatting betreft dat het octrooieerbaarheidsvereiste rond ‘technisch karakter’ onder meer een dergelijk vereiste inhoudt, verwijzen we naar de bespreking hierboven. In verband met het octrooieerbaarheidsvereiste rond daadwerkelijk ‘vatbaar zijn voor toepassing op het gebied van de nijverheid’¹¹⁵⁵ vraagt dit standpunt echter nog wat verder toelichting. Binnen het octrooirecht is het gebruikelijk om aan te nemen dat het octrooieerbaarheidsvereiste rond ‘toepassing op het gebied van de nijverheid’ een vereiste impliceert dat een uitvinding een uitwerking dient te krijgen in voortbrengselen of werkwijzen die hun aanwending vinden binnen een activiteit die continu, onafhankelijk en voor commercieel gewin uitgevoerd wordt¹¹⁵⁶. Binnen welk domein deze activiteit zich daarbij moet situeren, opdat het vereiste rond ‘toepassing op het gebied van de nijverheid’ zou kunnen vervuld zijn, is echter erg ruim op te vatten¹¹⁵⁷, volgens de Richtlijn voor Onderzoek van het Europees Octrooibureau met name als “*including any physical activity of ‘technical character’ (...), i.e. an activity which belongs to the useful or practical arts as distinct from the aesthetic arts;*”¹¹⁵⁸ Ten slotte, is in dit verband dan ook nog op te merken dat soms aangenomen wordt dat het vereiste van ‘vatbaar zijn voor toepassing op het gebied van de nijverheid’ of ‘industriële toepasbaar zijn’ niet alleen een aanknopingspunt biedt om te peilen naar het domein waarop realisatie van een uitvindingen zich situeren maar

conclusies beschrijven het onderwerp waarvoor bescherming wordt gevraagd. Zij dienen duidelijk en beknopt te zijn en steun te vinden in de beschrijving.”; Zie in dezelfde zin ook art. XI.18. WER (oud art 17 Octrooiwet).

¹¹⁵¹ Zie in dit verband zoals aangegeven, bijvoorbeeld: K. BERESFORD, *Patenting Software under the European Patent Convention*, London, Sweet & Maxwell, 2000, p. 13B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire : créer, protéger et partager les inventions au XXIe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, p. 87; R. BAKELS, "Software: werkwijze of voortbrengsel?", *B.I.E.* 2003, p. 430; W. CORNISH and D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 174 e.v..

¹¹⁵² Zie: art. 52, 1° en 57 Europees Octrooiverdrag en art. XI.3., lid 1 en XI.8., §1 WER (oud art. 2, lid 1 en 7, § 1 Octrooiwet).

¹¹⁵³ Zie: art 52(2), b) Europees Octrooiverdrag en art. XI.4., §1, 2. WER (oud art 3, §1, 2 Octrooiwet).

¹¹⁵⁴ Zie: art 52(2), b) Europees Octrooiverdrag en art. XI.4., §1, 2. WER (oud art 3, §1, 2 Octrooiwet); Zie in dit verband ook in die zin: Richtlijnen voor Onderzoek 2009, PART C IV-1 en bijvoorbeeld, KARJALA, "Distinguishing Patent and Copyright Subject Matter", *Connecticut Law Review* 2003, p.448 e.v..

¹¹⁵⁵ Art. 52, 1° en art. 57 Europees Octrooiverdrag en art. XI.3., lid 1 en XI.8. WER (oud art. 2, lid 1 en 7 Octrooiwet).

¹¹⁵⁶ Zie in die zin: Kamer van Beroep (E.O.B), 11 mei 2005 (*Phosphatase/Max-Planck*-beslissing), T_0870/04, overweging 3 (“*The case law indicates that the notion of "industry" has to be interpreted broadly to include all manufacturing, extracting and processing activities of enterprises that are carried out continuously, independently and for financial (commercial) gains.*”); In dezelfde zin bijvoorbeeld: Kamer van Beroep (E.O.B), 27 maart 1986 (*Du Pont*-beslissing), T_0144/83, overweging 5.

¹¹⁵⁷ Vergelijk op dti vlak bijvoorbeeld: M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Brussel, Larcier, 1999, p. 75.

¹¹⁵⁸ Zie: Europees Octrooibureau, *Guidelines for Examination in the European Patent Office*, München, Europees Octrooibureau, 2012, Deel G – Hoofdstuk III, p. 1.

ook om na te gaan *of* de uitvinding zoals deze beschreven is in de octrooiaanvraag wel daadwerkelijk te realiseren is¹¹⁵⁹.

B. Relevante referentiegroep

Ten tweede geeft het octrooirecht, met het oog op de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, ook richtlijnen rond het volgende punt: de afbakening van de relevante referentiegroep bij het doorvoeren van deze beoordeling. Bij deze relevante referentiegroep gaat het, zoals aangegeven, om de groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties waarvan de zintuiglijk waarneembare kenmerken te vergelijken zijn met de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan het resultaat van inspanningen, waarrond te beoordelen is of dit al dan niet aanleiding geeft tot het toekennen van bescherming op grond van het betrokken intellectuele recht.

Deze richtlijnen rond de afbakening van de relevante referentiegroep geeft het octrooirecht daarbij met name door aan te geven dat de in de octrooiaanvraag omschreven leer alvast blijkt moet geven van ‘nieuwheid’ en ‘uitvinderswerkzaamheid’ tegenover de ‘stand van de techniek’ om te kunnen kwalificeren als een octrooieerbare uitvinding beschouwd te worden¹¹⁶⁰. De ‘stand van de techniek’ verwijst daarbij, in essentie, naar al hetgeen voor de datum van indiening van de octrooiaanvraag openbaar toegankelijk is gemaakt door een schriftelijke of mondelinge beschrijving, door toepassing of op enige andere wijze¹¹⁶¹. Het is dan ook gebruikelijk om in dit verband te stellen dat het octrooirecht voor het toekennen van zijn bescherming vereist dat een uitvinding onder meer blijkt geeft van een ‘absolute of objectieve nieuwheid’ en een ‘absolute of objectieve uitvinderswerkzaamheid’¹¹⁶². Het gegeven dat het resultaat van inspanningen, in relatieve zin, ‘nieuw’ of ‘inventief’ is voor de persoon die de betrokken inspanningen leverde, rekening houdend met alle zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon kende op het ogenblik van het leveren van deze inspanningen, acht het octrooirecht in elk geval niet relevant voor het toekennen van zijn bescherming.

De vereisten van ‘nieuwheid’ en ‘uitvinderswerkzaamheid’ tegenover de ‘stand van de techniek’ vormen dus ook de maatstaf voor het afbakenen van de relevante referentiegroep binnen het octrooirecht. Bij de beoordeling rond het toekennen van octrooirechtelijk bescherming naar aanleiding van een bepaald resultaat van inspanningen omvat deze relevante referentiegroep met name alle zintuiglijk waarneembare manifestaties die tot de ‘stand van

¹¹⁵⁹ Zie in die zin, bijvoorbeeld ook: Europees Octrooibureau, Guidelines for Examination in the European Patent Office, München, Europees Octrooibureau, 2012, Deel F – Hoofdstuk III, p. 3 (“*The second instance is where successful performance of the invention is inherently impossible because it would be contrary to well-established physical laws – this applies e.g. to a perpetual motion machine. If the claims for such a machine are directed to its function, and not merely to its structure, an objection arises not only under Art. 83 Art. 83 but also under Art. 52(1) in that the invention is not "susceptible of industrial application" (...)*”) en W. CORNISH en D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 213 (Waar zij met betrekking tot “Industrial application” stellen: “*The EPO uses the concept for the purpose of excluding some aspects of the lunatic fringe: attempts to patent ideas which evidently do not achieve the claimed ends, such as machines to produce perpetual motion.*”); In de PHOSPHATASE/MAX-PLANCK-beslissing bijvoorbeeld, splitst de Kamer van Beroep van het Europees octrooibureau de analyse van het vereiste van het vatbaar zijn voor toepassing op het gebied van de nijverheid nadrukkelijk op in een behandeling van de notie “industry” enerzijds en het vereiste “can be made or used” anderzijds. Zie: Kamer van Beroep (E.O.B), 11 mei 2005 (*Phosphatase/Max-Planck*-beslissing), T_0870/04, overweging 3 en 4.

¹¹⁶⁰ Rond het vereiste van ‘nieuwheid’, zie: art. 54, 1° Europees Octrooiverdrag en art. XI.6., §1 WER (oud art 5, § 1 Octrooiwet); Rond het vereiste van ‘uitvinderswerkzaamheid’, zie: art. 56 Europees Octrooiverdrag en art. XI.7. WER (oud art 6 Octrooiwet).

¹¹⁶¹ Voor de precieze afbakening van de ‘stand van de techniek’ bij beoordeling van ‘nieuwheid’, zie: in dit verband: art. 54, 2°-5° Europees Octrooiverdrag en art. XI.6., § 3-5 WER (oud art 5, § 3-5 Octrooiwet); Voor de precieze afbakening van de de ‘stand van de techniek’ bij beoordeling van ‘uitvinderswerkzaamheid’, zie: art. 56, *in fine* Europees Octrooiverdrag en art. XI.7. *in fine* WER (oud art 6, *in fine* Octrooiwet). Het verschil is dat bij de ‘stand van de techniek’ met het oog op de beoordeling van ‘uitvinderswerkzaamheid’ geen rekening te houden is met de inhoud van reeds eerder ingediende octrooiaanvragen terwijl daarmee wel rekening te houden is bij de ‘stand van de techniek’ met het oog op de beoordeling van ‘nieuwheid’.

¹¹⁶² Zie in die zin bijvoorbeeld: A. KOPFF, “Die Schutzsysteme im Immaterialgüterrecht”, *GRURInt* 1983, p. 354.

de techniek' behoren die, volgens de expliciete aanwijzingen van het octrooirecht relevant is bij het beoordelen van 'nieuwheid' dan wel 'uitvinderswerkzaamheid'. De zonet beschreven afbakening van de relevante referentiegroep bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van het octrooirecht heeft daarbij dan concreet de volgende implicatie: indien een leer reeds gekend is binnen de relevante 'stand van de techniek', is het voor elke persoon onmogelijk om naar aanleiding van deze leer nog een bescherming te verkrijgen op grond van het octrooirecht. Dit is ook het geval voor een persoon die 'onafhankelijk' tot een bepaalde uitvinding kwam, dit wil zeggen zonder daarbij kennis te hebben van het reeds bestaan van de betrokken leer en, bijgevolg dus ook zonder de betrokken leer waarvoor hij octrooirechtelijk bescherming opeist, gekopieerd te hebben¹¹⁶³. Het octrooirecht kent met andere woorden, in beginsel, geen bescherming toe naar aanleiding van latere, onafhankelijke 'dubbelcreaties'.

C. Relevante verschillen

Ten derde stellen we vast dat het octrooirecht, met het oog op de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, ook richtlijnen geeft rond het volgende punt: welke verschillen de zintuiglijk waarneembare kenmerken die de octrooiaanvraag dankt aan het te beoordelen resultaat van inspanningen, voor het toekennen van bescherming moeten vertonen, tegenover de zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen de relevante referentiegroep, om te staven dat dit resultaat van inspanningen voortvloeit uit die inspanningen die vereist zijn voor het toekennen van bescherming.

Het octrooirecht beperkt zijn richtlijnen rond de zonet vermelde verschillen die het vereist voor het toekennen van bescherming, echter wel tot het aangeven van wat deze verschillen aannemelijk moeten maken: namelijk een uitvinding die 'nieuw' is en blijk geeft van 'uitvinderswerkzaamheid' tegenover de relevante 'stand van de techniek'¹¹⁶⁴. Bij het octrooierbaarheidsvereiste dat de uitvinding 'nieuw' moet zijn gaat het er dan met name om dat de beschreven uitvinding, in zijn uitwerking binnen voortbrengselen of werkwijzen om zintuiglijk waarneembare manifestaties een bepaald causaal te voorspellen resultaat te laten bereiken, nog niet gekend mag zijn binnen de relevante 'stand van de techniek'¹¹⁶⁵. In het geval van het octrooierbaarheidsvereiste dat de uitvinding moet berusten op 'uitvinderswerkzaamheid' gaat het er om dat de beschreven uitvinding, in zijn uitwerking binnen voortbrengselen of werkwijzen om zintuiglijk waarneembare manifestaties een bepaald causaal te voorspellen resultaat te laten bereiken, niet op een voor de hand liggende wijze mag voortvloeien uit de relevante 'stand van de techniek', in de ogen van een deskundige¹¹⁶⁶. Binnen het octrooirecht is daarbij echter ook algemeen aanvaard dat de beoordeling rond het vervuld zijn van zowel het octrooierbaarheidsvereiste rond 'nieuwheid'¹¹⁶⁷ als het octrooierbaarheidsvereiste rond 'uitvinderswerkzaamheid'¹¹⁶⁸, in wezen, dient te gebeuren in het licht van

¹¹⁶³ Vergelijk op dit punt W. GORDON, "Intellectual Property" in P. CAN en M. TUSHNET (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 624 (*For example, some have questioned the fairness of the rule adopted by most countries that gives patent owners the power to enjoin even coincidental and independent invention.*”).

¹¹⁶⁴ Rond het vereiste van 'nieuwheid', zie: art. 54, 1° Europees Octrooiverdrag en art. XI.6., §1 WER (oud art 5, § 1 Octrooiwet); Rond het vereiste van 'uitvinderswerkzaamheid', zie: art. 56 Europees Octrooiverdrag en art. XI.7. WER (oud art 6 Octrooiwet); Zie in dit verband ook: Kamer van Beroep (E.O.B.) 15 November 2006 (*Method of estimating product distribution*), T_0154/04, r.o. 15 (*"nontechnical features to the extent that they do not interact with technical features to produce a technical effect cannot establish novelty or inventive step."*).

¹¹⁶⁵ Zie: art. 54, 1° Europees Octrooiverdrag en art. XI.6., §1 WER (oud art 5, § 1 Octrooiwet).

¹¹⁶⁶ Zie: art. 56 Europees Octrooiverdrag en art. XI.7. WER (oud art 6 Octrooiwet); Zie in die zin bijvoorbeeld, ook: D. ASENDORF en C. SCHMIDT, "PatG § 4 Erfinderische Tätigkeit" in G. BENKARD, *Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz. Kurz-Kommentar*, München, Verlag C.H. BECK, 2006, Nr. 1 (*"Nur die über das routinemäßige, handwerkliche Können des Fachmanns hinausgehenden geistig-schöpferischen Leistungen beruhen auf erfinderischer Tätigkeit und können durch Patente geschützt werden."*).

¹¹⁶⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: Europees Octrooibureau, *Case Law of the Boards of Appeal of the European Patent Office, Sixth Edition*, München, Europees Octrooibureau, 2010, p.63 (*"The first step in deciding whether an invention is new is to define the prior art, the relevant part of that art, and the content of that relevant art. The next is to compare the invention with the prior art thus defined, and see whether the invention differs from it. If it does, the invention is novel."*).

¹¹⁶⁸ Zie in dit verband bijvoorbeeld: Europees Octrooibureau, *Guidelines for Examination in the European Patent Office*, München, Europees Octrooibureau, 2012, Deel G – Hoofdstuk VII, p. 3 (*"In order to assess inventive step in an objective and predictable manner, the so-called "problem-and-solution approach" should be applied. Thus*

een evaluatie van de verschillen tussen de uitvinding, zoals beschreven in de octrooiaanvraag, en de stand van de techniek.

De rechtsleer en de rechtspraak blijken de zonet aangehaalde octrooieerbaarheidsvereisten rond 'nieuwheid' en 'uitvindingswerkzaamheid' daarbij dan met name als aanknopingspunt te zien om aan te nemen dat, voor het toekennen van auteursrechtelijke bescherming, twee soorten kenmerken aannemelijk moeten zijn rond het te beoordelen resultaat van inspanningen: 1.) het vertonen van een 'absolute of objectieve nieuwheid' tegenover de 'stand van de techniek' en 2.) het voortvloeien uit intellectuele arbeid, waarvan het resultaat ook een bepaalde drempel behaalt. Het is daarbij dan het vereiste rond 'nieuwheid' dat het directe aanknopingspunt vormt om te peilen naar de 'absolute of objectieve nieuwheid' van de uitvinding tegenover de 'stand van de techniek'¹¹⁶⁹. Het vereiste rond 'uitvindingswerkzaamheid' geldt binnen het octrooirecht dan als het aanknopingspunt om te peilen of de uitvinding voortvloeit uit intellectuele arbeid, waarvan het resultaat ook een bepaalde drempel behaalt¹¹⁷⁰. In dit verband stellen dan vast dat het gebruikelijk is om aan te nemen dat het octrooirecht een vrij hoge drempel aan intellectuele arbeid vereist voor het toekennen van bescherming, een hogere standaard dan bijvoorbeeld het auteursrecht¹¹⁷¹. Verschillende auteurs hebben op dit punt echter ook reeds hun twijfels geuit rond de vraag of de

deviation from this approach should be exceptional. In the problem-and-solution approach, there are three main stages: (i) determining the "closest prior art", (ii) establishing the "objective technical problem" to be solved, and (iii) considering whether or not the claimed invention, starting from the closest prior art and the objective technical problem, would have been obvious to the skilled person.) en p. 4 (*"In the second stage, one establishes in an objective way the technical problem to be solved. To do this one studies the application (or the patent), the closest prior art and the difference (also called "the distinguishing feature(s)" of the claimed invention) in terms of features (either structural or functional) between the claimed invention and the closest prior art, identifies the technical effect resulting from the distinguishing features, and then formulates the technical problem.*"); Europees Octrooibureau, *Case Law of the Boards of Appeal of the European Patent Office, Sixth Edition*, München, Europees Octrooibureau, 2010, p. 170 (*"A comparison of the problem indicated in the application with that indicated in a prior document must avoid an unduly abstract approach far removed from the practical thinking of the person skilled in the art..."*).

¹¹⁶⁹ Vergelijk op dit punt, bijvoorbeeld: A. KOPFF, "Die Schutzsysteme im Immaterialgüterrecht", *GRURInt* 1983, p. 354.

¹¹⁷⁰ Hierbij is op te merken dat het octrooirecht aanvankelijk enkel de vereiste van nieuwheid vooropstelde en dat pas later de leer tot planmatig handelen ook op uitvindingswerkzaamheid getoetst werd. Het vereiste van uitvindingswerkzaamheid of 'nonobviousness' ontwikkelde zich pas in het midden van de 19^e eeuw en begin 20^e eeuw. (Zie in dit verband met betrekking tot het octrooirecht in de Verenigde Staten, Groot-Brittannië, Frankrijk en Duitsland: F.-K. BEIER, "The Inventive Step in Its historical Development", *IIC* 1986, p.301-323 (in het bijzonder p.302)) Vóór de Octrooiwet van 1984 bevatte de Belgische octrooiwet geen uitdrukkelijke voorwaarde die iets anders vereiste dan nieuwheid. De rechtsleer en de rechtspraak hadden echter reeds lange tijd aan de voorwaarde van nieuwheid ook de voorwaarde van 'originaliteit' toegevoegd, zonder daarbij echter altijd een duidelijk onderscheid te maken tussen beiden. (Zie: B. VAN REEPINGHEN en M. DE BRABANTER, *Les brevets d'inventions. La loi belge du 28 mars 1984. Le règlement du 23 juillet 1984 de la commission CEE relatif à l'exemption de certains accords de licences de brevets*, Brussel, Larcier, 1987, p.31 en M. BUYDENS, *La Protection de la Quasi-Creation*, Brussel, Larcier, 1993, p.326-327) Zo had het Hof van Cassatie, in meerdere arresten, reeds te kennen gegeven dat er naast nieuwheid nog een bijkomende voorwaarde gold, door te stellen: *"la découverte de quelque chose de neuf, d'inconnu jusqu'alors, qui soit dû au génie inventif de l'auteur de la découverte"* (Zie: Cass. 27 februari 1963, *Pas.* 1963, I., 719; Cass. 13 september 1968 *Ing.-Cons.* 1969, p.165).

¹¹⁷¹ Zie op dit punt, bijvoorbeeld: R. BAKELS en P. HUGENHOLTZ, *The Patentability of Computer Programs, Discussion of European-level legislation in the field of patents for software*, (Study for the Committee on Legal Affairs and the Internal Market of the European Parliament), Working Paper JURI 107 EN, April 2002, p. 37 (*"In theory non-obviousness is not enough; inventions must meet a certain standard of inventiveness. In German this is called "Erfindungshöhe" (literally: "inventive height"), in French "degré d'inventivité" ("degree of inventiveness"). These wordings indicate that the requirement of non-obviousness is not minimal; a substantial level of inventiveness is required. The requirement of inventive step distinguishes patents from copyrights. Patent protection being much stronger and further-reaching, it is only logical to impose (considerably) stricter prerequisites. If novelty would suffice, patents would be available on conditions similar to the low-level originality requirement of copyright. In our view, this clearly demonstrates that in addition to novelty, a substantial level of non-obviousness must be required."*); Zie ook: J. HUYDECOPER, "Originaliteit of inventiviteit? Het technisch effect in het auteursrecht.", *BIE* 1987, p. 109.

opvatting dat het octrooirecht een hoge mate aan intellectuele arbeid vereist voor het toekennen van zijn bescherming wel overeenstemt met de praktijk¹¹⁷².

D. Abstractie

Ten vierde is het gebruikelijk om aan te nemen dat het octrooirecht, met het oog op de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, ook richtlijnen geeft rond het volgende punt: het *niveau van abstractie* tot waar, bij het toekennen van bescherming, rekening te houden is met het gegeven dat de zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie van inspanningen dankt aan het te beoordelen resultaat van inspanningen, verschillen vertonen, tegenover de zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen de relevante referentiegroep, die bepaalde kenmerken aannemelijk maken van dit resultaat van inspanningen op het vlak van aan de mens interne bewustzijnsfenomeen.

Het aanknopingspunt voor deze richtlijnen die het octrooirecht biedt rond de relevante graad van abstractie bij de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming zijn dan met name: 1.) het impliciete principe dat het octrooirecht hoogstens bescherming toekent rond het door een uitvinding aangereikte *middel* om een resultaat te bereiken maar *nooit* rond het door deze uitvinding bereikte *resultaat* op zich¹¹⁷³, een principe dat, zoals gezegd, soms ook uitgedrukt wordt door te stellen dat het octrooirecht geen bescherming toekent rond puur abstracte concepten maar enkel rond het idee van hun concrete uitwerking¹¹⁷⁴, 2.), zoals besproken, het impliciete octrooierbaarheidsvereiste rond ‘technisch karakter’ zoals dit ook weerspiegeld wordt in de uitdrukkelijke uitsluitingen binnen het octrooirecht die aangeven dat een leer die betrekking heeft op bepaalde onderwerpen of

¹¹⁷² Zie in die zin, bijvoorbeeld: R. HILTY en C. GEIGER, “Patenting Software? A Judicial and Socio-Economic Analysis”, *IIC* 2005, p.628 (“*It nevertheless seems that at present patentability is only exceptionally refused by the different patent offices for lack of inventive step.*”) en M. CAMPBELL-KELLY en P. VALDURIEZ, “A technical critique of fifty software patents”, *Marquette Intellectual Property Law Review* 2005, p. 255 (“*One reason for the debate over obviousness is the common misconception about the level of originality that is necessary for a patent to be granted. ... The fact is that the great majority of patents are issued for small incremental improvements of existing technology. The vast majority of patents are obtained by research workers simply doing their job, making incremental improvements.*”).

¹¹⁷³ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. FLAMÉE, “Beschermingsomvang van octrooien, Equivalentiemethode” in P. VANCRAESBEECK (ed.), *Problemen van Octrooirecht*, Diegem, Kluwer, 1994, p. 298 en p. 312 e.v.; P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Parijs, Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 69; Vergelijk ook: R. PEETERS en B. VANDERMEULEN, “De Equivalentieleer in de Belgische Octrooirechtspraak”, *I.R.D.I* 2003, p. 132 (“*Men moet er echter rekening mee houden dat een octrooi ofwel een voortbrengsel opeist dan wel een werkwijze maar nooit een technische functie.*”).

¹¹⁷⁴ Vergelijk in die zin bijvoorbeeld: Kamer van Beroep (E.O.B), 1 juli 1998 (*Computer program product I/IBM*-beslissing), T 1173/97, overweging 5.2 (“*The exclusion from patentability of programs for computers as such (Article 52(2) and (3) EPC) may be construed to mean that such programs are considered to be mere abstract creations, lacking in technical character.*”); Kamer van Beroep (E.O.B), 21 april 2004 (*Auction Method/Hitachi*-beslissing), T 0258/03, overweging 4.5. (*in fine*) (“*Hence, in the Board's view, activities falling within the notion of a non-invention "as such" would typically represent purely abstract concepts devoid of any technical implications.*”) Zie ook: W. TAUCHERT, “Grundlagen und aktuelle Entwicklungen bei der Patentierung von Computerprogrammen” in C. ANN, W. ANDERS, U. DREISS, B. JESTAEDT, D. STAUDER (eds.), *Materielles Patentrecht. Festschrift für Reimar König zum 70. Geburtstag*, Keulen, Berlin, Bonn, München, C. Heymanns Verlag, 2003, p.499 en K. MELULLIS, “Zur Patentfähigkeit von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen”, *GRUR* 1998, p.852 (“*Computerprogramm als solches ist bei diesem Verständnis mithin das außertechnische Konzept ; d. h. die der Umsetzung in eine Handlungsanweisung an den Rechner vorausgehende Konzeption. ... Grundsätzlich patentfähig - auch weil technisch - ist demgegenüber die Umsetzung dieser zunächst nur gedanklichen Lösung in eine Handlungsanweisung für den Computer und dessen Ansteuerung, das heißt die der Verwirklichung dieses Programms dienende technische Konzeption, wie sie ihren Niederschlag in dem fertigen Programm gefunden hat. Das entspricht dem klassischen Technikbegriff; ... Patentschutz verdient nicht das dem Programm zugrunde liegende gedanklich logische Konzept, sondern die technische Konzeption, die seine Ausführung durch die Maschine ermöglicht.*”).

werkzaamheden ‘als zodanig’, niet kan kwalificeren als een octrooieerbare ‘uitvinding’ en 3.), althans volgens sommigen, het expliciete octrooieerbaarheidsvereiste rond ‘industriële toepasbaarheid¹¹⁷⁵’.

De richtlijnen die het octrooirecht doorheen de zonet opgesomde aanknopingspunten naar voor schuift rond de relevante graad van abstractie bij de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, laten zich daarbij, volgens ons, dan met name als volgt samenvatten: het octrooirecht vraagt om, bij de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, de binnen de octrooiaanvraag beschreven uitvinding, in beginsel, te benaderen op het niveau van abstractie van het daarin beschreven, uitgewerkte idee, met name het idee dat bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare kenmerken van voortbrengselen of werkwijzen hen in staat stellen om een bepaald causaal te voorspellen resultaat te laten bereiken door een planmatige inzet van natuurkrachten¹¹⁷⁶. Zoals aangegeven, volgt hieruit, naar onze mening, dan ook concreet dat het er bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van het octrooirecht op aan komt om het volgende: na te gaan of de uitvinding, in zijn uitwerking binnen ‘werkwijzen’ en ‘voortbrengselen’ zoals beschreven binnen de octrooiaanvraag, de vereiste nieuwheid en inventiviteit inderdaad vertoont in het licht van voldoende geconcretiseerde, niet te abstracte, kenmerken van het daadwerkelijke functioneren van deze ‘voortbrengselen’ of ‘werkwijzen’.

Op dit punt is dan echter meteen ook op te merken dat het niet steeds voor de hand ligt om concrete uitvindingen te plaatsen in licht van de zonet besproken onderscheiden tussen uitgewerkte ideeën en puur abstracte ideeën en tussen het door een uitvinding bereikte resultaat en het door deze uitvinding aangereikte *middel* daartoe. Een discussie die PICARD en CASALONGA in dit verband reeds voerden in 1936 vormt volgens ons een goed voorbeeld om deze moeilijkheid te illustreren. Bij deze rechtstheoretische discussie stond een hypothetische

¹¹⁷⁵ Zie in die zin: L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 385 (Met name waar zij met betrekking tot “Industrial application” stellen: “*This reflects the long-held view that patent protection should not be available for purely abstract or intellectual creations. The need to show industrial applicability also reflects the image of patentable invention as having a concrete and technical character.*” L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 385 en R. BAKELS, “Van software tot erger: op zoek naar de grenzen van het octrooirecht”, *IER* 2003, p. 219 (Met name waar deze met betrekking tot de inhoud van het vereiste van technisch karakter van de uitvinding schrijft: “*Daarom moet naar mijn overtuiging bij de beoordeling van octrooiaanvragen vooral ook goed onderzocht worden, of er wel sprake is van uitvindingen in juridische zin, dat wil zeggen van werkwijzen of voortbrengsels (die in voldoende mate zijn uitgewerkt). Zulk een vereiste zou in de plaats kunnen komen van het vereiste van een ‘technisch karakter’. Naar het spraakgebruik is immers een ‘maken’ of ‘doen’ min of meer hetzelfde als het toepassen van ‘techniek’, voorzover het gericht is op een concreet, tevoren voldoende bepaald resultaat. Men zou dus ook kunnen stellen dat een technisch karakter aldus wordt gedefinieerd. Dan staat het vereiste van een technisch karakter dus toch in de wet!*”)

¹¹⁷⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: Kamer van Beroep (E.O.B), 1 juli 1998 (*Computer program product I/IBM-beslissing*), T 1173/97, overweging 5.2 (“*The exclusion from patentability of programs for computers as such (Article 52(2) and (3) EPC) may be construed to mean that such programs are considered to be mere abstract creations, lacking in technical character.*”); Vergelijk ook: Kamer van Beroep (E.O.B), 21 april 2004 (*Auction Method/Hitachi-beslissing*), T 0258/03, overweging 4.5. (*in fine*) (“*Hence, in the Board’s view, activities falling within the notion of a non-invention “as such” would typically represent purely abstract concepts devoid of any technical implications.*”) Zie in die ook: Kamer van Beroep (E.O.B), 22 maart 2006, (*Undeliverable mail/Pitney Bowes-beslissing*), T 0388/04, overwegingen 3-4; Vergelijk in die zin bijvoorbeeld ook: W. TAUCHERT, “Grundlagen und aktuelle Entwicklungen bei der Patentierung von Computerprogrammen” in C. ANN, W. ANDERS, U. DREISS, B. JESTAEDT, D. STAUDER (eds.), *Materielles Patentrecht. Festschrift für Reimar König zum 70. Geburtstag*, Keulen, Berlin, Bonn, München, C. Heymanns Verlag, 2003, p.481 (“*Das Patent schützt das funktionale Prinzip einer Vorrichtung oder eines Verfahrens in seiner realen Umsetzung, d.h. den Gegenstand, mit dem die beschriebenen Funktionen und Wirkungen verbunden sind,...*”); K. BERESFORD, *Patenting Software under the European Patent Convention*, London, Sweet & Maxwell, 2000, p. 13 (“*... a patent does not protect the abstract idea but the practical implementation of that idea in certain forms susceptible of industrial application.*”); M. FLAMÉE, “Beschermingsomvang van octrooien, Equivalentiemethode” in P. VANCRAESBEECK (ed.), *Problemen van Octrooirecht*, Diegem, Kluwer, 1994, p. 298 en p. 312 e.v.; P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Parijs, Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 69; Vergelijk ook: R. PEETERS en B. VANDERMEULEN, “De Equivalentieleer in de Belgische Octrooirechtspraak”, *I.R.D.I* 2003, p. 132 (“*Men moet er echter rekening mee houden dat een octrooi ofwel een voortbrengsel opeist dan wel een werkwijze maar nooit een technische functie.*”).

uitvinding centraal die er in bestond dat een kanon trefzekerder wordt indien het er voor zorgt dat het afgevuurde langwerpige projectiel om zijn eigen symmetrie-as gaat roteren. De discussie tussen PICARD en CASALONGA bestond er nu in hoe deze uitvinding te analyseren was in het licht van het onderscheid tussen het door een uitvinding bereikte *resultaat* en het door deze uitvinding aangereikte *middel* daartoe. CASALONGA meende dat het door deze uitvinding aangereikte *middel* te situeren was op het niveau van bijvoorbeeld de groeven in de loop van het kanon die het projectiel deden roteren rond de eigen symmetrie-as en dat het bereiken van een grotere trefzekerheid door het afgevuurde projectiel te laten roteren te situeren was op het niveau van het *resultaat*, anders gezegd, het abstracte idee waartoe de bescherming van het octrooirecht zich niet uitstrekt¹¹⁷⁷. PICARD daarentegen nam aan dat het afgevuurde projectiel doen roteren rond de eigen symmetrie-as te beschouwen is het *middel* dat de zonet beschreven uitvinding aanreikt om tot het *resultaat* te komen van een grote trefzekerheid¹¹⁷⁸. Aansluitend bij precies deze discussie, merkte ROUBIER reeds terecht op dat het vastleggen van de relevante graad van abstractie bij het toekennen van bescherming op grond van het octrooirecht in wezen neerkomt op een beleidsvraag. Bij het beantwoorden van deze beleidsvraag komt het er volgens ROUBIER dan, in essentie, op aan om er voor te zorgen dat de verdiensten die het verlenen van octrooirechtelijke bescherming heeft op het vlak van het stimuleren van voortuitgang niet teniet gedaan worden door het feit dat de concrete omvang van deze bescherming maakt dat de totstandkoming van substituten al te veel verhinderd wordt¹¹⁷⁹.

E. De octrooierbaarheid van uitvindingen rond computerprogramma's

Tot slot, gaan we nu, zoals aangegeven ook kort in op de octrooierbaarheid van uitvindingen rond computerprogramma's. Dit thema vertoont namelijk, zoals aangegeven, bijzondere relevantie voor onze specifieke onderzoeksvraag rond de wenselijkheid van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken. In het licht van de discussie *of en in welke mate*, in computers geïmplementeerde uitvindingen octrooibescherming konden genieten, werd immers vaak overwogen of het uitwerken van een *sui generis* regime voor de intellectueelrechtelijke bescherming rond dergelijke uitvindingen, een wenselijke oplossing kon bieden¹¹⁸⁰.

Bij de vraag of van uitvindingen rond computerprogramma's aanleiding behoren te geven tot het toekennen van een bescherming op grond van het octrooirecht stellen we vast dat vooral twee overwegingen centraal staan: de vrees voor het monopoliseren van abstracte ideeën, het denken op zich, en de bezorgdheid om uitvindingen rond computerprogramma's voldoende te stimuleren. Bij de bezorgdheid om uitvindingen rond computerprogramma's voldoende te stimuleren gaat het er dan met name om dat dergelijke uitvindingen maatschappelijk waardevol kunnen zijn en dat mensen vanuit maatschappelijk oogpunt eventueel te weinig zullen investeren in het doen van dergelijke uitvindingen als zij niet kunnen rekenen op octrooirechtelijke bescherming rond deze uitvindingen¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁷ D. CASALONGA, *Annales de la Propriété Industrielle, Artistique et Littéraire*, 1936, p. 7 e.v..

¹¹⁷⁸ A. PICARD, *Annales de la Propriété Industrielle, Artistique et Littéraire*, 1936, p.89 e.v..

¹¹⁷⁹ P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Parijs, Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 69 ("Cette condamnation du brevet de résultat est inspirée des considérations pratiques suivantes: on ne saurait admettre, dit-on, que celui qui a atteint le premier un résultat donné puisse prétendre en interdire aux autres la recherche par des moyens différents; les progrès de l'industrie sont à ce prix: le premier inventeur peut n'être parvenu au résultat que par des moyens très défectueux et très coûteux; il ne peut empêcher qu'on essaie de la réaliser par d'autres moyens, qui pourront être infiniment supérieurs. On a fort bien exprimé cela en disant: un industriel ne peut pour être arriver le premier au but par une route, et peut-être la moins bonne, fermer toutes les avenues qui y conduisent. S'il a vraiment trouvé la seule solution du problème, alors il aura un véritable monopole de fait pour l'obtention de ce résultat; mais l'intérêt général exige, en tous cas, que la libre concurrence soit réservée pour tous autres procédés possible que celui de l'inventeur").

¹¹⁸⁰ Zie voor overwegingen rond deze optie bijvoorbeeld: V. JÄNICH, "Sui Generis Rights for Business Methods", *IIC* 2004, p. 376-391; R. HILTY en C. GEIGER, "Patenting Software? A Judicial and Socio-Economic Analysis", *IIC* 2005, p. 643 e.v.; R. BAKELS en P. HUGENHOLTZ, *The Patentability of Computer Programs, Discussion of European-level legislation in the field of patents for software* (Studie in opdracht van het Europees Parlement), Luxemburg, Europees Parlement, 2002, p. 38 e.v..

¹¹⁸¹ Zie: Toelichting Voorstel Richtlijn in Computers Geïmplementeerde Uitvindingen (COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN, *Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de octrooierbaarheid van in computers geïmplementeerde uitvindingen*, COM(2002) 92 definitief,

Bij de vrees voor het monopoliseren van abstracte ideeën gaat het dan in het bijzonder om de vrees dat het toekennen van octrooirechtelijke bescherming rond uitvindingen met betrekking tot computerprogramma's zou kunnen leiden tot het toekennen van een exclusieve rechten over het 'algoritme' dat het 'nieuwe' en 'inventieve' uitmaakt rond deze uitvindingen¹¹⁸². Een computerprogramma bestaat zoals aangegeven uit een verzameling van instructies die tot doel hebben om een computersysteem een bepaalde taak te laten uitvoeren¹¹⁸³ en zijn als zodanig dus beheerst door een bepaald 'algoritme', dit wil zeggen een geordende reeks ondubbelzinnige en uitvoerbare bewerkingen om in een eindig aantal bewerkingen een bepaalde taak uit te voeren¹¹⁸⁴. De concrete vrees hierbij rond het monopoliseren van abstracte ideeën is dan vooral dat, indien de rechthebbende inderdaad octrooirechtelijke bescherming zou kunnen verkrijgen rond het 'algoritme' dat het 'nieuwe' en 'inventieve' uitmaakt van zijn 'uitvinding' rond computerprogramma, dit hem al snel een al te verre gaande controle zou kunnen

Brussel 20 februari 2002, 33 p.) p. 2 (“*Softwareontwikkeling heeft de laatste jaren een gestage groei gekend. Deze activiteit heeft een grote invloed gehad op het gehele Europese bedrijfsleven en levert een aanzienlijke bijdrage aan het BBP en aan de werkgelegenheid. ...Het verdere groeipotentieel van deze sector en vandaar het effect ervan op de economie zijn nog groter vanwege het toenemende belang van de elektronische handel in de op internet gebaseerde informatiemaatschappij. Gezien de maturiteit die de huidige software-industrie heeft bereikt, zijn veel softwareverbeteringen een steeds moeilijker en duurder aangelegenheid, terwijl ze tegelijkertijd gemakkelijk te kopiëren zijn. Octrooien spelen een belangrijke rol om de bescherming van technische uitvindingen in het algemeen te waarborgen. Het beginsel dat aan het octrooistelsel ten grondslag ligt, heeft zijn doelmatigheid bewezen voor alle soorten uitvindingen waarvoor tot dusver in de lidstaten van de Europese Gemeenschap octrooibescherming is verleend. Octrooien dienen als aanmoediging om de nodige tijd en het nodige kapitaal te investeren, en ze stimuleren de werkgelegenheid. De maatschappij in het algemeen trekt ook profijt van de openbaarmaking van de uitvinding, die zorgt voor technologische vooruitgang waarop andere uitvinders kunnen voortbouwen.*”); Kritisch in dit verband echter ook, bijvoorbeeld: R. BAKELS en P. HUGENHOLTZ, *The patentability of computer programs. Discussion of European-level legislation in the field of patents for software*, (Studie in opdracht van het Europees Parlement verschenen als Working Paper van het Directoraat-Generaal voor Onderzoek), Luxemburg, Europees Parlement, p. 19 (“*No hard empirical data exist today to support conclusions in favour or against software and business method patenting.*”) en p. 22 (“*It has not been demonstrated that software patents contribute to innovation. The opposite may be true as well.*”); In dezelfde zin: K. BLIND, J. EDLER, R. NACK en J. STRAUS, “Mikro- und makroökonomische Implikationen der Patentierbarkeit von Softwareinnovationen - Geistige Eigentumsrechte in der Informationstechnologie im Spannungsfeld von Wettbewerb und Innovation”, Karlsruhe – München, Fraunhofer Institut / Max-Planck-Institut, 2001, p. 231.

¹¹⁸² Zie in die zin bijvoorbeeld: Toelichting Voorstel Richtlijn in Computers Geïmplementeerde Uitvindingen, p. 8; K. MELULLIS, “Zur Patentfähigkeit von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen”, GRUR 1998, p. 851 e.v. en Bundesgerichtshof 22 juni 1976 (Dispositionsprogramm), NJW 1976, p.1937; Vergelijk ook: K. BERESFORD, *Patenting Software under the European Patent Convention*, London, Sweet & Maxwell, 2000, p. 3 en 16.

¹¹⁸³ Zie voor soortgelijke omschrijving van een computerprogramma, bijvoorbeeld: C. FRENCH, *Oliver and Chapman's Data Processing and Information Technology*, London, DP Publications, 1996, p.3 (“A program is a set of instructions that is written in the language of the computer.”); V. RAJARAMAN en R. RADHAKRISHNAN, *Digital Logic and Computer Organization*, New Dehli, Prentice-Hall of India, 2006, p.2 (Die een computerprogramma omschrijven als: “*a sequence of instructions for accomplishing a complex task*”); S. SHIVA, *Computer design and architecture*, New York (o.a.), Dekker, 2000, p.2 (Die een computerprogramma typeert als: “*...(a set of instructions) for the processor to follow in solving the problem.*”); Zie ook: De Toelichting bij het oorspronkelijke Commissievoorstel rond de Richtlijn Computerprogramma's die stelt: “*For the purpose of this proposal, the term 'computer program' is used. This means a set of instructions the purpose of which is to cause an information processing device, a computer, to perform its functions*” en “*Given the present state of the art, the word program should be taken to encompass the expression in any form, language, notation or code of a set of instructions, the purpose of which is to cause a computer to execute a particular task or function.*”, Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, COM(1988) 816 definitief, Brussel 17 maart 1989, respectievelijk p. 3 en p. 17.

¹¹⁸⁴ Zie in dit verband de definitie van een 'algoritme' bijvoorbeeld bij: G. BROOKSHEAR, *Inleiding informatica*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2005, p. 176 (“*Een algoritme is een geordende reeks, ondubbelzinnige, uitvoerbare stappen die een proces beschrijven*”) A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p.213 (“*An algorithm is 'an unambiguous statement of the actions required to solve a problem in a finite number of steps'*”). I. BAINBRIDGE, *Introduction to information technology law*, Harlow, Pearson Longman, 2008, p. xxi (“*Algorithm: a structured set of rules or operations defining a logical solution to a problem or a methodology to achieve some end result.*”).

geven over de totstandkoming van substitueerbare computerprogramma's of zelfs over menselijke activiteiten in brede zin die, in wezen, hetzelfde algoritme toepassen¹¹⁸⁵. Wat dit laatste betreft, kunnen we dan opnieuw verwijzen naar het voorbeeld van een uitvinding die erin bestaat om een computerprogramma een spellingscontrole te laten uitvoeren door alle letters van het alfabet een numerieke waarde te geven en na te gaan of de optelsom van de letters van elk woord in een te controleren tekst ook terug te vinden zijn als een optelsom van de letters van de woorden in een woordenboek. Het gaat er dan met name om dat te vermijden is dat een eventuele octrooirechtelijke bescherming rond de zonet omschreven uitvinding de betrokken rechthebbende ook een exclusieve bevoegdheid zou geven over de handeling waarbij een persoon de spelling van de woorden uit een tekst nagaat in een woordenboek¹¹⁸⁶.

De zonet beschreven vrees voor het monopoliseren van abstracte ideeën in verband met het octrooieren van uitvindingen rond computerprogramma's heeft daarbij aanleiding gegeven tot een uitdrukkelijke uitsluiting binnen het octrooirecht¹¹⁸⁷. Het Europees Octrooiverdrag bepaalt in dit verband, met name in art. 52(2) Europees Octrooiverdrag, onder verwijzing naar de omschrijving van een octrooieerbare uitvinding in art. 52(1) Europees Octrooiverdrag, dat: "*In de zin van het eerste lid worden in het bijzonder niet als uitvindingen beschouwd: ... c) stelsels, regels en methoden voor het verrichten van geestelijke arbeid, voor het spelen of voor de bedrijfsvoering, alsmede computerprogramma's;...*"¹¹⁸⁸ Daarbij preciseert art. 52(3) Europees Octrooiverdrag echter onder verwijzing naar dit art. 52(2) Europees Octrooiverdrag: "*Het tweede lid sluit de octrooieerbaarheid van de aldaar genoemde onderwerpen of werkzaamheden alleen dan uit voor zover de Europese octrooiaanvraag of het Europees octrooi betrekking heeft op een van die onderwerpen of werkzaamheden als zodanig.*"¹¹⁸⁹ Het is daarbij dan met name deze laatste precisering in art. 52(3) Europees Octrooiverdrag die maakt dat het gebruikelijk is om te spreken van de 'als zodanig'-uitsluiting op het vlak van de octrooieerbaarheid van uitvindingen rond computerprogramma's.

We kunnen stellen dat de zonet beschreven bezorgdheid om uitvindingen rond computerprogramma's voldoende te stimuleren dan de drijfveer vormde voor het volgende: de zonet beschreven 'als zodanig'-uitsluiting op het vlak van de octrooieerbaarheid van uitvindingen rond computerprogramma's soepeler gaan interpreteren om alsnog tot een octrooirechtelijke bescherming te komen met betrekking tot dergelijke uitvindingen, in die gevallen en in die mate waarin dit wenselijk geacht werd rekening houdend, enerzijds, met de bezorgdheid om dergelijke uitvindingen rond computerprogramma's voldoende te stimuleren en, anderzijds, met het gevaar voor het monopoliseren van abstracte ideeën¹¹⁹⁰.

Met name in het licht van de beslissingen van de Kamers van Beroep bij het Europees Octrooibureau, stellen we vast dat deze versoepeling van de 'als zodanig'-uitsluiting op het vlak van de octrooieerbaarheid van uitvindingen

¹¹⁸⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: K. MELULLIS, "Zur Patentfähigkeit von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen", GRUR 1998, p. 851-852 (Met name waar deze auteur ingaat op: ... *die Gefahr, daß die Patentierung von Software zu einer Monopolisierung des Denkens führen könnte, die alle anderen Menschen von bestimmten Formen der Benutzung ihres Verstandes ausschließen würde,...*).

¹¹⁸⁶ Zie voor dit voorbeeld en deze bezorgdheid: Kamer van Beroep (E.O.B), 14 maart 1989 (*International Business Machines Corporation*-beslissing), T 0121/85, overweging 5 en K. BERESFORD, *Patenting Software under the European Patent Convention*, London, Sweet & Maxwell, 2000, p. 165 e.v..

¹¹⁸⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld ook: J. PILA, "Article 52(2) of the Convention on the Grant of European Patents: What Did the Framers Intend? A Study of the Travaux Préparatoires.", *IIC* 2005, p. 755 e.v. en K. BERESFORD, *Patenting Software under the European Patent Convention*, London, Sweet & Maxwell, 2000, p. 20.

¹¹⁸⁸ Woordelijk gelijk: art. XI.4., §1 WER (oud art. 3, §1 Octrooiwet).

¹¹⁸⁹ Woordelijk gelijk: art. XI.4., §2 WER (oud art. 3, §2 Octrooiwet).

¹¹⁹⁰ Zie in diezelfde zin bijvoorbeeld: R. HILTY en C. GEIGER, "Patenting Software? A Judicial and Socio-Economic Analysis", *IIC* 2005, p. 620 ("*It is probably the desire not to hinder European companies, in relation to their American competitors, that has motivated the European Patent Office progressively to adopt a less restrictive attitude. Initially with hesitation, then quite obviously despite the exclusion in the EPC, it has granted software patents via the use of sophisticated legal constructions that are very hard, even for an intellectual property law expert, to comprehend.*").

rond computerprogramma's, in verschillende fases verliep¹¹⁹¹. In een eerste fase maakten deze beslissingen duidelijk dat de zonet beschreven, uitdrukkelijke uitsluiting rond de octrooieerbaarheid van uitvindingen met betrekking tot computerprogramma's 'als zodanig', geen hinderpaal vormt voor het verkrijgen van octrooirechtelijke bescherming rond een uitvinding waarvan de implementatie een groter geheel omvat waarin een computerprogramma samenwerkt met technische elementen die geen aanleiding geven tot de toepassing van de uitsluitingen rond octrooieerbaarheid¹¹⁹². In een tweede fase bleek uit de betrokken beslissingen ook dat de uitdrukkelijke uitsluiting rond de octrooieerbaarheid van uitvindingen met betrekking tot computerprogramma's 'als zodanig', evenmin een octrooirechtelijke bescherming in de weg staat rond uitvindingen met betrekking tot computerprogramma's die blijk geven van 'technisch karakter'¹¹⁹³. Daarbij gaven de Kamers van Beroep van het Europees Octrooibureau bovendien aan dat een octrooirechtelijke bescherming zelfs mogelijk is naar aanleiding van een octrooiaanvraag die bescherming opeist rond een uitvinding die haar implementatie vindt binnen een 'computerprogramma-voortbrengsel', los van de geheugendrager waarin dit computerprogramma opgeslagen is en ook los van het computersysteem waarop dit computerprogramma loopt¹¹⁹⁴. De betrokken beslissingen van de Kamers van Beroep bij het Europees Octrooibureau maakten met andere woorden duidelijk dat de hierboven beschreven uitsluiting rond de octrooieerbaarheid van uitvindingen met betrekking tot computerprogramma's 'als zodanig', te verstaan is als een uitsluiting van de octrooieerbaarheid van die uitvindingen met betrekking tot computerprogramma's die het aan technisch karakter ontbreekt¹¹⁹⁵. Dit nam echter niet weg dat, zoals aangegeven,

¹¹⁹¹ Zie in die zin ook: R. HILTY en C. GEIGER, "Patenting Software? A Judicial and Socio-Economic Analysis", *IIC* 2005, p. 624 e.v. en J. PILA, "Dispute over the Meaning of „Invention“ in Art. 52(2) EPC - The Patentability of Computer-Implemented Inventions in Europe", *IIC* 2005, p. 174 e.v..

¹¹⁹² Zie in die zin bijvoorbeeld: Kamer van Beroep (E.O.B), 21 mei 1987, T_0026/86 ("Koch & Sterzel"-zaak), r.o. 3.1 ("To decide whether the subject-matter of Claim 1 is or is not an invention within the meaning of Article 52(1) EPC, it is necessary to determine whether or not it is a computer program as such and hence falls under Article 52(2)(c) and (3) EPC. Claim 1 relates neither to a computer program on its own and divorced from any technical application, nor a computer program in the form of a recording on a data carrier, nor a known, general-purpose computer in combination with a computer program. It is in fact an X-ray apparatus incorporating a data processing unit operating in accordance with a routine which produces a technical effect in the X-ray apparatus. This emerges clearly from the characteristics (a), (b) and (c) of Claim 1, which states that the X-ray tubes are controlled by the routine so that by establishing a certain parameter priority, optimum exposure is combined with adequate protection against overloading of the X-ray tubes. The subject-matter of Claim 1 is therefore an invention within the meaning of Article 52(1) EPC and patentable irrespective of whether or not the X-ray apparatus without this computer program forms part of the state of the art.").

¹¹⁹³ Zie in die zin bijvoorbeeld: Kamer van Beroep (E.O.B), 1 juli 1998 (Computer program product I/IBM-beslissing), T_1173/97, r.o 5.2. en 5.3 ("5.2 The exclusion from patentability of programs for computers as such (Article 52(2) and (3) EPC) may be construed to mean that such programs are considered to be mere abstract creations, lacking in technical Character"...5.3 This means that programs for computers must be considered as patentable inventions when they have a technical character.").

¹¹⁹⁴ Zie in die zin voor het eerst: Kamer van Beroep (E.O.B) 1 July 1998 (Computer program product I/IBM-beslissing), T 1173/97, r.o. 9.3 ("It is self-evident that in this instance the basic idea underlying the invention resides in the computer program. It is also clear that, in such a case, the hardware on which the program is intended to run is outside the invention, ie the hardware is not part of the invention. It is the material object on which the physical changes carried out by running the program take place. Furthermore, it is clear that if, for instance, the computer program product comprises a computer-readable medium on which the program is stored, this medium only constitutes the physical support on which the program is saved, and thus constitutes hardware.").

¹¹⁹⁵ De betrokken beslissingen van de Kamers van Beroep bij het Europees Octrooibureau maakten met andere woorden dus het volgende duidelijk rond de hierboven beschreven uitsluiting rond de octrooieerbaarheid van uitvindingen met betrekking tot computerprogramma's 'als zodanig'. De betrokken beslissingen van de Kamers van Beroep bij het Europees Octrooibureau De notie 'als zodanig' in art 52(3) Europees Octrooiverdrag is niet, zoals vroeger soms aangenomen werd, op te vatten als een één op één op hernemen van de begrippen uit art. 52(2) Europees Octrooiverdrag wat zou neerkomen op een volledige uitsluiting van de octrooieerbaarheid van elke leer die betrekking heeft op niet meer dan de in art. 52(2) Europees Octrooiverdrag opgesomde onderwerpen of werkzaamheden¹¹⁹⁵. (Zie in die zin nochtans, bijvoorbeeld: R. KÖNIG, "Patentfähige Datenverarbeitungsprogramme - ein Widerspruch in sich", *GRUR* 2001, p. 582 ("In der Nominalgruppe „Datenverarbeitungsprogramm als solches“ bewirkt „als“ in Verbindung mit „solche“ eine Gleichstellung der Basis (Datenverarbeitungsprogramm), und zwar mit all ihren begriffsbestimmenden Merkmalen, mit sich selbst; diese Gleichstellung ist kontextunabhängig und verweist ohne Wenn und Aber auf die fachlexikalische Bedeutung der Basis.")). De notie 'als zodanig' in art 52(3) Europees Octrooiverdrag voert volgens de betrokken beslissingen

heel wat discussie ontstond rond de precieze inhoud van dit vereiste van technisch karakter, de parameter die in het licht van de betrokken beslissingen dus de reikwijdte ging bepalen van de uitdrukkelijke uitsluiting rond de octrooieerbaarheid van uitvindingen met betrekking tot computerprogramma's 'als zodanig'. Zoals aangegeven, waren de technische kamers immers niet altijd even duidelijk of consequent in hun invulling van dit vereiste van 'technisch karakter'.

Tegen de achtergrond van de onduidelijkheid en discussie rond de interpretatie van het vereiste van technisch karakter dat de Kamers van Beroep bij het Europees Octrooibureau naar voor schoven als de sleutel tot een versoepeling van de 'als zodanig'-uitsluiting op het vlak van de octrooieerbaarheid van uitvindingen rond computerprogramma's, deed zich dan het volgende voor: steeds vaker werden voorstellen gedaan om bijzondere regels dan wel *sui generis* beschermingsregimes te introduceren om de octrooirechtelijke bescherming van uitvindingen rond computerprogramma's op een duidelijke manier te regelen¹¹⁹⁶. Opmerkelijk in dit verband is met name dat ook de Europese Commissie een voorstel deed voor een Richtlijn rond in Computers Geïmplementeerde Uitvindingen¹¹⁹⁷. Dit voorstel van richtlijn had met name een harmonisatie op het oog van de nationale octrooiwetten van de lidstaten van de Europese Gemeenschap op het vlak van de octrooieerbaarheid van in computers geïmplementeerde uitvindingen¹¹⁹⁸. Bij deze harmonisatie streefde dit voorstel van richtlijn er met name naar om meer duidelijkheid te scheppen rond het feit dat uitvindingen met betrekking tot computerprogramma's octrooirechtelijke bescherming kunnen verkrijgen en rond de voorwaarden waaronder dit het geval¹¹⁹⁹. Bij deze verduidelijking van de voorwaarden waaronder uitvindingen rond computerprogramma's in aanmerking komen voor octrooirechtelijke bescherming hield dit voorstel van richtlijn er soms echter wel ander opvattingen op na als deze die de Kamers van Beroep bij het Europees Octrooibureau reeds verdedigd hadden in hun beslissingen¹²⁰⁰. Zo achtte dit voorstel van richtlijn het wel mogelijk om octrooirechtelijke bescherming te verkrijgen rond 'voortbrengsel-uitvindingen' die hun implementatie vonden in een geprogrammeerde computer, een geprogrammeerd computernetwerk of een ander geprogrammeerd apparaat en ook om octrooirechtelijke bescherming te verkrijgen rond 'werkwijze -uitvindingen' die hun toepassing vonden in een computer, computernetwerk of apparaat dat een computerprogramma uitvoert¹²⁰¹ maar weigerde het de Kamers van Beroep

van de Kamers van Beroep integendeel een verder kwalificatie door rond art. 52(2) Europees Octrooioverdrag, met name in de zin dat een leer, die betrekking heeft op de onderwerpen of werkzaamheden opgesomd in 52(2) Europees Octrooioverdrag, enkel uitgesloten is van octrooieerbaarheid indien het deze leer aan technisch karakter ontbreekt.

¹¹⁹⁶ Zie in dit verband bijvoorbeeld: V. JÄNICH, "Sui Generis Rights for Business Methods", *IIC* 2004, p. 376-391; R. HILTY en C. GEIGER, "Patenting Software? A Judicial and Socio-Economic Analysis", *IIC* 2005, p. 643 e.v. en R. BAKELS en P. HUGENHOLTZ, *The Patentability of Computer Programs, Discussion of European-level legislation in the field of patents for software* (Studie in opdracht van het Europees Parlement), Luxemburg, Europees Parlement, 2002, p. 38 e.v. (o.a.: p. 39: "Even if good arguments exist for establishing a special legal regime for computer software, for practical reasons, as well as for the lack of an existing international framework, we would not recommend it.").

¹¹⁹⁷ Zie: COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN, *Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de octrooieerbaarheid van in computers geïmplementeerde uitvindingen*, COM(2002) 92 definitief, Brussel 20 februari 2002, 33 p. (Hierna: Voorstel Richtlijn in Computers Geïmplementeerde Uitvindingen) Wat de notie "in computers geïmplementeerde uitvinding" betreft, zie art. 2 Voorstel Richtlijn in Computers Geïmplementeerde Uitvindingen ("Onder "in computers geïmplementeerde uitvinding" wordt verstaan een uitvinding die in een computer of een soortgelijk apparaat wordt geïmplementeerd en die door een computerprogramma wordt gerealiseerd.").

¹¹⁹⁸ Zie: Toelichting Voorstel Richtlijn in Computers Geïmplementeerde Uitvindingen, p. 3.

¹¹⁹⁹ Zie: Toelichting Voorstel Richtlijn in Computers Geïmplementeerde Uitvindingen, p. 3.

¹²⁰⁰ Met betrekking tot de vragen die het Richtlijnvoorstel in Computers Geïmplementeerde Uitvindingen opriep rond de verhouding tussen de instellingen van de Europese Gemeenschap en de instellingen in het kader van het Europees Octrooioverdrag, zie bijvoorbeeld: J. PILA, "Dispute over the Meaning of „Invention“ in Art. 52(2) EPC - The Patentability of Computer-Implemented Inventions in Europe", *IIC* 2005, p. 187 e.v..

¹²⁰¹ Zie: art. 5 Voorstel Richtlijn in Computers Geïmplementeerde Uitvindingen ("De lidstaten zorgen ervoor dat een in computers geïmplementeerde uitvinding kan worden geclaimd als product, dat wil zeggen als een geprogrammeerde computer, een geprogrammeerd computernetwerk of een ander geprogrammeerd apparaat, of als een werkwijze die door zo een computer, computernetwerk of apparaat middels het uitvoeren van software wordt toegepast.").

bij het Europees Octrooibureau¹²⁰² te volgen op het volgende punt: een octrooirechtelijke bescherming aanvaarden rond een uitvinding die haar implementatie vindt binnen een ‘computerprogramma-voortbrengsel’, los van de geheugendrager waarin dit computerprogramma opgeslagen is en ook los van het computersysteem waarop dit computerprogramma loopt¹²⁰³. Uiteindelijk hadden deze afwijkende opvattingen binnen het voorstel van richtlijn echter weinig invloed, aangezien het Europees Parlement er voor opteerde om geen Richtlijn rond in Computers Geïmplementeerde Uitvindingen te aanvaarden en om de wetgevingsprocedure in dit verband voor beëindigd te verklaren¹²⁰⁴.

De zonet beschreven problematiek rond de octrooieerbaarheid van computerprogramma’s is daarbij volgens ons echter niet van die aard dat aan te nemen is dat het bestaande octrooirecht, bekeken vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, geen passende bescherming zou kunnen verlenen rond uitvindingen met betrekking tot computerprogramma’s. Er is volgens ons immers rekening mee te houden dat ook inspanningen rond het ontwikkelen van computerprogramma’s aanleiding kunnen geven tot een ‘resultaat’ van *intellectuele arbeid* waarvan de toepassing in zintuiglijk waarneembare kenmerken met een *functionele* beleving *niet* gebonden is aan een concrete *vormgeving*. Indien deze inspanningen inderdaad aanleiding geven tot een dergelijk ‘resultaat’ van *intellectuele arbeid* dan biedt het octrooirecht zich volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ aan om op passende wijze het theoretische model te implementeren dat volgens haar valabel en noodzakelijk is om ‘imitatievoordeel’ te vermijden rond dergelijke ‘resultaten’ van *intellectuele arbeid*: een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving *niet gebonden* is aan een concrete vormgeving.

Daarbij is dan echter meteen toe te geven dat het bestaande octrooirecht een passende bescherming laten verlenen rond uitvindingen met betrekking tot computerprogramma’s niet voor de hand ligt. Bij de implementatie van het zonet beschreven theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving *niet gebonden* is aan een concrete vormgeving, stelt zich voor het octrooirecht, volgens ons, dan met name steeds de volgende uitdaging: ten aanzien van de concrete uitvinding met betrekking tot computerprogramma’s een concrete inhoud geven aan het niveau van abstractie van het ‘uitgewerkte idee’ dat als leidraad kan dienen voor het toekennen en afbakenen van zijn bescherming¹²⁰⁵. Het is volgens ons immers met name in de implementatie van dit punt van het betrokken theoretische model dat de sleutel ligt om op passende wijze tegemoet te komen aan de concurrerende bezorgdheden rond het monopoliseren van abstracte ideeën en rond het voldoende stimuleren van uitvindingen rond computerprogramma’s. Verschillende auteurs hebben er in dit verband volgens ons reeds terecht op gewezen dat

¹²⁰² Zie in die zin: Kamer van Beroep (E.O.B) 1 July 1998 (*Computer program product I/IBM-beslissing*), T 1173/97, overweging 9.3..

¹²⁰³ Zie: Toelichting Voorstel Richtlijn in Computers Geïmplementeerde Uitvindingen, p. 16 (“*Er zij op gewezen dat het voorstel zich niet aansluit bij de praktijk van het EOB om aanspraken op computerprogrammaproducten, hetzij op zichzelf, hetzij op een drager, toe te staan, aangezien dit kan worden beschouwd als het toelaten van octrooien voor computerprogramma's "als zodanig".*”).

¹²⁰⁴ Zie: Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement betreffende het gemeenschappelijk standpunt, door de Raad vastgesteld met het oog op de aanneming van de richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de octrooieerbaarheid van in computers geïmplementeerde uitvindingen, *P.B. E 157* van 6 juli 2006, p. 265.

¹²⁰⁵ In dit verband herinneren we eraan dat dit theoretische model in beginsel het volgende doet indien de zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die een relevante referentie-incorporatie dankt aan inspanningen, blijk geven van een ‘resultaat’ van *intellectuele arbeid* waarvan de toepassing in zintuiglijk waarneembare kenmerken met een *functionele* beleving *niet* gebonden is aan een concrete *vormgeving*: de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid verlenen over alle zintuiglijk waarneembare handelingen van andere personen die een aanwending van ‘imitatievoordeel’ inhouden ten aanzien van het ‘object’, *i.e.* de groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties die, naast de betrokken relevante referentie-incorporatie, alle zintuiglijk waarneembare manifestaties omvat waarvan aannemelijk is dat zij hun capaciteit om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen als de relevante referentie-incorporatie danken aan het betrokken resultaat van intellectuele arbeid, met name gezien hun door ‘ontlening’ te verklaren inzet van, bekeken op het niveau van abstractie van het ‘uitgewerkte idee’, voldoende gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken als de relevante referentie-incorporatie om deze gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen.

naar aanleiding van uitvindingen met betrekking tot computerprogramma's, enkel het volgende aspect van deze uitvindingen in aanmerking behoort te komen voor octrooirechtelijke bescherming: de concrete omzetting van het logische concept dat een computerprogramma beheerst, binnen een technische concept, zoals dit zijn neerslag krijgt in de inzet van natuurkrachten binnen het afgewerkte computerprogramma¹²⁰⁶. De moeilijkheid bestaat er dus echter in om in het licht van concrete uitvindingen met betrekking tot computerprogramma's steeds dit technisch concept, dit 'uitgewerkte idee' vast te stellen dat als leidraad kan dienen voor het toekennen en afbakenen van hun eventuele bescherming op grond van het octrooirecht.

In dit verband herinneren we eraan dat dit theoretische model in beginsel het volgende doet indien de zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die een relevante referentie-incorporatie dankt aan inspanningen, blijk geven van een 'resultaat' van *intellectuele arbeid* waarvan de toepassing in zintuiglijk waarneembare kenmerken met een *functionele* beleving *niet* gebonden is aan een concrete *vormgeving*: de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid verlenen over alle zintuiglijk waarneembare handelingen van andere personen die een aanwending van 'imitatievoordeel' inhouden ten aanzien van het 'object', *i.e.* de groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties die, naast de betrokken relevante referentie-incorporatie, alle zintuiglijk waarneembare manifestaties omvat waarvan aannemelijk is dat zij hun capaciteit om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen als de relevante referentie-incorporatie danken aan het betrokken resultaat van intellectuele arbeid, met name gezien hun door 'ontlening' te verklaren inzet van, bekeken op het niveau van abstractie van het 'uitgewerkte idee', voldoende gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken als de relevante referentie-incorporatie om deze gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen.

De wezenlijke uitdaging waarmee het octrooirecht zich geconfronteerd ziet om tot een passende bescherming te komen rond uitvindingen met betrekking tot computerprogramma's, is volgens ons echter uiteindelijk niet zo wezenlijk anders als deze die zich stelt rond vele andere uitvindingen. Ook rond vele andere uitvindingen is het immers niet steeds voor de hand liggend om een concrete inhoud te geven aan het niveau van abstractie van het 'uitgewerkte idee' dat als leidraad kan dienen voor het toekennen en afbakenen van zijn bescherming. In dit

¹²⁰⁶ Zie in die zin, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: R. KRÄBER, *Patentrecht. Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht.*, München, C.H. Beck, 2009, p. 171 e.v. ("*Es findet sich jedoch auch die Ansicht, CP als solches sei das „außertechnische Konzept, d.h. die der Umsetzung in eine Handlungsanweisung an den Rechner vorausgehende Konzeption“.* Dieses Konzept werde nicht schon dadurch technisch, daß es durch einen Computer verwirklicht werden soll. Grundsätzlich patentfähig – auch weil technisch – sei demgegenüber die Umsetzung dieser zunächst nur gedanklichen Lösung in eine Handlungsanweisung für den Computer und dessen Ansteuerung, d.h. die der Verwirklichung des Programms dienende technische Konzeption, wie sie ihren Niederschlag in dem fertigen Programm gefunden habe."); W. TAUCHERT, "Grundlagen und aktuelle Entwicklungen bei der Patentierung von Computerprogrammen" in C. ANN, W. ANDERS, U. DREISS, B. JESTAEDT, D. STAUDER (eds.), *Materielles Patentrecht. Festschrift für Reimar König zum 70. Geburtstag*, Keulen, Berlin, Bonn, München, C. Heymanns Verlag, 2003, p.499 en K. MELULLIS, "Zur Patentfähigkeit von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen", *GRUR* 1998, p.852 ("*Computerprogramm als solches ist bei diesem Verständnis mithin das außertechnische Konzept ; d. h. die der Umsetzung in eine Handlungsanweisung an den Rechner vorausgehende Konzeption. ... Grundsätzlich patentfähig - auch weil technisch - ist demgegenüber die Umsetzung dieser zunächst nur gedanklichen Lösung in eine Handlungsanweisung für den Computer und dessen Ansteuerung, das heißt die der Verwirklichung dieses Programms dienende technische Konzeption, wie sie ihren Niederschlag in dem fertigen Programm gefunden hat. Das entspricht dem klassischen Technikbegriff;...Patentschutz verdient nicht das dem Programm zugrunde liegende gedanklich logische Konzept, sondern die technische Konzeption, die seine Ausführung durch die Maschine ermöglicht.*"); Vergelijk op dit punt ook: Kamer van Beroep (E.O.B), 1 juli 1998 (*Computer program product I/IBM-beslissing*), T 1173/97, overweging 5.2 ("*The exclusion from patentability of programs for computers as such (Article 52(2) and (3) EPC) may be construed to mean that such programs are considered to be mere abstract creations, lacking in technical character.*"); Vergelijk ook: Kamer van Beroep (E.O.B), 21 april 2004 (*Auction Method/Hitachi-beslissing*), T 0258/03, overweging 4.5. (*in fine*) ("*Hence, in the Board's view, activities falling within the notion of a non-invention "as such" would typically represent purely abstract concepts devoid of any technical implications.*") Zie in die ook: Kamer van Beroep (E.O.B), 22 maart 2006, (*Undeliverable mail/Pitney Bowes-beslissing*), T 0388/04, overwegingen 3-4.

verband kunnen we verwijzen naar de hierboven aangehaalde discussie tussen PICARD en CASALONGA rond wat het *resultaat* dan wel het *middel* uitmaakt bij de uitvinding om een kanon trefzekerder te maken door er voor te zorgen dat het afgevuurde langwerpige projectiel om zijn eigen symmetrie-as gaat roteren¹²⁰⁷. Bij deze discussie die zich reeds in 1936 stelde, gaat het immers evengoed rond de moeilijkheid om inhoud te geven aan het niveau van abstractie van het ‘uitgewerkte idee’, het *middel*, dat als leidraad kan dienen voor het toekennen en afbakenen van octrooirechtelijke bescherming, en dit af te grenzen tegenover het niveau van abstractie van het ‘abstracte idee’, het *resultaat*, dat niet in aanmerking komt voor octrooirechtelijke bescherming.

Volgens ons is bovendien ook aan te nemen dat de wezenlijke uitdaging waarmee het octrooirecht zich geconfronteerd ziet om tot een passende bescherming te komen rond uitvindingen met betrekking tot computerprogramma’s, inderdaad aanstuurt op inherent moeilijke beoordelingen maar daarom nog niet vraagt om een aanpassing van de bestaande regelgeving rond het octrooirecht. Het bestaande octrooirecht biedt immers reeds voldoende aanknopingspunten om er over te waken dat het niveau van abstractie van het uitgewerkte idee als leidraad fungeert bij het toekennen en afbakenen van een octrooirechtelijke bescherming rond uitvindingen met betrekking tot computerprogramma’s. Aanknopingspunten daartoe zijn volgens ons, zoals aangegeven, met name reeds te vinden in het impliciete octrooierbaarheidsvereiste rond ‘technisch karakter’, in het expliciete octrooierbaarheidsvereiste rond ‘industriële toepasbaarheid¹²⁰⁸’ en in het vrij algemeen aanvaarde principe dat het octrooirecht hoogstens bescherming toekent rond het door een uitvinding aangereikte *middel* om een resultaat te bereiken maar *nooit* rond het door deze uitvinding bereikte *resultaat* op zich¹²⁰⁹, of anders uitgedrukt, in het principe dat het octrooirecht geen bescherming toekent rond puur abstracte concepten maar enkel rond het idee van hun concrete uitwerking¹²¹⁰.

¹²⁰⁷ Zie: D. CASALONGA, *Annales de la Propriété Industrielle, Artistique et Littéraire*, 1936, p. 7 e.v. en A. PICARD, *Annales de la Propriété Industrielle, Artistique et Littéraire*, 1936, p.89 e.v..

¹²⁰⁸ Zie in die zin: L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 385 (Met name waar zij met betrekking tot “Industrial application” stellen: “*This reflects the long-held view that patent protection should not be available for purely abstract or intellectual creations. The need to show industrial applicability also reflects the image of patentable invention as having a concrete and technical character.*” L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 385 en R. BAKELS, “Van software tot erger: op zoek naar de grenzen van het octrooirecht”, *IER* 2003, p. 219 (Met name waar deze met betrekking tot de inhoud van het vereiste van technisch karakter van de uitvinding schrijft: “*Daarom moet naar mijn overtuiging bij de beoordeling van octrooiaanvragen vooral ook goed onderzocht worden, of er wel sprake is van uitvindingen in juridische zin, dat wil zeggen van werkwijzen of voortbrengsels (die in voldoende mate zijn uitgewerkt). Zulk een vereiste zou in de plaats kunnen komen van het vereiste van een ‘technisch karakter’. Naar het spraakgebruik is immers een ‘maken’ of ‘doen’ min of meer hetzelfde als het toepassen van ‘techniek’, voorzover het gericht is op een concreet, tevoren voldoende bepaald resultaat. Men zou dus ook kunnen stellen dat een technisch karakter aldus wordt gedefinieerd. Dan staat het vereiste van een technisch karakter dus toch in de wet!*”).

¹²⁰⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. FLAMÉE, “Beschermingsomvang van octrooien, Equivalentiemethode” in P. VANCRAESBEECK (ed.), *Problemen van Octrooirecht*, Diegem, Kluwer, 1994, p. 298 en p. 312 e.v.; P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Parijs, Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 69; Vergelijk ook: R. PEETERS en B. VANDERMEULEN, “De Equivalentieleer in de Belgische Octrooierspraak”, *I.R.D.I* 2003, p. 132 (“*Men moet er echter rekening mee houden dat een octrooi ofwel een voortbrengsel opeist dan wel een werkwijze maar nooit een technische functie.*”).

¹²¹⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: Kamer van Beroep (E.O.B), 1 juli 1998 (*Computer program product I/IBM*-beslissing), T 1173/97, overweging 5.2 (“*The exclusion from patentability of programs for computers as such (Article 52(2) and (3) EPC) may be construed to mean that such programs are considered to be mere abstract creations, lacking in technical character.*”); Vergelijk ook: Kamer van Beroep (E.O.B), 21 april 2004 (*Auction Method/Hitachi*-beslissing), T 0258/03, overweging 4.5. (*in fine*) (“*Hence, in the Board’s view, activities falling within the notion of a non-invention “as such” would typically represent purely abstract concepts devoid of any technical implications.*”) Zie in die ook: Kamer van Beroep (E.O.B), 22 maart 2006, (*Undeliverable mail/Pitney Bowes*-beslissing), T 0388/04, overwegingen 3-4; Vergelijk in die zin bijvoorbeeld ook: W. TAUCHERT, “Grundlagen und aktuelle Entwicklungen bei der Patentierung von Computerprogrammen” in C. ANN, W. ANDERS, U. DREISS, B. JESTAEDT, D. STAUDER (eds.), *Materielles Patentrecht. Festschrift für Reimar König zum 70. Geburtstag*, Keulen, Berlin, Bonn, München, C. Heymanns Verlag, 2003, p.481 (“*Das Patent schützt das funktionale Prinzip einer Vorrichtung oder eines Verfahrens in seiner realen Umsetzung, d.h. den Gegenstand, mit dem die beschriebenen Funktionen und Wirkungen verbunden sind,...*”); K. BERESFORD, *Patenting Software under the European Patent Convention*, London, Sweet & Maxwell, 2000, p. 13 (“*... a patent*

1.1.2. Auteursrecht

Rond het auteursrecht menen we te mogen stellen dat dit voor het toekennen van zijn bescherming, als niet-registerrecht, vereist dat een relevante referentie-incorporatie blijk geeft van het belichamen van een ‘werk’. Een ‘werk’ verwijst daarbij naar een resultaat van inspanningen dat we op grond van de betrokken rechtsleer en rechtspraak als volgt menen te kunnen omschrijven: een ‘eigen, originele intellectuele schepping’ die, in zijn toepassing binnen de vormgeving van zintuiglijk waarneembare manifestaties, minstens ten dele gericht is op het louter zich tonen aan mensen om te appelleren aan hun zin voor esthetiek en niet noodzakelijk is voor het bereiken van een bepaalde functie¹²¹¹. Welke vereisten het auteursrecht voor het toekennen van bescherming naar aanleiding van een ‘werk’, stelt op het vlak van het voorliggen van een relevante referentie-incorporatie van dit ‘werk’ staat ter discussie. In dit verband mogen we aannemen dat het toekennen van auteursrechtelijke bescherming in elk geval vereist dat het ‘werk’ reeds een belichaming kreeg in een zintuiglijk waarneembare manifestatie en dat de kenmerken die deze zintuiglijk waarneembare manifestatie dankt aan het belichamen van het werk minstens ten dele gericht zijn op het appelleren aan de zin voor esthetiek en niet noodzakelijk zijn voor het bereiken van een bepaalde functie¹²¹². Het punt van discussie is echter of bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare manifestaties,

does not protect the abstract idea but the practical implementation of that idea in certain forms susceptible of industrial application.”)

¹²¹¹ Zie in dit verband bijvoorbeeld: Cass. 26 januari 2012, A&M 2012, p. 336 (“Een werk van letterkunde of kunst wordt krachtens deze bepaling auteursrechtelijk beschermd als het oorspronkelijk is in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de auteur. Hierbij is niet vereist dat het werk de stempel draagt van de persoonlijkheid van de auteur.”); Cass. 11 maart 2005, A&M 2005, p. 396; I.R.D.I. 2005, p.238 (“Om bescherming van de Auteurswet van 30 juni 1994 te genieten is het nodig maar voldoende dat bewezen wordt dat het werk de uitdrukking is van de intellectuele inspanning van de maker ervan, welke voorwaarde onontbeerlijk is om aan het werk het vereiste individuele karakter te geven waardoor een schepping ontstaat”); F. GOTZEN, “Art. 1” in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet. De Belgische auteurswet. Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2009, p. 6-7; Hoge Raad, 16 juni 2006, NJ 2006, p.585 (Beslissend is dat het daarbij gaat om een voortbrengsel dat vatbaar is voor menselijke waarneming en het een eigen, persoonlijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt.); J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, p. 65 e.v.; U. LOEWENHEIM, “Abschnitt 2. Das Werk” in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p. 56 e.v.; A. LUCAS en H.-J. LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Paris, Litec, 2005, p. 54 e.v.; Specifiek met betrekking tot de vereiste van een esthetische gerichtheid, zie bijvoorbeeld: G. SCHULZE, “Werturteil und Objektivität im Urheberrecht – Die Feststellung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit am Beispiel der ‘kleinen Münze’”, *GRUR* 1984, p.403; A. DIETZ, “Das Problem des Rechtsschutzes von Computerprogrammen in Deutschland und Frankreich. Die kategoriale Herausforderung des Urheberrechts”, *B.I.E.* 1983, p.310; Vergelijk op dit punt ook: A. STROWEL en E. DERCLAYE, *Droit d’auteur et numérique: logiciels, bases de données multimédia. Droit belge, européen et comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, p. 22 (“Appartenance au domaine littéraire et artistique”); M. DE COCK BUNING en E. NUMANN, “De gestage wildgroei van het auteursrecht. Een hoge snelheidstrein dreigt te ontsporen” in D. VISSER en D. VERKADE (eds), *Een eigen, oorspronkelijk karakter. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor*, Amsterdam, DeLex, 2007, p. 27 (met name met betrekking tot de ‘domeinvraag’ binnen het auteursrecht); F. GROSHEIDE, *Auteursrecht op Maat*, Deventer, Kluwer, 1986, p. 195 e.v. (met name met betrekking tot de ‘externe afgrenzing’ van het auteursrecht, in tegenstelling tot de ‘interne afgrenzing’ van het auteursrecht op grond van de vereiste van originaliteit).

¹²¹² Zie in dit verband bijvoorbeeld: Cass. 26 januari 2012, A&M 2012, p. 336 (“Een werk van letterkunde of kunst wordt krachtens deze bepaling auteursrechtelijk beschermd als het oorspronkelijk is in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de auteur. Hierbij is niet vereist dat het werk de stempel draagt van de persoonlijkheid van de auteur.”); Cass. 11 maart 2005, A&M 2005, p. 396; I.R.D.I. 2005, p.238 (“Om bescherming van de Auteurswet van 30 juni 1994 te genieten is het nodig maar voldoende dat bewezen wordt dat het werk de uitdrukking is van de intellectuele inspanning van de maker ervan, welke voorwaarde onontbeerlijk is om aan het werk het vereiste individuele karakter te geven waardoor een schepping ontstaat”), Hof van Cassatie 11 maart 2005, A&M 2005, p. 396; I.R.D.I. 2005, p.238; F. GOTZEN, “Art. 1” in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet. De Belgische auteurswet. Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2009, p. 6-7; Hoge Raad, 16 juni 2006, NJ 2006, p.585 (Beslissend is dat het daarbij gaat om een voortbrengsel dat vatbaar is voor menselijke waarneming en het een eigen, persoonlijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt.); J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, p. 65 e.v.; U. LOEWENHEIM, “Abschnitt 2. Das Werk” in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck,

bijvoorbeeld parfum, inherent ongeschikt zijn om als relevante referentie-incorporatie te fungeren met het oog op het toekennen van bescherming naar aanleiding van een ‘werk’.

In dit onderdeel nemen we opnieuw de vier typische parameters binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ als leidraad om dieper in te gaan op de richtlijnen die het auteursrecht biedt om, in het licht van een concrete incorporatie van inspanningen, te beoordelen of deze aanleiding geeft tot het toekennen van zijn bescherming. Volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ is immers aan te nemen dat de richtlijnen die het auteursrecht geeft op dit punt, te verstaan zijn als aanwijzingen rond de invulling van deze vier typische parameters binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’.

Met het oog op een indeling van de richtlijnen die het auteursrecht biedt rond het toekennen van zijn bescherming, binnen het raamwerk van de ‘denkoperatie rond verschillen’, moeten we echter eerst opnieuw ingaan op een specifieke discussie rond deze richtlijnen. Ditmaal gaat het dan met name om de discussie rond wat het eigenlijke voorwerp uitmaakt van de toetsing in het licht van de zonet aangehaalde vereisten rond een gerichtheid op het appelleren aan de zin voor esthetiek en rond het niet noodzakelijk zijn voor het bereiken van een bepaalde functie. Rond dit punt bestaan er immers verschillende opvattingen en om te bepalen in het licht van welke parameter of parameters binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ we de betrokken vereisten dienen te situeren, zien we ons opnieuw verplicht om hier reeds stelling in te nemen binnen deze discussie.

Wat de vereisten betreft rond een gerichtheid op het appelleren aan de zin voor esthetiek en rond het niet noodzakelijk zijn voor het vervullen van een bepaalde functie, bestaat in de eerste plaats de opvatting dat het hierbij gaat om vereisten die, in het kader van het traceren van een ‘eigen, originele intellectuele schepping’, nagaan of een resultaat van inspanningen van inspanningen voorligt dat voortvloeit uit die inspanningen die vereist zijn voor het toekennen van bescherming. Bij het vereiste rond een gerichtheid op het appelleren aan de zin voor esthetiek is het achterliggende idee dat er een onderscheid te maken is tussen esthetische en functionele inspanningen¹²¹³. In het kader van het vereiste rond het niet noodzakelijk zijn voor het vervullen van een bepaalde functie is de redenering dan met name dat de noodzaak van kenmerken met het oog op het vervullen van een bepaalde functie het volgende impliceert: de bedenker had niet de mogelijkheid om in deze kenmerken zijn creatieve bekwaamheden tot uiting te laten komen door vrije en creatieve keuzes, in de mate die nodig is om het bedenken van deze kenmerken als het soort ‘eigen, originele intellectuele schepping’ te laten kwalificeren die vereist is voor het toekennen van auteursrechtelijke bescherming¹²¹⁴.

2006, p. 56 e.v.; A. LUCAS en H.-J. LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Paris, Litec, 2005, p. 54 e.v.; Specifiek met betrekking tot de vereiste van een esthetische gerichtheid, zie bijvoorbeeld: G. SCHULZE, “Werturteil und Objektivität im Urheberrecht – Die Feststellung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit am Beispiel der ‘kleinen Münze’”, *GRUR* 1984, p.403; A. DIETZ, “Das Problem des Rechtsschutzes von Computerprogrammen in Deutschland und Frankreich. Die kategoriale Herausforderung des Urheberrechts”, *B.I.E.* 1983, p.310; Vergelijk op dit punt ook: A. STROWEL en E. DERCLAYE, *Droit d’auteur et numérique: logiciels, bases de données multimédia. Droit belge, européen et comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, p. 22 (“Appartenance au domaine littéraire et artistique”); M. DE COCK BUNING en E. NUMANN, “De gestage wildgroei van het auteursrecht. Een hoge snelheidstrein dreigt te ontsporen” in D. VISSER en D. VERKADE (eds), *Een eigen, oorspronkelijk karakter. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor*, Amsterdam, DeLex, 2007, p. 27 (met name met betrekking tot de ‘domeinvraag’ binnen het auteursrecht); F. GROSHEIDE, *Auteursrecht op Maat*, Deventer, Kluwer, 1986, p. 195 e.v. (met name met betrekking tot de ‘externe afgrenzing’ van het auteursrecht, in tegenstelling tot de ‘interne afgrenzing’ van het auteursrecht op grond van de vereiste van originaliteit).

¹²¹³ In de zin dat het voor de toepassing van het recht mogelijk is om ‘immateriële objecten’ en ‘resultaten van intellectuele arbeid’ naar hun kenmerken te analyseren te beschrijven en te catalogiseren, bijvoorbeeld: J. DREXL, “What is protected in a computer program? Copyright Protection in the United States and Europe”, in F-K BEIER en G. SCHRICKER (ed.), *IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law* (vol. 15), Weinheim en New York, VCH Verlagsgesellschaft, 1994, p. 78 (“The author creates the work, the inventor discovers and applies scientific knowledge which has already been in existence but was unknown.”)

¹²¹⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: J. DREXL, “What is protected in a computer program? Copyright Protection in the United States and Europe”, in F-K BEIER en G. SCHRICKER (ed.), *IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law* (vol. 15), Weinheim en New York, VCH Verlagsgesellschaft, 1994, p. 86; D. VERKADE, Boekbespreking: G. VANDENBERGHE, *Bescherming van computersoftware, een rechtsvergelijkend onderzoek*, *B.I.E.* 1984, p. 338; Zie in dit verband bijvoorbeeld ook : H.v.J. 1 december 2011, C-145/10 (*Painer*), r.o. 88-89

In de tweede plaats is er specifiek rond het vereiste van het niet noodzakelijk zijn voor het bereiken van een bepaalde functie de analyse dat dit vraagt om binnen de zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan een resultaat van inspanningen een onderscheid te maken tussen: enerzijds, kenmerken die de ‘vorm’ belichamen die volgt uit het resultaat van inspanningen en, anderzijds, kenmerken die de ‘inhoud’ of de ‘functie’ belichamen die voortvloeit uit het resultaat van inspanningen¹²¹⁵. Binnen deze analyse vormt dit vereiste dus een toepassing van de ‘vorm versus inhoud’-dichotomie die het auteursrecht beheerst¹²¹⁶. Deze ‘vorm versus inhoud’-dichotomie houdt in essentie in dat een auteursrechtelijke bescherming naar aanleiding van een resultaat van inspanningen, zich in beginsel richt naar de concrete vormgeving die voortvloeit uit dit resultaat van inspanningen en niet aan de orde is voor abstracte ideeën die voortvloeien uit dit resultaat van inspanningen¹²¹⁷.

Ten derde treffen we echter ook de, volgens ons meest coherente, opvatting aan dat het vereiste rond een gerichtheid op het appelleren aan de zin voor esthetiek en het vereiste rond het niet noodzakelijk zijn voor het bereiken van een bepaalde functie, beiden, zonder omwegen als volgt te analyseren zijn: als vereisten die het auteursrecht stelt rond het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie moet danken aan een resultaat van inspanningen om in aanmerking te komen als basis voor de beoordeling rond het toekennen van auteursrechtelijke bescherming, nog los van de vraag of deze kenmerken daarbij ook staven dat het betrokken resultaat van inspanningen die soort inspanningen vroeg die vereist zijn voor het toekennen van bescherming. Verschillende auteurs wijzen er in dit verband immers, zoals aangegeven, op dat de kenmerken van aan de mens interne bewustzijnsfenomeen bij het leveren van intellectuele arbeid zich niet lenen tot een verdere, objectieve analyse maar hoogstens hypothesen toelaten op grond van de daaruit voortvloeiende zintuiglijk waarneembare kenmerken¹²¹⁸. Daarnaast stellen vele auteurs ook dat de ‘vorm versus inhoud’-dichotomie binnen

(“Zoals blijkt uit punt 17 van de considerans van richtlijn 93/98 is een intellectuele schepping een eigen schepping van de auteur wanneer zij de uitdrukking vormt van diens persoonlijkheid. Dat is het geval wanneer de auteur bij het maken van het werk zijn creatieve bekwaamheden tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzen...”).

¹²¹⁵ Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld: H. HABERSTUMPF, “Urheberrechtlich geschützte Werke und verwandte Schutzrechte.” in F.-K. BEIER (ed.), *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift, Weinheim, VCH, 1991, p.1134-1135* (“Damit ist allerdings nur eine Trivialität zum Ausdruck gebracht, die nichts zur Klärung der entscheidende Frage beiträgt, welche Merkmale eines Werkvorkommnisses für die urheberrechtliche Beurteilung im Einzelfall maßgeblich sind und welche nicht. Genau diese Leistung hat man aber füglich vom Formbegriff wie auch von dem Gegensatzbegriff der Inhalt zu verlangen, und zwar unabhängig von den Kriterien der Individualität oder Schöpfungshöhe: Erst wenn feststeht, welche Eigenschaften eines Werkvorkommnisses von bedeutung sein können, ist es sinnvoll zu fragen, ob sie Individualität oder ein bestimmte Schöpfungshöhe aufweisen.”)

¹²¹⁶ Uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: art 9.2. TRIPS dat bepaalt: “De bescherming van het auteursrecht strekt zich uit tot uitdrukkingsvormen en niet tot denkbeelden, procedures, werkwijzen of mathematische concepten als zodanig.”

¹²¹⁷ Zie rond deze ‘vorm versus inhoud’-dichotomie, bijvoorbeeld: W. CORNISH en D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 455; P. MASIYAKURIMA, “The Idea/Expression Dichotomy in UK Copyright Law”, *IIC* 2007 p.548-572; J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Kluwer, Deventer, 2005, p. 67; L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 173 (“idea-expression dichotomy”); C. BERKING, “Die Unterscheidung von Inhalt und Form im Urheberrecht” in M. Reh binder, (ed.) *Schriftenreihe des Archivs für Urheber- und Medienrecht (UFITA)*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, 261 p. en H. HABERSTUMPF, “Urheberrechtlich geschützte Werke und verwandte Schutzrechte” in F.-K. BEIER (ed.) *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift, Weinheim, VCH, 1991, p. 1125 e.v.*

¹²¹⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. QUAEDVLIEG, *Auteursrecht op techniek. De auteursrechtelijke bescherming van het technisch aspect van industriële vormgeving en computerprogrammatuur*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1987, p. 22 (QUAEDVLIEG wijst er daarbij op dat het niet opgaat om in de fase van het maken van een werk een onderscheid te maken tussen verschillende vormen van creativiteit. QUAEDVLIEG stelt dat dit meer een opgave voor een psycholoog is dan voor een jurist.); P. NORDELL, “Das Kriterium der Doppelschöpfung im schwedischen Recht - Theorie und Praxis”, *GRUR Int.* 1997, p. 111 (“Die psychischen Vorgänge, die zu einer kreativen Schöpfung führen, sind doch im wesentlichen unzugänglich. Versuche, die psychischen Abläufe zu

het auteursrecht in wezen geen goede basis vormt voor een onderscheid binnen de zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan een resultaat van inspanningen¹²¹⁹ maar veeleer te begrijpen is als een basis voor richtlijnen rond de graad van abstractie om deze zintuiglijk waarneembare kenmerken te bekijken bij de beoordeling rond het toekennen en afbakenen van auteursrechtelijke bescherming¹²²⁰. Uiteindelijk sluit het volgens ons nauwer aan bij de praktijk om aan te nemen dat de vereisten die het auteursrecht stelt rond een gerichtheid op het appelleren aan de zin voor esthetiek en rond het niet noodzakelijk zijn voor het bereiken van een bepaalde functie, direct peilen naar het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie moet danken aan een resultaat van inspanningen, nog los van het staven van de soort inspanningen die nodig waren om tot deze kenmerken te komen.

In wat volgt (A-D) gaan we nu dieper in op de richtlijnen die het auteursrecht biedt om, in het licht van een concrete incorporatie van inspanningen, te beoordelen of deze aanleiding geeft tot het toekennen van zijn bescherming. Aangezien deze richtlijnen, volgens de theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten', te verstaan zijn als aanwijzingen rond de invulling van de vier typische parameters binnen de 'denkoperatie rond verschillen' die het auteursrecht daarbij preciseert en oplegt, bespreken we deze richtlijnen opnieuw in het licht van deze vier parameters.

A. Relevante incorporaties

In de eerste plaats menen we vast te stellen dat het auteursrecht, met het oog op de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, richtlijnen geeft rond het volgende punt: het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie moet danken aan een resultaat van inspanningen om in aanmerking te komen als basis voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming¹²²¹. Het gaat daarbij, zoals aangegeven, om de loutere vaststelling van de aard van de kenmerken die voortvloeien uit een bepaald resultaat van inspanningen, nog los van de vraag of deze kenmerken ook staven dat het betrokken resultaat van inspanningen die soort inspanningen vroeg die vereist zijn voor het toekennen van bescherming.

erklären, die zu literarischen oder künstlerischen Schöpfungen führen, müssen daher in der Regel mißlingen. Das urheberrechtliche Schaffen kann vielleicht als "Black Box" aufgefaßt werden, über deren Inhalt die erforderliche Kenntnis fehlt, um überhaupt allgemeinere Aussagen zu den Schutzvoraussetzungen des Urheberrechts machen zu können.")

¹²¹⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Basel und Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, p. 372 (TROLLER stelt dat de scheiding tussen vorm en inhoud niet mogelijk is omwille van de eenheid die media (*Mitteilungsträger*) en de geestelijke mededelingen (*geistiger Aussage*) vormen binnen het werk. Volgens TROLLER kunnen de *Mitteilungsträger* wel verwisseld worden, zodat de inhoud in een andere *Materialisationsform* verschijnt, "aber dann entsteht ein anderes Werk, welches einen Teil des ursprünglichen bewahrt". Het werk zelf laat zich niet "in die aus sinnlich wahrnehmbarer Materie gebildete Form und den Inhalt auspalten.); Vergelijk ook: A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 126-127.

¹²²⁰ LEARNED HAND stelt in dit verband meerbepaald: "*Upon any work, and especially upon a play, a great number of patterns of increasing generality will fit equally well, as more and more of the incident is left out. The last may perhaps be no more than the most general statement of what the play is about, and at times might consist only of its title; but there is a point in this series of abstractions where they are no longer protected, since otherwise the playwright could prevent the use of his 'ideas,' to which, apart from their expression, his property is never extended.*" Circuit Court of Appeals, Second Circuit, 10 november 1930, (*Nichols v. Universal Pictures Corporation*), 45 F.2d, p. 119, (p.121); Voor een toepassing in recentere rechtspraak: *House of Lords* 23 november 2000, (*Designers Guild Ltd. v. Russell Williams*), *WLR*, p. 2416 (p.2423) (Daar overweegt Lord HOFFMANN: "*At that level of abstraction, the idea, though expressed in the design, would not have represented sufficient of the author's skill and labour as to attract copyright protection.*"); Zie ook: A. QUAEDVLIEG, *Auteursrecht op techniek. De auteursrechtelijke bescherming van het technisch aspect van industriële vormgeving en computerprogrammatuur*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1987, p. 22.

¹²²¹ Bij deze richtlijnen rond de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen relevante referentie-incorporaties gaat het dan, zoals aangegeven, met name om het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie voor het toekennen van bescherming moet danken aan een resultaat van inspanningen, nog los van de vraag of deze kenmerken staven dat ze de inspanningen vroegen die vereist zijn voor het toekennen van bescherming.

Welke precieze vereisten het auteursrecht stelt op het vlak van het soort zintuiglijk waarneembare manifestatie dat als relevante referentie-incorporatie kan fungeren van een resultaat van inspanningen, in het kader van de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming naar aanleiding van dit resultaat van inspanningen, zorgt, zoals aangegeven, voor discussie. De rechtsleer behandelt deze discussie wel eens onder de noemer van de ‘domeinvraag’ van het auteursrecht¹²²².

Daarbij is het duidelijk dat het auteursrecht, op het vlak van het voorliggen van een relevante referentie-incorporatie van een resultaat van inspanningen met het oog op de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, minstens het volgende vereist: dat het betrokken resultaat van inspanningen reeds aanleiding gaf tot een incorporatie binnen een zintuiglijk waarneembare manifestatie. Binnen het auteursrecht is het immers algemeen aanvaard dat het auteursrecht pas bescherming toekent naar aanleiding van een ‘werk’, indien dit ‘werk’ reeds een belichaming kreeg in een concrete, zintuiglijk waarneembare vorm¹²²³.

Het punt van discussie is echter, zoals aangegeven, of daarbij ook geldt dat bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare manifestaties, inherent ongeschikt zijn om als relevante referentie-incorporatie te fungeren met het oog op het toekennen van bescherming naar aanleiding van een ‘werk’¹²²⁴. Bij deze discussie gaat het er dan bijvoorbeeld om of de geur die een parfum verspreidt inherent te vluchtig is om als relevante referentie-incorporatie te fungeren met het oog op de beoordeling rond het toekennen van auteursrechtelijke bescherming rond het resultaat van inspanningen dat vereist was om deze geur te creëren¹²²⁵.

De vaststelling daarentegen van het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie moet danken aan een resultaat van inspanningen opdat het auteursrecht eventueel bescherming zou toekennen naar aanleiding van dit resultaat van inspanningen, geeft daarentegen veel minder aanleiding tot discussie. In dit verband stellen we immers zoals aangegeven vast dat het – zij het dus vaak via de omweg van het vereiste van een ‘eigen intellectuele schepping’ of de ‘vorm versus inhoud’-dichotomie – vrij algemeen aanvaard is dat het auteursrecht voor het toekennen van zijn bescherming het volgende vereist: dat de zintuiglijk waarneembare kenmerken die een incorporatie van inspanningen dankt aan een resultaat van inspanningen, minstens ten dele, gericht zijn op het louter zich tonen en appelleren aan de zin voor esthetiek¹²²⁶ en niet

¹²²² Zie in die zin bijvoorbeeld: M. DE COCK BUNING en E. NUMANN, "De gestage wildgroei van het auteursrecht. Een hoge snelheidstrein dreigt te ontsporen" in D. VISSER en D. VERKADE (eds), *Een eigen, oorspronkelijk karakter. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor*, Amsterdam, DeLex, 2007, p. 27.

¹²²³ Zie met betrekking tot dit vereiste bijvoorbeeld: U. LOEWENHEIM, "Abschnitt 2. Das Werk" in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p. 61-62 (met name m.b.t het vereiste van een "Wahrnehmbare Formgestaltung"); A. LUCAS en H.-J. LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Paris, Litec, 2001, p. 63 ("L'oeuvre ne peut donner prise au droit d'auteur qu'à partir du moment où elle quitte le monde de la spéculation pour entrer dans le monde sensible de la forme."); F. GOTZEN, *Het Bestemmingsrecht van de auteur*, Brussel, Larcier, 1975, p.72 ("... dat niemand de bescherming van een zelfs uitgewerkte creatie aanvaardt, zolang zij alleen in de geest van de schepper vertoef en geen enkele voor de buitenwereld waarneembare uiting heeft gevonden"); In dezelfde zin ook: M. KUMMER, *Das urheberrechtlich schützbares Werk. Mit 48 Abbildungen*, Bern, 1968, p. 8.

¹²²⁴ Zie in dit verband: M. DE COCK BUNING en E. NUMANN, "De gestage wildgroei van het auteursrecht. Een hoge snelheidstrein dreigt te ontsporen" in D. VISSER en D. VERKADE (eds), *Een eigen, oorspronkelijk karakter. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor*, Amsterdam, DeLex, 2007, p. 27 en F. GROSHEIDE, *Auteursrecht op Maat*, Deventer, Kluwer, 1986, p. 195 e.v. (met name met betrekking tot de ‘externe afgrenzing’ van het auteursrecht, in tegenstelling tot de ‘interne afgrenzing’ van het auteursrecht op grond van de vereiste van originaliteit); D. GERVAIS, "Feist goes global: a comparative analysis of the notion of originality in copyright law", *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 2002, p. 970-971; M. BUYDENS, *La Protection de la Quasi-Creation*, Brussel, Larcier, 1993, p. 825 (Die vooral vreest dat dergelijke vereisten rond de aard van de kenmerken die een incorporatie ontleent aan de daarrond geleverde inspanningen een aanknopingspunt zouden kunnen zijn voor onwenselijke waardeoordelen.)

¹²²⁵ Zie in dit verband bijvoorbeeld: E. DOMMERING, "Auteursrecht op parfum: de definitieve verdamping van het werkbegrip" in D. VISSER en D. VERKADE (eds), *Een eigen, oorspronkelijk karakter. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor*, Amsterdam, DeLex, 2007, p. 65-77; M. FOSCHI, "Droit d'auteur et parfums: vers une protection des fragrances?", *A&M* 2006, p. 309-317; S. BALANÁ, "Urheberrechtsschutz für Parfüms", *GRURInt* 2005, p. 979-991.

¹²²⁶ In de zin dat voor auteursrechtelijke bescherming in beginsel vereist is dat de functie van de betrokken incorporaties, minstens ten dele, bestaat in het louter zich tonen aan mensen en het inspelen op hun zin voor

noodzakelijk zijn voor het bereiken van een bepaalde functie¹²²⁷. De discussie in dit verband beperkt zich vooral tot de criteria die deze vereisten beheersen of behoren te beheersen. Sommige rechtsleer staat bijvoorbeeld eerder sceptisch tegenover het betrokken vereiste van een, minstens ten dele, esthetische gerichtheid van kenmerken. De betrokken auteurs zien in dit vereiste dan vooral een aanknopingspunt voor onwenselijk geachte, subjectieve waardeoordelen rond de esthetische verdienste van de betrokken kenmerken¹²²⁸. Andere auteurs zien het daarentegen net als wezenlijk dat het auteursrecht zijn toepassingsgebied afbakt door na te gaan of kenmerken een esthetische gerichtheid hebben, een beoordeling die volgens deze auteurs niet gelijkstaat aan een beoordeling van de esthetische waarde van de betrokken kenmerken¹²²⁹. In verband met het vereiste rond het niet noodzakelijk zijn voor het bereiken van een bepaalde functie is er met name enige discussie rond het criterium dat het auteursrecht behoort te hanteren om aan te nemen dat dat zintuiglijk waarneembare kenmerken wegen hun gerichtheid op een andere functie dan het louter zich tonen en het appelleren aan de zin voor esthetiek, niet als basis kunnen fungeren om de toekenning van zijn bescherming te verantwoorden en te genieten: *pas* als met het oog op het vervullen van de betrokken functie inderdaad geen alternatieven bestaan voor de betrokken kenmerken dan wel *reeds* als de betrokken kenmerken volledig ingegeven zijn door het streven om de betrokken functie te vervullen, los van het al dan niet bestaan van alternatieven¹²³⁰.

B. relevante referentiegroep

Ten tweede stellen we vast dat het auteursrecht, met het oog op de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, ook richtlijnen geeft rond het volgende punt: de afbakening van de relevante referentiegroep bij het doorvoeren van deze beoordeling¹²³¹. Bij deze relevante referentiegroep gaat het, zoals aangegeven, om de groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties waarvan de zintuiglijk waarneembare kenmerken te vergelijken zijn met de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan het resultaat van inspanningen, waarrond te beoordelen is of dit al dan niet aanleiding geeft tot het toekennen van bescherming op grond van het betrokken intellectuele recht.

esthetiek, bijvoorbeeld: G. SCHULZE, "Werturteil und Objektivität im Urheberrecht – Die Feststellung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit am Beispiel der 'kleinen Münze'", *GRUR* 1984, p.403 ("...so sind zur Literatur, Wissenschaft und Kunst im urheberrechtlichen Sinne nur Gedankenträger zu zählen, die die Sinne und den Verstand der Menschen anregen. Die Werke müssen also eine geistig-ästhetische Wirkung besitzen."); Vergelijk op dit punt ook: J. HUYDECOPER, "Originaliteit of inventiviteit? Het technisch effect in het auteursrecht.", *B.I.E.* 1987, p.107 (met name waar deze auteur het heeft over "appelleren aan de schoonheidszin"). Vergelijk op dit punt verder ook: D. KARJALA, "Distinguishing Patent and Copyright Subject Matter", *Connecticut Law Review* 2003, p.448 e.v.; Uitdrukkelijk anders, bijvoorbeeld: ULMER en KOLLE, die aangeven dat voor het toekennen van een auteursrechtelijke bescherming, met betrekking tot de aard van incorporatie van inspanningen enkel als vereiste behoort te gelden dat zij zintuiglijk waarneembaar zijn en die elk vereiste op dit punt rond een verband of samenhang van de incorporatie van inspanningen met het 'schone' uitdrukkelijk afwijzen. E. ULMER en G. KOLLE, "Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen", *GRURInt* 1982, p.492 e.v.

¹²²⁷ In die zin bijvoorbeeld: U. LOEWENHEIM, "Abschnitt 2. Das Werk" in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p. 65 (vanuit de optiek dat vereiste is dat "beim Werkschaffen Spielraum für die Entfaltung persönlicher Züge besteht."); Uitgebreid in dit verband: A. QUAEDVLIEG, *Auteursrecht op techniek. De auteursrechtelijke bescherming van het technisch aspect van industriële vormgeving en computerprogrammatuur*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1987, p. 21 e.v.

¹²²⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. BUYDENS, *La Protection de la Quasi-Creation*, Brussel, Larcier, 1993, p. 825.

¹²²⁹ Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld: G. SCHULZE, "Werturteil und Objektivität im Urheberrecht – Die Feststellung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit am Beispiel der 'kleinen Münze'", *GRUR* 1984, p. 403.

¹²³⁰ Zie rond dit punt bijvoorbeeld: J. HUYDECOPER, "Originaliteit of inventiviteit? Het technisch effect in het auteursrecht.", *BIE* 1987, p. 109 e.v.; Zie ook: D. KARJALA, "Distinguishing Patent and Copyright Subject Matter", *Connecticut Law Review* 2003, p.439 e.v..

¹²³¹ Bij de afbakening van deze relevante referentiegroep gaat het, zoals aangegeven, met name om de afbakening van de groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties waarvan de zintuiglijk waarneembare kenmerken te vergelijken zijn met de kenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan het resultaat van inspanningen bij de beoordeling of dit resultaat van inspanningen al dan niet aanleiding geeft tot het toekennen van bescherming op grond van het betrokken intellectuele recht.

Deze richtlijnen rond de afbakening van de relevante referentiegroep volgen binnen het auteursrecht dan met name uit het algemeen aanvaarde beginsel dat een resultaat van inspanningen alvast een ‘subjectieve nieuwheid’ moet vertonen om te kunnen kwalificeren als een ‘eigen, originele intellectuele schepping’. Een dergelijke ‘subjectieve nieuwheid’ vereist daarbij met name dat het resultaat van inspanningen ‘nieuw’ moet zijn voor de persoon die de betrokken inspanningen leverde, rekening houdend met alle zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon kende op het ogenblik van het leveren van deze inspanningen¹²³². Dit vereiste van ‘subjectieve nieuwheid’ vormt daarbij ook de maatstaf voor het afbakenen van de relevante referentiegroep binnen het auteursrecht. Bij de beoordeling rond het toekennen van auteursrechtelijke bescherming naar aanleiding van een bepaald resultaat van inspanningen omvat deze relevante referentiegroep met name alle zintuiglijk waarneembare manifestaties die de betrokken persoon kende op het ogenblik van het leveren van dit resultaat van inspanningen.

De zonet beschreven afbakening van de relevante referentiegroep bij de beoordeling rond het toekennen van auteursrechtelijke bescherming heeft daarbij dan concreet de volgende implicaties. Indien een persoon reeds *kennis* had van bepaalde, bestaande zintuiglijk waarneembare kenmerken en vervolgens tot een incorporatie van inspanningen komt met voldoende gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken, geldt het volgende: zijn resultaat van inspanningen dat tot die voldoende gelijkende kenmerken leidde kan niet kwalificeren als een ‘eigen, originele intellectuele schepping’ en dus geen aanleiding geven tot het toekennen van auteursrechtelijke bescherming. Indien een persoon echter *geen kennis* had van bepaalde, bestaande zintuiglijk waarneembare kenmerken en vervolgens toch tot een incorporatie van inspanningen komt met voldoende gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken, geldt daarentegen het volgende: deze gelijkenis neemt niet weg dat zijn resultaat van inspanningen dat tot die voldoende gelijkende kenmerken leidde nog kan kwalificeren als een ‘eigen, originele intellectuele schepping’ en aanleiding kan geven tot het toekennen van auteursrechtelijke bescherming rond een, zogeheten ‘dubbelcreatie’¹²³³.

¹²³² LOEWENHEIM vat de regeling binnen het auteursrecht als volgt samen "Auf die objektive Neuheit der Gestaltung kommt es urheberrechtlich grundsätzlich nicht an. Das Urheberrecht schützt nicht das neue Ergebnis, sondern das individuelle Schaffen; Für den Urheber muss es sich bei seinem Schaffen allerdings um etwas Neues handeln, er darf eine etwa schon vorhandene Gestaltungsform nicht kennen. Anderenfalls würde keine Individuelle Schöpfung vorliegen; was jemand von anderer Seite übernimmt, kann nicht Ausdruck seines individuellen Geistes sein. Insofern spricht man davon dass subjektive Neuheit erforderlich ist." U. LOEWENHEIM, "Abschnitt 2 Das Werk" in G. SCHRICKER, Urheberrecht Kommentar, München, C.H. Beck, 2006, p.71-72; Uitgebreid in dit verband, bijvoorbeeld ook: M. BUYDENS, "Droit d'auteur et hasard: réflexions sur le cas de la double création indépendante", *A&M* 2004, p. 477-483.

¹²³³ Uitgebreid in dit verband, bijvoorbeeld: M. BUYDENS, "Droit d'auteur et hasard: réflexions sur le cas de la double création indépendante", *A&M* 2004, p. 477-483.

C. Verschillen

Ten derde stellen we vast dat het auteursrecht, met het oog op de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, ook richtlijnen geeft rond het volgende punt: welke verschillen de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan het te beoordelen resultaat van inspanningen, moeten vertonen tegenover de zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen de relevante referentiegroep, om te staven dat dit resultaat van inspanningen voortvloeit uit die inspanningen die vereist zijn voor het toekennen van bescherming.

Het auteursrecht beperkt zijn richtlijnen rond de zonet vermelde verschillen die het vereist voor het toekennen van bescherming, echter wel tot het aangeven van wat deze verschillen aannemelijk moeten maken: een ‘eigen, originele intellectuele schepping’¹²³⁴. Een ‘eigen, originele intellectuele schepping’ is daarbij volgens het Europese Hof van Justitie dan met name te verstaan als een eigen intellectuele schepping van een persoon die het resultaat is van creatieve keuzes waarin deze persoon zijn persoonlijkheid en zijn creatieve bekwaamheden tot uiting kon laten komen¹²³⁵.

De rechtsleer en de rechtspraak blijken de zonet aangehaalde vereiste van een ‘eigen, intellectuele schepping’ daarbij dan met name als aanknopingspunt te zien om aan te nemen dat, voor het toekennen van auteursrechtelijke bescherming, drie soorten kenmerken aannemelijk moeten zijn rond het te beoordelen resultaat van inspanningen: 1.) het vertonen van een ‘subjectieve nieuwheid’¹²³⁶, 2.) het voortvloeien uit inspanningen van een bepaalde soort, in de regel intellectuele arbeid, het voortvloeien uit inspanningen van een bepaalde soort, in de regel intellectuele

¹²³⁴ Eveneens in de zin dat het vereiste van een ‘eigen, originele intellectuele schepping’ in wezen te ontleden is als een vereiste dat peilt naar het voorliggen van verschillen, bijvoorbeeld A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p.50 (“...that the requirement of originality in copyright law is not one of independent creation, but rather the degree of difference wich the alleged protected work has over the existing works. Indeed it is submitted that this is the common feature of all the requirements of originality in the various intellectual property regimes, however expressed.”); W. BULLINGER, “UrhG § 2 Geschützte Werke” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 22 (“Das Merkmal der Individualität bedeutet deshalb, dass ein Werk sich von anderen, älteren Werken durch seine Formgestaltung unterscheiden muss.”).

¹²³⁵ Zie in dit verband bijvoorbeeld: H.v.J. 1 december 2011, C-145/10 (*Painer*), r.o. 87-89 (“...dat het auteursrecht slechts kan gelden met betrekking tot materiaal, zoals een foto, dat oorspronkelijk is in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de auteur ervan. Zoals blijkt uit punt 17 van de considerans van richtlijn 93/98 is een intellectuele schepping een eigen schepping van de auteur wanneer zij de uitdrukking vormt van diens persoonlijkheid. Dat is het geval wanneer de auteur bij het maken van het werk zijn creatieve bekwaamheden tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzen...”); Cass. 26 januari 2012, A&M 2012, p. 336 (“Een werk van letterkunde of kunst wordt krachtens deze bepaling auteursrechtelijk beschermd als het oorspronkelijk is in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de auteur. Hierbij is niet vereist dat het werk de stempel draagt van de persoonlijkheid van de auteur.”); Cass. 11 maart 2005, A&M 2005, p. 396; I.R.D.I. 2005, p.238 (“Om bescherming van de Auteurswet van 30 juni 1994 te genieten is het nodig maar voldoende dat bewezen wordt dat het werk de uitdrukking is van de intellectuele inspanning van de maker ervan, welke voorwaarde onontbeerlijk is om aan het werk het vereiste individuele karakter te geven waardoor een schepping ontstaat”), Hof van Cassatie 11 maart 2005, A&M 2005, p. 396; I.R.D.I. 2005, p.238; Zie ook bijvoorbeeld: F. GOTZEN, “Noot – Het Hof van Cassatie en het begrip ‘oorspronkelijkheid’ in het auteursrecht.”, I.R.D.I. 2012, p. 203.

¹²³⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: U. LOEWENHEIM, “Abschnitt 2 Das Werk” in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p. 71-72 en M. BUYDENS, “Droit d'auteur et hasard: réflexions sur le cas de la double création indépendante”, A&M 2004, p. 477-483.

arbeid, waarvan het resultaat ook een bepaalde drempel behaalt¹²³⁷ en 3.) het gegeven dat een bepaalde mate van keuzevrijheid bestond bij het creëren van het betrokken resultaat van inspanningen¹²³⁸.

Hierbij is dan op te merken dat er doorheen de rechtsleer en rechtspraak wel onenigheid blijft bestaan rond de precieze eigenschappen die een resultaat van inspanningen moet vertonen om een ‘eigen, originele intellectuele schepping’ uit te maken. Een eerste punt van discussie daarbij is dan met name welke precieze drempel een resultaat van inspanningen moet behalen, op het vlak van het blijken van originaliteit, intellectuele arbeid dan wel kwalitatieve of eventueel louter kwantitatieve inspanningen, om te kunnen kwalificeren als een ‘eigen, originele intellectuele schepping’ in het kader van het auteursrecht¹²³⁹. Zoals aangegeven, is het in dit verband gebruikelijk om aan te nemen dat het auteursrecht voor het toekennen van zijn bescherming vraagt dat een resultaat van inspanningen blijken geeft van een bepaalde, zij het soms geringe, mate aan intellectuele arbeid¹²⁴⁰. Hierbij is dan wel op te merken dat traditioneel geldt dat het Britse auteursrecht, op het vlak van het voorliggen van intellectuele arbeid, lagere vereisten stelt voor het toekennen van bescherming dan het continentaal-Europese auteursrecht¹²⁴¹.

Een tweede punt dat voor onenigheid zorgt is dan de vraag in welke mate het gegeven dat een persoon blijkbaar keuzes diende te maken bij het vervaardigen van een incorporatie van inspanningen, een indicatie kan vormen om een ‘eigen, originele intellectuele schepping’ te aanvaarden¹²⁴². De discussie hierbij is dan met name of de focus op het voorliggen van keuzevrijheid bij het creëren, die naar voor geschoven wordt als test om na te gaan of het

¹²³⁷ In die zin bijvoorbeeld: Cass. 26 januari 2012, A&M 2012, p. 336 (“Een werk van letterkunde of kunst wordt krachtens deze bepaling auteursrechtelijk beschermd als het oorspronkelijk is in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de auteur. Hierbij is niet vereist dat het werk de stempel draagt van de persoonlijkheid van de auteur.”); Cass. 11 maart 2005, A&M 2005, p. 396; I.R.D.I. 2005, p.238 (“Om bescherming van de Auteurswet van 30 juni 1994 te genieten is het nodig maar voldoende dat bewezen wordt dat het werk de uitdrukking is van de intellectuele inspanning van de maker ervan, welke voorwaarde onontbeerlijk is om aan het werk het vereiste individuele karakter te geven waardoor een schepping ontstaat”).

¹²³⁸ Uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: H.v.J. 1 december 2011, C-145/10 (*Painer*), r.o. 89; Vergelijk op dit punt ook: D. GERVAIS, "Feist goes global: a comparative analysis of the notion of originality in copyright law", *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 2002, p.974 en D. VERKADE, Boekbespreking: G. VANDENBERGHE, *Bescherming van computersoftware, een rechtsvergelijkend onderzoek*, B.I.E. 1984, p. 338.

¹²³⁹ Zie in dit verband, bijvoorbeeld: F. GOTZEN, "Noot – Het Hof van Cassatie en het begrip ‘oorspronkelijkheid’ in het auteursrecht.", *I.R.D.I.* 2012, p. 203-204; U. KOSCHTIAL, "Zur Notwendigkeit der Absenkung der Gestaltungshöhe für Werke der angewandten Kunst im deutschen Urheberrecht", *GRUR* 2004, p. 555-560; G. SCHRICKER, "Abschied von der Gestaltungshöhe im Urheberrecht?" in J. BECKER (ed.), *Wanderer zwischen Musik, Politik und Recht. Festschrift für Reinhold Kreile zu seinem 65. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos Verlag Gesellschaft, 1994, p.715 e.v.; Vergelijk ook: A. DIETZ, "Der "design approach" als Entlastung des Urheberrechts" in J. STRAUS (ed.), *Aktuelle Herausforderungen des geistigen Eigentums. Festgabe von Freunden und Mitarbeitern für Friedrich-Karl Beier zum 70. Geburtstag*, Keulen-München (o.a.), Heymann, 1996, p. 360.

¹²⁴⁰ Vergelijk op dit punt, bijvoorbeeld: H.v.J. 1 december 2011, C-145/10 (*Painer*), r.o. 87-89; Cass. 26 januari 2012, A&M 2012, p. 336; Cass. 11 maart 2005, A&M 2005, p. 396; I.R.D.I. 2005, p.238 (“Om bescherming van de Auteurswet van 30 juni 1994 te genieten is het nodig maar voldoende dat bewezen wordt dat het werk de uitdrukking is van de intellectuele inspanning van de maker ervan, welke voorwaarde onontbeerlijk is om aan het werk het vereiste individuele karakter te geven waardoor een schepping ontstaat”).

¹²⁴¹ Zie in dit verband: L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 88 e.v. (BENTLEY en SHERMAN merken in dit verband op dat het criterium van ‘sufficient labour, skill or judgement’ voor het toekennen van auteursrechtelijke bescherming in het Britse recht, uiteenlopende betekenissen krijgt binnen de Britse rechtspraak. Deze auteurs geven daarbij aan dat, waar het inderdaad voorvalt dat dit vereiste van ‘sufficient labour, skill or judgement’ gezien wordt als een bepaalde kwantitatieve drempel aan inspanningen, ongeacht of het nu gaat om intellectuele arbeid of handenarbeid, het vereiste van ‘sufficient labour, skill or judgement’ volgens hen doorgaans toch te verstaan is als een vereiste, dat “the author must have exercised the requisite intellectual qualities”); Vergelijk op dit punt ook: A. RAHMATI, “Originality in UK Copyright Law The Old Skill and Labour Doctrine Under Pressure”, *IIC* 2013, p. 4 e.v..

¹²⁴² Uitdrukkelijk in die zin, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: H.v.J. 1 december 2011, C-145/10 (*Painer*), r.o. 89; Vergelijk op dit punt ook: D. GERVAIS, "Feist goes global: a comparative analysis of the notion of originality in copyright law", *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 2002, p.974 en D. VERKADE, Boekbespreking: G. VANDENBERGHE, *Bescherming van computersoftware, een rechtsvergelijkend onderzoek*, B.I.E. 1984, p. 338.

toekennen van auteursrechtelijke bescherming naar aanleiding van een resultaat van inspanningen niet ongerechtvaardigd ver dreigt te gaan in het verhinderen van de totstandkoming van substituten, niet de volgende onwenselijke gevolgen in de hand werkt: 1.) verwaarlozen dat in de eerste plaats na te gaan is of het betrokken resultaat van inspanningen, door zijn aard en het behalen van een bepaalde drempel, ook de ‘waarde’ heeft die het toekennen van auteursrechtelijke bescherming rechtvaardigt¹²⁴³ en 2.) een ‘aansporen van het suboptimale’ in de hand werken door auteursrechtelijke bescherming eerder toe te kennen aan resultaten van inspanningen die zich lieten leiden door willekeur dan aan resultaten van inspanningen die er naar streefden om tot dé oplossing te komen¹²⁴⁴.

D. Abstractie

Ten vierde stellen we vast dat het auteursrecht, met het oog op de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, ook richtlijnen geeft rond het volgende punt: het *niveau van abstractie* waarop, bij het toekennen van bescherming, rekening te houden is met het gegeven dat de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie van inspanningen dankt aan het te beoordelen resultaat van inspanningen, verschillen vertonen tegenover de zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen de relevante referentiegroep, die staven dat het betrokken resultaat van inspanningen voortvloeit uit die inspanningen die vereist zijn voor het toekennen van bescherming.

Het aanknopingspunt voor deze richtlijnen die het auteursrecht biedt rond de relevante graad van abstractie bij de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming is dan met name de, hierboven reeds vermelde, ‘vorm versus inhoud’-dichotomie die aanvaard wordt binnen het auteursrecht. Deze ‘vorm versus inhoud’-dichotomie houdt, zoals aangegeven, in essentie in dat een auteursrechtelijke bescherming naar aanleiding van een resultaat van inspanningen, zich in beginsel richt naar de concrete vormgeving die voortvloeit uit dit resultaat van inspanningen en niet aan de orde is voor de inhoud of de abstracte ideeën die voortvloeien uit dit resultaat van inspanningen. Deze ‘vorm versus inhoud’-dichotomie binnen het auteursrecht kreeg daarbij een uitdrukkelijk bevestiging in art. 9.2. TRIPS dat bepaalt: “*De bescherming van het auteursrecht strekt zich uit tot uitdrukkingsvormen en niet tot denkbeelden, procedures, werkwijzen of mathematische concepten als zodanig.*”

De concrete richtlijnen die het auteursrecht daarbij, in het licht van de ‘vorm versus inhoud’-dichotomie, naar voor schuift rond de relevante graad van abstractie bij de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming laten zich als volgt samenvatten. In de eerste plaats geldt dat het auteursrecht vraagt om een concrete incorporatie van een resultaat van inspanningen, bij de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, in beginsel steeds te benaderen vanop het niveau van abstractie van de vormgeving¹²⁴⁵. Dit betekent dat het auteursrecht vraagt om minstens op het niveau van de vormgeving van de concrete incorporatie van inspanningen na te gaan of sprake is van een eigen, originele intellectuele schepping. Bij de vaststelling dat een dergelijke ‘eigen, originele intellectuele schepping’ inderdaad voorligt, kan het auteursrecht dan alvast een bescherming toekennen naar aanleiding van het concrete vormgevingsidee dat deze ‘eigen, originele intellectuele schepping’ inhoudt. In de tweede plaats, geldt binnen het auteursrecht echter ook dat bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming, in beginsel, geen rekening te houden is met het gegeven of een incorporatie van inspanningen, bekeken op het niveau van abstractie van abstracte ideeën, eventueel blijkt geeft van een ‘eigen, originele intellectuele schepping’. In dit verband geldt met name dat het auteursrecht principieel geen bescherming toekent rond abstracte ideeën of ‘inhoud’¹²⁴⁶. In de

¹²⁴³ Zie rond deze discussie, bijvoorbeeld: J. HUYDECOPER, "Originaliteit of inventiviteit? Het technisch effect in het auteursrecht.", *B.I.E.* 1987, p.106-112.

¹²⁴⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: G. LUNNEY, "Reexamining Copyright's Incentives-Access Paradigm", *Vanderbilt Law Review* 1996, p. 487 (“*The more necessary the work, the more compelling the case for access, and the more limited the protection copyright should provide. As a result, relying on access to dictate the limits of copyright protection leads inevitably to a copyright system that provides the most protection for those works that society least needs, and the least protection for those works society most needs.*”)

¹²⁴⁵ Zie in die zin, bijvoorbeeld: H. HABERSTUMPF, "Urheberrechtlich geschützte Werke und verwandte Schutzrechte" in F.-K. BEIER (ed.) *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift*, Weinheim, VCH, 1991, p. 1134.

¹²⁴⁶ Uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: art 9.2. TRIPS dat bepaalt: “*De bescherming van het auteursrecht strekt zich uit tot uitdrukkingsvormen en niet tot denkbeelden, procedures, werkwijzen of mathematische concepten als*

derde plaats aanvaarden rechtspraak en rechtsleer echter ook dat het auteursrecht onder omstandigheden bescherming kan gaan toekennen op het niveau van het 'uitgewerkte idee'. Dit is met name het geval indien het 'uitgewerkte idee' dat blijkt uit een incorporatie van inspanningen getuigt van een duidelijk originele intellectuele schepping en dit 'uitgewerkte idee' voldoende geconcretiseerd of te concretiseren is in het licht van concrete vormelementen¹²⁴⁷. We stellen dus vast dat het allerminst ongebruikelijk is om aan te nemen dat het auteursrecht vraagt om, bij de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, een variabele graad van abstractie te hanteren die hoger komt te liggen naarmate de 'eigen, originele intellectuele schepping' die voorligt aanzienlijker is.

1.1.3. Het recht inzake oneerlijke mededinging

In zoverre het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen 'parasitaire mededinging' zich inderdaad aan het juridisch concept van een 'objectiefrechtelijke plicht' houdt, zal het, zoals besproken, pas overgaan tot een ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging' indien uit het geheel van de concrete 'begeleidende omstandigheden' rond een 'handelspraktijk' die teruggaat op een kopiëren van een incorporatie van inspanningen van een andere onderneming blijkt dat deze 'handelspraktijk' een vorm van onrechtmatige, 'parasitaire mededinging' uitmaakt. In dit verband geldt daarbij, zoals aangegeven, dat het recht inzake oneerlijke mededinging in het bijzonder de volgende 'begeleidende omstandigheden' rond een dergelijke 'handelspraktijk' als indicaties ziet voor 'parasitaire mededinging': 1.) dat sprake is van een 'handelspraktijk' die teruggaat op een kopiëren van kenmerken die te danken zijn aan een resultaat van inspanningen van een andere persoon dat een bepaalde drempel bereikt aan geïnvesteerde intellectuele arbeid of handenarbeid en 2.) dat deze 'handelspraktijk' in combinatie met dit kopiëren toelaat om op 'onrechtmatige' wijze een voordeel te behalen uit de inspanningen van deze andere persoon¹²⁴⁸.

zodanig." Zie in die zin ook: L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 172.

¹²⁴⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du Droit d'Auteur et des Droits Voisins*, Brussel, Bruylant, 2000, p. 8-9; Vergelijk op dit punt ook Gent 19 mei 2008 A&M 2008, p. 310 (Samenvatting: "Opdat een concept of idee vatbaar zou zijn voor bescherming op grond van de auteurswet 1994, is een vorm vereist. Een format of scenario van een televisieprogramma kan een concrete vormgeving zijn van een idee als die verwijst naar de persoon van de maker en de uitdrukking is van zijn intellectuele inspanning.") Zie ook: FROMM en NORDEMANN: "Sobald die Idee in Form einer gedanklichen Aussage ihren Ausdruck gefunden hat und damit auch das Erfordernis der "schöpfung" erfüllt ist, ist der Gedanke in dieser Form geschützt." en "Wenn sich die Idee nach Gedankenführung und äußere Form konkretisiert und verdichtet (zum Beispiel eine Filmidee wird in einer Filmexposé umgearbeitet), kann urheberrechtlicher Werkschutz auch hinsichtlich der Fabel, die dann deutlich in Erscheinung treten muß, bestehen. F. FROMM en W. NORDEMANN, *Urheberrecht. Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*, Stuttgart, Berlin, Keulen, Kohlhammer, 1994, p. 58; In dezelfde zin ook: U. LOEWENHEIM, "Abschnitt 2. Das Werk" in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p. 78 ("Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass auch der Werkinhalt dem Urheberschutz zugänglich ist."); House of Lords, 12 juli 2001 (*Newspaper Licensing Agency v. Marks & Spencer*), 1 A.C. 2003, p.551 (p.560: "The notion of reproduction, as demonstrated by the Designer Guild case, is sufficiently flexible to include the copying of ideas abstracted from a literary, dramatic, musical or artistic work, provided that their expression in the original work has involved sufficient of the relevant original skill and labour to attract copyright protection."); L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 173 ("...copyright law will protect many of the ideas expressed in a work.").

¹²⁴⁸ Brussel 7 december 2006, *T.B.H.* 2007, p.580 (in het bijzonder p.582-583 "Pour qu'il y ait concurrence parasitaire, il n'est pas indispensable qu'il existe un risque de confusion (...). Il y a concurrence parasitaire en cas de copie par un concurrent d'une prestation, d'un produit ou d'un service si les conditions suivantes sont réunies: a) la prestation, le produit ou le service qui est copié doit être le fruit d'efforts créatifs et d'investissements relativement importants du point de vue financier et quant au temps consacré. La prestation protégée doit être suffisamment originale; b) la prestation, le produit ou le service copié doit avoir une valeur économique; c) celui qui copie ou imite doit tirer profit des efforts et investissements de l'autre vendeur, quelle qu'en soit la forme; c'est le cas notamment lorsque le copieur évite ainsi des frais de recherche et de développement du produit ou profite de la publicité effectuée par le créateur original; d) le copieur ne doit pas avoir consenti le moindre effort créatif pour distinguer sa prestation, son produit ou son service de celui de l'autre vendeur."); L. VOGEL, *Droit de la concurrence déloyale. 350 décisions commentées*, Parijs, LawLex, 2005, p.459, 463 en p. 471 e.v.; M. BUYDENS "Produktpiraterie und unlauterer Wettbewerb - Die Situation in Belgien und Frankreich mit Hinweisen

In dit onderdeel gaan we nu dieper in op de aanwijzingen die het recht inzake oneerlijke mededinging geeft om de gevallen aan te duiden waarin het overgaat tot zijn ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ en waarin personen dus ook een bescherming kunnen ontfangen aan dit ingrijpen. De bijzonderheid daarbij is, zoals aangegeven, echter dat we de aanwijzingen die het recht inzake oneerlijke mededinging geeft in dit verband, bespreken in het licht van het raamwerk van de ‘parameters’ die de beoordeling rond het toekennen van bescherming beheersen op grond van intellectuele rechten en niet in het licht van de eigenlijke ‘parameters’ waarvan de invulling, zoals besproken, het ingrijpen beheerst van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’. Het idee hierbij is, zoals aangegeven, dat dit ‘transponeren’ beter toelaat om te beoordelen in welke mate een ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ eventueel een alternatief biedt voor de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken. De aanwijzingen die het recht inzake oneerlijke mededinging geeft om de gevallen aan te duiden waarin het overgaat tot zijn ingrijpen tegen

auf die Rechtslage in Deutschland”, *GRUR Int* 1995, p. 20 e.v.; Hoge Raad 27 juni 1986 (Holland Nautic v. Decca), *Computerrecht* 1986, p.176 (p.177: “*Ontbreekt een dergelijke absoluut recht dan is bij een stand van zaken als zich hier voordoet voor een vergelijkbare bescherming via het recht van de ongeoorloofde mededinging in beginsel ten minste vereist dat wordt geprofiteerd van een prestatie van dien aard dat zij op één lijn valt te stellen met die welke toekenning van een dergelijk recht rechtvaardigen.*”). Zie voor de verdere uitwerking van deze prestatiebescherming ook: Hoge Raad 27 oktober 1987 (*KNVB v. NOS*), *NJ* 1988, 310; Hoge Raad 20 november 1987 (*Staat v. Den Ouden*), *NJ* 1988, 311 en Hoge Raad 23 mei 2003 (*KNVB v. Feyenoord*), *NJ* 2003, 494; P. GEERTS, *Bescherming van de intellectuele eigendom*, Deventer, Kluwer, 2007, p. 18; F. GROSHEIDE, “Hoe slaafs mag men nabootsen”, *IER* 2005, p. 270; A. QUAEDVLIEG, “Beschermingsdrift: Een studie naar feiten en achtergronden rond sweat of the brow- of prestatiebescherming”, *B.I.E.* 1996, (Deel II) p.59; D. VAN ENGELEN, “The Misappropriation Doctrine in the Netherlands”, *IIC* 1991, p.14; Bundesgerichtshof 14 december 1995 (*Vakuum-pumpen-zaak*), *GRUR* 1996, p.210 (p.212: “*Zu den im Streitfall besonders zu berücksichtigenden Umständen gehören vor allem das von der Klägerin behauptete schrittweise und zielbewußte Anhängen an eine Vielzahl ihrer Produkte, die freie Wählbarkeit einer Fülle von Gestaltungselementen und die aufgrund der Ersparung kostspieliger, eigener Entwicklungsarbeit mögliche erhebliche Preisunterbietung in Verbindung mit den daraus erzielten Wettbewerbsvorteilen.*”); Bundesgerichtshof 8 november 2001 (*Noppenbahnen-zaak*), *GRUR* 2002, p. 275, rechtsoverweging 21 (“*Eine solche wettbewerbliche Eigenart setzt voraus, daß die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale des Erzeugnisses geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen.*”); H.-P. GÖTTING, “Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9)” in K.-H. FEZER, *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, München, Beck, 2005, Band 1, p.782 (Waar hij die ‘*Behinderung von Mitbewerbern*’ omschrijft als: “*...die systematische Nachahmung einer Vielzahl eigenartiger, überdurchschnittlicher Erzeugnisse eines Mitbewerbers durch ein planmäßiges und zielgerichtetes Anhängen an die fremde Leistung, obwohl andere Gestaltungselemente frei wählbar sind.*”); T. SAMBUC, “Die Eigenart der ‘wettbewerblichen Eigenart’ - Bemerkungen zum Nachahmungsschutz von Arbeitsergebnissen durch § 1 UWG”, *GRUR* 1986, p. 130; Vergelijk echter ook: Cass. 29 mei 2009, *NJW* 2010, p. 151 (p. 153: “*De verkoper die, zonder zelf een creatieve inspanning te leveren, rechtstreeks voordeel haalt uit belangrijke inspanningen of investeringen gewijd aan een creatie met economische waarde van een andere verkoper, begaat nog geen daad strijdig met de eerlijke handelsgebruiken. De rechter kan nochtans op grond van het behalen van een voordeel om een andere reden dan het louter nabootsen, oordelen dat dit handelen onrechtmatig is. Die andere redenen bestaan niet alleen uit de miskenning van intellectuele eigendomsrechten of verwarringstichtende reclame, maar kunnen elke vorm van onrechtmatig gedrag zijn.*”) Wat de verdeeldheid betreft rond de precieze draagwijdte van dit arrest, zie bijvoorbeeld: D. MERTENS, “Het Hof van Cassatie over ‘parasitaire mededinging’ en ‘aanhaking’. Scherpstelling of genadeschot?” noot bij Cass. 29 mei 2009, *R.W.* 2010-2011, p. 1562-1566; G. STRAETMANS, “Over parasitaire concurrentie en namaak”, *DAOR* 2011, p. 286 (“*In elk geval houdt het geen steek deze bijkomende grond voor onrechtmatig gedrag aan te grijpen om een interpretatie te verdedigen die haaks staat op de door het Hof van Cassatie gewenste en welgekomen verscherping van het leerstuk van aanhaking of parasitaire concurrentie.*”); R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 77-78; In die zin bijvoorbeeld: J. LIGOT, F. VANBOSSELE, O. BATTARD en A. TALLON (editor), *Les pratiques loyales*, Brussel, Larcier, 2012, p.113 (“*..., à défaut de précision quant à ce peuvent constituer les autres circonstances, l’on peut craindre que la portée de l’arrêt du 29 mai 2009 de la Cour de Cassation soit, en pratique, limitée.*”); G. STRAETMANS, “Over parasitaire concurrentie en namaak”, *DAOR* 2011, p. 287-288: (“*De wat dubbelzinnige formulering van het arrest laat echter nog ruimte voor speculatie over mogelijke omstandigheden die de in dit arrest benadrukte vrijheid van kopie en zelfs slaafse kopie alsnog parasitair of onrechtmatig kunnen maken. Beweren op grond van dit arrest dat nabootsing of navolging zonder verwarringsgevaar of andere ‘begeleidende’ fout nooit kan worden verboden, vormt daarom m.i. nog steeds meer wens dan werkelijkheid.*”).

‘parasitaire mededinging’ bespreken we in wat volgt dus concreet vanuit de volgende invalshoek: hun verwantschap met de vier typische parameters binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ die, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, de beoordeling rond het toekennen van bescherming beheersen op grond van intellectuele rechten.

A. Relevante begeleidende omstandigheden van een ‘handelspraktijk’ en het soort incorporaties van inspanningen

In de richtlijnen die het recht inzake oneerlijke mededinging biedt rond de soorten ‘begeleidende omstandigheden’ die bijzondere aandacht verdienen bij de boordeling of een ‘handelspraktijk’ die teruggaat op een ‘kopiëren’ ook een vorm van ‘parasitaire mededinging’ uitmaakt, komen slechts in geringe mate overwegingen aan bod rond het volgende punt: of de kenmerken die een incorporatie van inspanningen dankt aan een resultaat van inspanningen van een andere onderneming en waarop ook deze ‘handelspraktijk’ betrekking heeft, van een bepaalde soort zijn, nog los van de vraag of de kenmerken van deze soort daarbij ook staven dat daarbij sprake is van een resultaat van inspanningen dat een bepaalde soort inspanningen vroeg. Rond het recht inzake oneerlijke mededinging geldt immers dat dit integendeel ‘parasitaire mededinging’ bestrijdt die teruggaat op het ‘kopiëren’ van kenmerken die incorporaties van inspanningen danken aan het resultaat van inspanningen van een andere onderneming, zonder daarbij vereisten te stellen rond het esthetische dan wel functionele domein waarop de betrokken incorporaties van inspanningen een bepaalde werking of geschiktheid tot behoeftebevrediging ontlenen, door de kenmerken die ze danken aan het resultaat van inspanningen van deze andere onderneming¹²⁴⁹. Wel wordt in dit verband niet zelden de opvatting verdedigd dat het recht inzake oneerlijke mededinging dient af te zien van de vaststelling dat een overname van kenmerken een ‘parasitaire mededinging’ uitmaakt indien deze vaststelling het volgende zou impliceren: een verbod om kenmerken over te nemen die noodzakelijk geacht worden om zintuiglijk waarneembare manifestaties een bepaalde functie te laten vervullen. Dit standpunt is daarbij ook hier in de regel ingegeven door de bezorgdheid om het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ niet ongerechtvaardigd ver te laten gaan in het verhinderen van de totstandkoming van substituten. Om vast te stellen of kenmerken inderdaad noodzakelijk zijn om zintuiglijk waarneembare manifestaties een bepaalde functie te laten vervullen is het hier dan eveneens gebruikelijk om het volgende te toetsen: de mate waarin de betrokken functie zich ook laat vervullen aan de hand van andere, alternatieve kenmerken¹²⁵⁰.

B. Relevante begeleidende omstandigheden van een ‘handelspraktijk’ en de afbakening van een relevante referentiegroep

Bij de aanwijzingen die het recht inzake oneerlijke mededinging geeft rond de soorten ‘begeleidende omstandigheden’ die bijzondere aandacht verdienen bij de boordeling of een ‘handelspraktijk’ die teruggaat op een ‘kopiëren’ inderdaad kwalificeert als ‘parasitaire mededinging’, stellen we vast dat in de regel overwegingen aan de orde – zij het dan veelal impliciet – rond het afbakenen van een relevante referentiegroep voor het doorvoeren van deze beoordeling. Bij het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ zijn overwegingen rond de afbakening van een relevante referentiegroep, volgens ons, dan met name aan de orde waar het recht inzake oneerlijke mededinging vraagt om, bij het opsporen van ‘parasitaire mededinging’, rekening te houden met de volgende omstandigheid: of een ‘handelspraktijk’ teruggaat op een kopiëren van kenmerken die te danken zijn aan een resultaat van inspanningen van een andere onderneming dat een bepaalde drempel bereikt aan geïnvesteerde intellectuele arbeid of handenarbeid. Om in dit verband na te gaan of de betrokken kenmerken inderdaad te danken zijn aan een resultaat van inspanningen van een andere persoon dat een bepaalde drempel bereikt aan geïnvesteerde

¹²⁴⁹ Vergelijk bijvoorbeeld: Brussel 7 december 2006, *T.B.H.* 2007, p.580 (in het bijzonder p.582-583 (Waar in dit verband, in algemene, termen enkel het volgende vereiste gesteld wordt: “*la prestation, le produit ou le service qui est copié doit être le fruit d’efforts créatifs et d’investissements relativement importants du point de vue financier et quant au temps consacré. La prestation protégée doit être suffisamment originale.*”).

¹²⁵⁰ H. KÖHLER, “UWG § 4 Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen” in H. KÖHLER en J. BORNKAM, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz, Dienstleistungs- Informationspflichten-Verordnung.*, C.H. Beck, München, 2012, Nr. 9.24 (“*Dass die Gestaltungsmerkmale durch den Gebrauchszweck bedingt sind, ist unerheblich, sofern sie willkürlich wählbar und frei austauschbar sind (...).*”).

intellectuele arbeid of handenarbeid, blijkt het dan met name gebruikelijk om de zintuiglijk waarneembare manifestaties waaraan deze andere onderneming de betrokken kenmerken gaf, te vergelijken met de volgende relevante referentiegroep: de concrete zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze onderneming als basis nam om tot deze zintuiglijk waarneembare manifestaties met de betrokken kenmerken te komen¹²⁵¹. Om ‘parasitaire mededinging’ vast te stellen, gaat het recht inzake oneerlijk mededinging in die zin met name, in beginsel, niet na of het resultaat van inspanningen van een andere onderneming waarrond een overname van kenmerken voorligt, ‘nieuw’ is in vergelijking met datgene wat bij het bereiken van dit resultaat van inspanningen reeds bestond dan wel gekend was door deze andere onderneming, maar onderzoekt het enkel of dit resultaat van inspanningen een bepaalde drempel bereikte aan geïnvesteerde intellectuele arbeid of handenarbeid¹²⁵².

C. Relevante begeleidende omstandigheden van een ‘handelspraktijk’ en de relevante verschillen van een incorporatie van inspanningen ten aanzien van een relevante referentiegroep

In de richtlijnen die het recht inzake oneerlijke mededinging biedt rond de soorten ‘begeleidende omstandigheden’ die bijzondere aandacht verdienen bij de beoordeling of een ‘handelspraktijk’ die teruggaat op een ‘kopiëren’ ook een vorm van ‘parasitaire mededinging’ uitmaakt, is volgens ons – zij het dan opnieuw veelal impliciet – ook een aanknopingspunt te vinden voor overwegingen rond het volgende punt: of de kenmerken die een zintuiglijk waarneembare manifestatie dankt aan een resultaat van inspanningen van een andere onderneming en waarop ook deze ‘handelspraktijk’ betrekking heeft, de betrokken incorporatie van inspanningen zodanig deed verschillen van de kenmerken binnen de relevante referentiegroep dat aannemelijk is dat dit resultaat van inspanningen, inspanningen vroeg die een bepaalde drempel overschrijden. Bij het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ is een dergelijke evaluatie van de betrokken verschillen naar onze mening dan met name opnieuw aan de orde waar het recht inzake oneerlijke mededinging vraagt om, bij het opsporen van ‘parasitaire mededinging’, rekening te houden met de volgende omstandigheid: of een ‘handelspraktijk’ teruggaat op een kopiëren van kenmerken die te danken zijn aan een resultaat van inspanningen van een andere onderneming dat een bepaalde drempel bereikt aan geïnvesteerde intellectuele arbeid of handenarbeid. Daarbij is volgens ons aan te nemen dat de beoordeling of de betrokken kenmerken inderdaad te danken zijn aan een resultaat van inspanningen dat een bepaalde drempel bereikt aan geïnvesteerde intellectuele arbeid of handenarbeid, *de facto* vooral gebeurt door na te gaan of dit aannemelijk is in het licht van de verschillen tussen, enerzijds, de zintuiglijk waarneembare manifestatie die de betrokken andere onderneming bepaalde kenmerken meegaf en, anderzijds, de zintuiglijk waarneembare manifestatie die deze andere onderneming daarbij als concreet uitgangpunt nam. In die zin fungeren de zintuiglijk waarneembare manifestatie die deze andere onderneming daarbij als concreet uitgangpunt nam dus, zoals aangegeven, als relevante referentiegroep bij deze evaluatie in het licht van het bestaan van verschillen¹²⁵³. De precieze drempel aan handenarbeid of intellectuele arbeid die het resultaat van inspanningen van een andere persoon moet overschrijden opdat een overname van de kenmerken die er aan te danken zijn, ook relevant zou zijn voor het voorliggen van ‘parasitaire mededinging’, zorgt daarbij voor onzekerheid en discussie. Het is echter eerder gebruikelijk om aan te nemen dat reeds de overname van kenmerken die te danken zijn aan een resultaat van inspanningen dat slechts een relatief lage drempel aan handenarbeid of intellectuele arbeid inhoudt, aanleiding kan geven tot de conclusie dat sprake is van ‘parasitaire mededinging’¹²⁵⁴.

D. Relevante begeleidende omstandigheden van een ‘handelspraktijk’ en de graad van abstractie van het vergelijken

¹²⁵¹ Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld de overwegingen om tot de vaststelling van een “*eigen creatie en vinding*” te besluiten in: Voorz. Kh. Mechelen 21 maart 1991, Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1991, p. 324.

¹²⁵² Zie bijvoorbeeld: H. KÖHLER, “UWG § 4 Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen” in H. KÖHLER en J. BORNKAM, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz, Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung.*, C.H. Beck, München, 2012, Nr. 9.24 (“*Wettbewerbliche Eigenart setzt nicht Neuheit oder Bekanntheit des Produkts voraus (...)*”).

¹²⁵³ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: R. HILTY, “The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces” in R. HILTY en F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p. 24 e.v..

¹²⁵⁴ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: T. SAMBUC, “Die Eigenart der “wettbewerblischen Eigenart” - Bemerkungen zum Nachahmungsschutz von Arbeitsergebnissen durch § 1 UWG”, *GRUR* 1986, p. 130

In de richtlijnen die het recht inzake oneerlijke mededinging biedt rond de soorten ‘begeleidende omstandigheden’ die bijzondere aandacht verdienen bij de beoordeling of een ‘handelspraktijk’ die teruggaat op een ‘kopiëren’ inderdaad een vorm van ‘parasitaire mededinging’ uitmaakt, is, ten slotte, ook een aanknopingspunt terug te vinden voor overwegingen rond het volgende punt: tot op welk *niveau van abstractie*, bij de beoordeling rond het overgaan tot ingrijpen, rekening te houden is met het gegeven dat de kenmerken die een zintuiglijk waarneembare manifestatie dankt aan een resultaat van inspanningen van een andere onderneming en waarop de betrokken ‘handelspraktijk’ betrekking heeft, deze zintuiglijk waarneembare manifestatie zodanig lieten verschillen van de kenmerken binnen een relevantie referentiegroep dat aannemelijk is dat dit resultaat van inspanningen, inspanningen vroeg van een bepaalde soort die een bepaalde drempel overschrijden.

Overwegingen rond dit punt weerspiegelen zich daarbij met name in de graad van abstractie tot waar het recht inzake oneerlijke mededinging – bij de toetsing of een ‘handelspraktijk’ inderdaad het voor een kwalificatie als ‘parasitaire mededinging’ vereiste kenmerk vertoont van teruggaan op een ‘kopiëren’ van de kenmerken die te danken zijn aan het resultaat van inspanningen van een andere onderneming – gelijkenissen relevant acht tussen de kenmerken die te danken zijn aan het resultaat van inspanningen van een andere onderneming en de kenmerken waarop een handelspraktijk betrekking heeft¹²⁵⁵. Met het oog op het traceren van ‘parasitaire mededinging’ blijkt het in dit verband dan met name gebruikelijk om gelijkenissen op het niveau van de concrete vormgeving relevant te achten¹²⁵⁶. Meestal bestaat er weigerachtigheid om betekenis te hechten aan gelijkenissen op het niveau van het ‘uitgewerkte idee’, laat staan gelijkenissen op het niveau van het abstracte idee, met het oog op de vaststelling van ‘parasitaire mededinging’¹²⁵⁷. Het niveau van abstractie tot waar het recht inzake oneerlijke mededinging gelijkenissen relevant acht om een ‘parasitaire mededinging’ te aanvaarden is dan *de facto* meteen ook het niveau van abstractie tot waar dit recht, bij de beoordeling rond het overgaan tot ingrijpen, rekening houdt met de zonet aangehaalde verschillen die een zintuiglijk waarneembare manifestatie dankt aan het resultaat van inspanningen van een andere onderneming en die staven dat dit resultaat van inspanningen, inspanningen vroeg van een bepaalde soort die een bepaalde drempel overschrijden.

1.2. De sui generis intellectuele rechten

In het kader van ons onderzoek rond de wenselijkheid van de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht, bespreken we in de tweede plaats dan ook het toekennen van bescherming op grond van deze *sui generis* intellectuele rechten. Ook hier gaat onze aandacht met name uit naar de aanwijzingen die de betrokken

¹²⁵⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: V. WELLENS, “Doorwerking van het auteursrecht in de Wet Handelspraktijken”, *T.B.H.* 2007, p. 591.

¹²⁵⁶ Zie bijvoorbeeld : Brussel 23 januari 2004, *T.B.H.* 2005, p. 942 (p.944: “*L’appelante ne peut cependant revendiquer une quelconque protection du concept qu’elle a développé, ... Elle ne peut s’opposer à l’exploitation de ses idées et stratégies commerciales par des concurrents...Elle peut cependant s’opposer à la copie fidèle et servile de tous ou de partie des éléments essentiels, concrets et vérifiables qui font l’originalité de sa stratégie commerciale et des établissements franchisés...*”).

¹²⁵⁷ In de zin dat geen ‘parasitaire mededinging’ te aanvaarden is rond concepten, bijvoorbeeld: V. WELLENS, “Doorwerking van het auteursrecht in de Wet Handelspraktijken”, *T.B.H.* 2007, p.591; H. KÖHLER, “UWG § 4 Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen” in H. KÖHLER en J. BORNKAMM, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München, C.H. BECK, 2011, nr. 9.23 (“*Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz bezieht sich immer nur auf die konkrete Gestaltung eines Erzeugnisses, nicht auf die dahinter stehende abstrakte Idee (wie zB Werbe-, Geschäfts-, Konstruktions-, Gestaltungsideen.)*”). Vergelijk echter ook: Voorz. Kh. Mechelen 21 maart 1991, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1991, p. 324 (“*Overwegende dat ongetwijfeld de samenstelling van landkaarten en een brochure bestemd voor cliënteel, geïnteresseerd in het maken van publiciteit in een bepaalde regio, volgens een concept, gesteund op sectoren die op een specifieke manier zijn aangegeven, en op gegevens van het aantal postbussen waarbij op een bijzondere manier wordt rekening gehouden met de doelgerichte werking van de publiciteit, een eigen creatie en vinding is, die voor de opzetting ervan grote en voortdurende investeringen heeft gevegd zodat dit concept dient beschermd tegen nabootsing waarbij men profiteert van de creatie, de vinding en de investeringen van anderen.*”) en M. FLAMÉE en F. BRISON, “Auteursrecht toegepast op computerprogrammatuur: een grondslagenprobleem”, *TBBR* 1992, p. 464-480.

beschermingsregelingen geven voor het uitvoeren van de beoordeling rond het al dan niet toekennen van hun bescherming.

Op het vlak van de aanwijzingen die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken geven in verband met de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming, menen we dan met name in de eerste plaats de volgende constante vast te stellen: voor het toekennen van bescherming vragen zij steeds dat een relevante referentie-incorporatie laat blijken dat ze voortvloeit uit het vereiste soort resultaat van inspanningen. Het chipsrecht, althans in België waar dit intellectuele recht geen registerrecht uitmaakt, vereist voor het toekennen van zijn bescherming in die zin met name dat de 'topografie' van een 'halfgeleiderproduct'¹²⁵⁸ blijk geeft van een 'eigen, intellectuele inspanning' van de maker en niet algemeen bekend is in de halfgeleiderindustrie¹²⁵⁹. Het computerprogramma-auteursrecht, dat steeds een niet-registerrecht is, kent zijn bescherming eveneens pas toe indien de uitdrukkingwijze, in welke vorm dan ook, van een 'computerprogramma'¹²⁶⁰ blijk geeft van een 'eigen intellectuele schepping' van de maker¹²⁶¹. Het databank-auteursrecht, dat eveneens steeds een niet-registerrecht is, vereist voor het toekennen van zijn bescherming dat de keuze of de rangschikking van de elementen in een 'databank', blijk geeft van een 'eigen intellectuele schepping' van de maker¹²⁶². Het databankenrecht *sui generis*, ten slotte, dat al evenmin een registerrecht is, vraagt voor het toekennen van zijn bescherming dat uit de verzameling van elementen die de inhoud uitmaken van een 'databank' een specifieke aggregatie-prestatie blijkt, met name een in kwalitatief of kwantitatief opzicht 'substantiële investering' in de verkrijging, de controle of de presentatie van de betrokken elementen¹²⁶³.

Doorheen de aanwijzingen die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken geven in verband met de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming, menen we daarnaast dan ook de volgende constante vast te stellen: deze *sui generis* intellectuele rechten geven telkens aan dat, bij de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming naar aanleiding van een bepaald resultaat van inspanningen, bepaalde aspecten of zintuiglijk waarneembare kenmerken van datgene wat zij als een relevante referentie-incorporatie zien van dit resultaat van inspanningen, niet relevant zijn om de toekenning van hun bescherming te motiveren. Het chipsrecht bepaalt in die zin met name uitdrukkelijk dat de bescherming, die ze voorziet met betrekking tot topografieën van halfgeleiderproducten, zich niet uitstrekt tot andere in de topografie belichaamde concepten, processen, systemen, technieken of gecodeerde informatie, dan de topografie zelf¹²⁶⁴. Het computerprogramma-auteursrecht stelt in dit verband expliciet dat het geen bescherming verleent aan de ideeën en beginselen die aan enig element van een computerprogramma ten grondslag liggen, met inbegrip van de ideeën en beginselen die aan de interfaces daarvan ten grondslag liggen¹²⁶⁵. Het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* geven in die zin expliciet aan dat hun bescherming zich niet uitstrekt tot computerprogramma's die gebruikt worden bij de fabricage of de werking van met elektronische middelen

¹²⁵⁸ Zie: art 2.1. Richtlijn Chips en art. XI.319 WER (oud art. 1, lid 1 Chipswet).

¹²⁵⁹ Zie: art 2.2. Richtlijn Chips en art. XI.320 WER (oud art. 2 Chipswet).

¹²⁶⁰ Zie: art 1.2. Richtlijn Computerprogramma's en art. XI.295., lid 2 WER (oud art. 2, lid 2 Wet Computerprogramma's).

¹²⁶¹ Zie: art 1.3. Richtlijn Computerprogramma's (Hierbij is op te merken dat de eerste zin van art 1.3. Richtlijn Computerprogramma's in de Nederlandstalige versie enkel spreekt van: "*een eigen schepping van de maker*" maar dat in de Franse, Engelse en Duitse versie van art. 1.3. Richtlijn Computerprogramma's daarentegen respectievelijk sprake is van: "*la création intellectuelle propre à son auteur*", "*the author's own intellectual creation*" en "*Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urheber*".) en art. XI.295., lid 1 WER (oud art. 2, lid 1 Wet Computerprogramma's).

¹²⁶² Art. 3.1. Richtlijn Databanken en art. XI.186. WER (oud art. 20bis, lid 1 Auteurswet).

¹²⁶³ Zie in dit verband art. 3, lid 1 Databankenwet: "*Het recht van de producenten van databanken is van toepassing op databanken in ongeacht welke vorm, waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering.*"; Zie ook art. 7.1. Richtlijn databanken: "*De Lid-Staten voorzien in een recht voor de fabrikant van een databank, waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering, om de opvraging en/of het hergebruik van het geheel of een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van die inhoud te verbieden.*"

¹²⁶⁴ Zie: art 8 Richtlijn Chips en art. XI.321 WER (oud art. 3 Chipswet).

¹²⁶⁵ Zie: art 1.2. Richtlijn Computerprogramma's en art. XI.295., lid 2 WER (oud art. 2, lid 2 Wet Computerprogramma's).

toegankelijke databanken¹²⁶⁶. Het databanken-auteursrecht stelt daarbij bovendien ook uitdrukkelijk dat zijn bescherming geen betrekking heeft op inhoud van databanken¹²⁶⁷. Het databankenrecht *sui generis* geeft daarentegen veel minder expliciet aan dat zijn bescherming niet slaat op de afzonderlijke elementen die de inhoud uitmaken van databanken¹²⁶⁸.

Los van de zonet aangehaalde uitdrukkelijke bepalingen stellen we in dit verband ook vast dat de rechtsleer en rechtspraak gewoonlijk aanvaarden dat doorheen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken het volgende principe aan te nemen is: dat zintuiglijk waarneembare kenmerken die te danken zijn aan een resultaat van inspanningen en die noodzakelijk blijken te zijn voor het bereiken van een bepaalde functie niet in staat zijn om het toekennen van hun bescherming te verantwoorden en te genieten. Net als bij het auteursrecht stellen we dan vast dat er opnieuw verschillende opvattingen bestaan in verband met het eigenlijke voorwerp van dit vereiste rond het niet noodzakelijk zijn voor het vervullen van een bepaalde functie.

Ten eerste, is er in dit verband ook hier de opvatting dat dit vereiste, in het kader van het traceren van een 'eigen, intellectuele schepping', nagaat of een resultaat van inspanningen voorligt dat voortvloeit uit die inspanningen die vereist zijn voor het toekennen van bescherming. Het idee hierbij is dan in wezen opnieuw dat in zoverre kenmerken noodzakelijk zijn voor het vervullen van een bepaalde functie, dit ook impliceert dat een persoon geen keuzevrijheid had bij het bedenken ervan en dat bijgevolg aan te nemen is dat deze kenmerken niet resulteren uit een *eigen* intellectuele schepping¹²⁶⁹.

Daarnaast is er echter ook in deze context de opvatting dat het betrokken vereiste rond het niet noodzakelijk zijn voor het vervullen van een bepaalde functie vraagt om binnen de zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan een resultaat van inspanningen, een onderscheid te maken tussen: enerzijds, kenmerken die de 'vorm' belichamen die volgt uit het resultaat van inspanningen en, anderzijds, kenmerken die de 'inhoud' of de 'functie' belichamen die voortvloeit uit het resultaat van inspanningen¹²⁷⁰. Binnen

¹²⁶⁶ Zie: art 1.3. Richtlijn Databanken en art. XI.306., lid 3 WER (oud art. 3, lid 3 Wet Databanken) terwijl in de Auteurswet geen omzetting terug te vinden is van deze bepaling.

¹²⁶⁷ Art. 3.2. Richtlijn Databanken ("*De auteursrechtelijke bescherming van databanken in deze richtlijn betreft niet de inhoud van die databanken en laat de bestaande rechten op die inhoud onverlet.*") en art. XI.186., lid 2 WER (oud art. 20bis, lid 2 Auteurswet); Zie ook overweging 15 Richtlijn Databanken, die stelt: "*Overwegende dat het enige criterium om te bepalen of een databank in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming moet zijn dat zij door de keuze of de rangschikking van haar inhoud een eigen intellectuele schepping van de maker vormt; dat deze bescherming betrekking heeft op de structuur van de databank;*".

¹²⁶⁸ Enigszins in die richting: art. 7.4. in fine Richtlijn Databanken ("*De bescherming van databanken door het in lid 1 bedoelde recht laat de bestaande rechten op de inhoud ervan onverlet.*") en art. XI.306., lid 2 WER (oud art. 3, lid 2 Wet Databanken). Veel duidelijker echter: H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 72 ("*Toegevoegd moet worden dat, aangezien het bestaan van een recht sui generis volgens overweging 46 van de richtlijn geen aanleiding mag zijn om een nieuw recht in het leven te roepen met betrekking tot de werken, gegevens of elementen zelf van de databank, de intrinsieke waarde van de opgevraagde of hergebruikte elementen geen relevant criterium is voor de beoordeling of het betrokken deel een substantieel karakter heeft.*").

¹²⁶⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: H.v.J. 1 maart 2012, C-604/10 (*Football Dataco et al. t. YAHOO UK*), r.o. 38-39 ("*Wat de samenstelling van een databank betreft, is aan dit oorspronkelijkheids criterium voldaan wanneer de maker ervan, bij de keuze of de rangschikking van de gegevens van deze databank, zijn creatieve vaardigheden op een originele manier tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzes (...) en zo in staat is zijn werk een „persoonlijke noot” te geven (...). Aan dit criterium is echter niet voldaan wanneer voor de samenstelling van de databank technische overwegingen, regels of beperkingen gelden die geen ruimte laten voor creatieve vrijheid (...).*") en Antwerpen 19 december 2005, A&M 2007, p. 85 (Waar het Hof stelt dat auteursrechtelijke bescherming zal worden uitgesloten wanneer een bepaalde uitvoering technisch noodzakelijk is of overwegend technisch bepaald is.); Zie in die zin, bijvoorbeeld, ook: M. GRÜTZMACHER, "UrHG § 69 a Gegenstand des Schutzes" in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 35; H. HABERSTUMPF, "Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz", *GRUR* 2003, p. 21.

¹²⁷⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: N. VON WERDT, *Ausgewählte Probleme zum Topographenschutz von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen. Der Schutzgegenstand und die Schutzvoraussetzungen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, p. 129; J. DREXL, "What is protected in a computer program? Copyright Protection in the United States and Europe", in F-K BEIER en G. SCHRICKER (ed.), *IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law* (vol. 15), Weinheim en New York, VCH Verlagsgesellschaft, 1994, p. 78 e.v. en United States Court of Appeals, Second Circuit, 22 juni 1992, (*Computer Associates International v Altai*),

deze analyse vormt het betrokken vereiste rond het niet noodzakelijk zijn voor het vervullen van een bepaalde functie dus opnieuw een toepassing van de ‘vorm versus inhoud’-dichotomie die ook de *sui generis* intellectuele rechten beheerst rond chips, computerprogramma’s en databanken. Deze ‘vorm versus inhoud’-dichotomie houdt in essentie opnieuw in dat de bescherming die deze intellectuele rechten bieden naar aanleiding van een resultaat van inspanningen, zich in beginsel richt naar de concrete vormgeving die uit dit resultaat van inspanningen voortvloeit en niet aan de orde is voor abstracte ideeën die voortkomen uit dit resultaat van inspanningen¹²⁷¹. In wat volgt, zullen we ons echter opnieuw laten leiden door de opvatting dat het betrokken vereiste rond het niet noodzakelijk zijn voor het vervullen van een bepaalde functie, zonder omwegen, als volgt te analyseren is: als een vereiste rond het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie moet danken aan een resultaat van inspanningen om in aanmerking te komen als basis voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, nog los van de vraag of deze kenmerken daarbij ook staven dat het betrokken resultaat van inspanningen die soort inspanningen vroeg die vereist zijn voor het toekennen van bescherming. Net als bij het auteursrecht, nemen we immers aan dat deze derde analyse nauwer aansluit bij de praktijk, rekening houdend met de vaststelling dat de kenmerken van aan de mens interne bewustzijnsfenomeen bij het leveren van intellectuele arbeid inderdaad geen directe, objectieve analyse toelaten rond het betrokken soort inspanningen en met de observatie die andere auteurs reeds maakten dat de ‘vorm versus inhoud’-dichotomie in wezen geen goede basis vormt voor een onderscheid binnen de zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan een resultaat van inspanningen¹²⁷². Rond de ‘vorm versus inhoud’-dichotomie binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken nemen we integendeel opnieuw aan dat deze het aanknopingspunt vormt voor richtlijnen rond de graad van abstractie om zintuiglijk waarneembare kenmerken te bekijken bij de beoordeling rond het toekennen en afbakenen van bescherming op grond van deze intellectuele rechten.

In wat volgt (A-D), gaan we nu dieper in op de concrete richtlijnen die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken bieden om, in het licht van een concrete incorporatie van

982 F.2d 693, p. 707 (“*This process entails examining the structural components at each level of abstraction to determine whether their particular inclusion at that level was “idea” or was dictated by considerations of efficiency, so as to be necessarily incidental to that idea; required by factors external to the program itself; or taken from the public domain and hence is nonprotectable expression.*”).

¹²⁷¹ Zie bijvoorbeeld: M.-C. JANSSENS en S. VAN DE MOSSELAER, “Het arrest SAS Institute: een toepassing van de idee-expressie dichotomie op computerprogrammatuur”, *SEW* 2013, p. 234-239; M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 a Gegenstand des Schutzes” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 22 (“*Entsprechend erstreckt sich der Urheberschutz gem. § 69 a Abs. 2 nur auf die Ausdrucksform, während die Ideen und Grundsätze vom Schutz ausgenommen bleiben.*”); A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, 394 p. 124 e.v.; N. VON WERDT, *Ausgewählte Probleme zum Topographenschutz von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen. Der Schutzgegenstand und die Schutzvoraussetzungen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, p. 129; Vergelijk ook: T. EHMANN, “Datenbankurheberrecht, Datenbankherstellerrecht und die Gemeinschaft der Rechtsinhaber - Zugleich Besprechung von BGH ‘Gedichttitelliste I und II’” *GRUR* 2008, p. 475 (“*Selbst wenn man die Auswahl von 14 Anthologien aus tausenden für schöpferisch hält, müsste auch gerade diese schöpferische Leistung im konkreten Datenbankwerk ihre wahrnehmbare Formgestaltung gefunden haben, in der die Individualität des Urhebers zum Ausdruck kommt.*”) en H. VANHEES, “De juridische bescherming van databanken” (noot bij Brussel, 3 mei 2000), *I.R.D.I.* 2001, p. 41 (“*Dit blijkt ook zeer duidelijk uit art. 5, aanhef richtlijn databanken, waar bepaald wordt dat de maker van een databank een aantal exclusieve rechten bezit m.b.t. de voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komende uitdrukkingvorm van de databank.*”).

¹²⁷² Zie in die zin, zoals aangegeven bijvoorbeeld: A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p.126-127; Vergelijk op dit punt ook: E. DERCLAYE, “L’arrêt *Softwarová* : une révolution en droit d’auteur ou une ‘erreur de jugement’?”, *Revue du Droit des Technologies de l’Information* 2011, p. 62 (“*En effet, la Cour confond (fusionne !) les deux critères de protection, la forme ou la différence entre idée et expression d’un côté et l’originalité de l’autre, lorsqu’elle dit: “lorsque l’expression desdites composantes est dictée par leur fonction technique, le critère de l’originalité n’est pas rempli, car les différentes manières de mettre en oeuvre une idée sont si limitées que l’idée et l’expression se confondent.”*”).

inspanningen te beoordelen of deze aanleiding geeft tot het toekennen van hun bescherming. Aangezien deze richtlijnen, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, te verstaan zijn als aanwijzingen rond de invulling van de vier typische parameters binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ die de betrokken de *sui generis* intellectuele rechten daarbij preciseren en opleggen, bespreken we deze richtlijnen opnieuw in het licht van deze vier parameters.

1.2.1. Relevante incorporaties van inspanningen

In de eerste plaats stellen we vast dat de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, met het oog op de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming, richtlijnen geven rond het volgende punt: het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie moet danken aan een resultaat van inspanningen om in aanmerking te komen als basis voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming¹²⁷³. Het gaat daarbij, zoals aangegeven, om de loutere vaststelling van de aard van de kenmerken die voortvloeien uit een bepaald resultaat van inspanningen, nog los van de vraag of deze kenmerken van de vereiste soort ook staven dat het betrokken resultaat van inspanningen die soort inspanningen vroeg die vereist zijn voor het toekennen van bescherming.

Deze richtlijnen die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken geven rond de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen relevante referentie-incorporaties omvatten daarbij in de regel twee componenten: 1.) positieve criteria om de betrokken relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen relevante referentie-incorporaties te identificeren en 2.) uitsluitingen die aangeven dat bepaalde zintuiglijk waarneembare kenmerken van relevante referentie-incorporaties geen basis kunnen vormen voor het toekennen van bescherming. Het concrete aanknopingspunt voor de positieve criteria die de betrokken *sui generis* intellectuele rechten in dit verband opleggen, zijn dan met name hun typering van, respectievelijk: een ‘topografie’ van een ‘halfgeleiderproduct’, een ‘computerprogramma’, de ‘keuze en rangschikking’ van de elementen van een ‘databank’ en de ‘verkrijging, de controle of de presentatie’ van de inhoud van een ‘databank’.

In dit onderdeel gaan we nu dieper in op de zonet aangehaalde richtlijnen die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken geven rond de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen relevante referentie-incorporaties. Daarbij opteren we voor de volgende indeling. In de eerste plaats gaan we daarbij in op de richtlijnen rond de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen relevante referentie-incorporaties die eigen zijn aan het chipsrecht, (B.) het computerprogramma-auteursrecht en (C) het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis*. Het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* behandelen we daarbij samen omdat zij beiden een ‘databank’ vereisen als relevante referentie-incorporatie. Daarna (D.) gaan we dan dieper in op een richtlijnen rond de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen relevante referentie-incorporaties die veel rechtsleer en rechtspraak zoals aangegeven aannemen en die een constante vormt doorheen de betrokken *sui generis* intellectuele rechten: de richtlijn dat aan te nemen is dat zintuiglijk waarneembare kenmerken die te danken zijn aan een resultaat van inspanningen en die noodzakelijk blijken te zijn voor het bereiken van een bepaalde functie niet in staat zijn om het toekennen van hun bescherming te verantwoorden en te genieten.

A. Het chipsrecht

Het chipsrecht geeft aan dat het als basis voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, vraagt dat sprake is van de ‘topografie van een halfgeleiderproduct¹²⁷⁴.’ Een ‘halfgeleiderproduct’ omschrijft het chipsrecht daarbij met name als een product, in zijn definitieve of intermediaire vorm, dat bestemd is om uitsluitend elektronische functies of elektronische en andere functies samen te vervullen en dat bestaat uit een plak materiaal die een laag halfgeleidermateriaal bevat waarop, volgens een vooraf bepaald driedimensionaal patroon, één of

¹²⁷³ Bij deze richtlijnen rond de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen relevante referentie-incorporaties gaat het dan, zoals aangegeven, met name om het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie voor het toekennen van bescherming moet danken aan een resultaat van inspanningen, nog los van de vraag of deze kenmerken staven dat ze de inspanningen vroegen die vereist zijn voor het toekennen van bescherming.

¹²⁷⁴ Art. XI.319., lid 1 WER (oud art. 1, lid 1 Chipswet).

meer lagen geleidend, isolatie- of halfgeleidermateriaal zijn aangebracht¹²⁷⁵. De ‘topografie van een halfgeleiderproduct’ definieert het chipsrecht in dit verband als een reeks samenhangende beelden, op enigerlei wijze vastgelegd, die het driedimensionale patroon van de lagen weergeven waaruit het halfgeleiderproduct is samengesteld, en waarin elk beeld het patroon of een gedeelte van het patroon van een oppervlak van het halfgeleiderproduct in enig stadium van zijn vervaardiging voorstelt¹²⁷⁶.

In het kader van het expliciteren van zijn keuze om zich al dan niet te organiseren als een registerrecht, geeft het chipsrecht daarbij ook aanwijzingen rond wat het als een relevante referentie-incorporatie beschouwt om, bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming, te peilen naar het voorliggen van een ‘topografie van een halfgeleiderproduct’¹²⁷⁷. Waar de Chipswet bijvoorbeeld aangeeft dat het chipsrecht in België een niet-registerrecht uitmaakt, stelt deze wet tegelijk ook dat het de eerste vastlegging, op enigerlei wijze, van de ‘topografie van een halfgeleiderproduct’ als relevante referentie-incorporatie beschouwt voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van het chipsrecht¹²⁷⁸. Vele andere Europese Lidstaten hebben het chipsrecht echter georganiseerd als een registerrecht en geven in de betrokken regelgeving dus ook aan welke beschrijving van de ‘topografie van een halfgeleiderproduct’ in een geldige registratieaanvraag, zij als de relevante referentie-incorporatie zien voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van het chipsrecht¹²⁷⁹.

In dit onderdeel gaan we nu dieper in op de positieve criteria die het chipsrecht hanteert om te bepalen of een relevante referentie-incorporatie het vereiste soort zintuiglijk waarneembare kenmerken dankt aan een resultaat van inspanningen om als basis te kunnen gelden voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming¹²⁸⁰. Daarbij bespreken we eerst (B.1.) het soort zintuiglijke waarneembare kenmerken dat een relevante referentie-incorporatie daartoe volgens het chipsrecht moet vertonen en vervolgens (B.2.) het soort zintuiglijk waarneembare manifestaties dat volgens het chips kan kwalificeren als een dergelijke relevante referentie-incorporatie. De reden voor deze aanpak is dat het vereiste soort zintuiglijke waarneembare kenmerken in deze context tot op zeker hoogte als leidraad dient voor het identificeren van relevante referentie-incorporaties.

A.1. Relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken

Binnen het chipsrecht is er relatief weinig discussie rond het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie moet danken aan een resultaat van inspanningen om in aanmerking te komen als basis voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming. Op grond van de uitdrukkelijk verwijzingen in de

¹²⁷⁵ Art. XI.319., lid 2 WER (oud art. 1, lid 2 Chipswet) en art. 1.1. Richtlijn Chips (“*In deze richtlijn wordt verstaan onder: a) ‘halfgeleiderprodukt’: een produkt in zijn definitieve of intermediaire vorm: i) dat bestaat uit een plak materiaal die een laag halfgeleidermateriaal bevat, en ii) waarop volgens een vooraf bepaald driedimensionaal patroon een of meer lagen geleidend, isolatie- of halfgeleidermateriaal zijn aangebracht, en iii) dat bestemd is om uitsluitend elektronische functies of elektronische en andere functies te zamen te vervullen;*”).

¹²⁷⁶ Art. XI.319., lid 2 WER (oud art. 1, lid 2 Chipswet) en art. 1.1. Richtlijn Chips (“*In deze richtlijn wordt verstaan onder: ...b) ‘topografie’ van een halfgeleiderprodukt: een reeks samenhangende beelden, op enigerlei wijze vastgelegd, i) die het driedimensionale patroon van de lagen weergeven waaruit het halfgeleiderprodukt is samengesteld, en ii) waarin elk beeld het patroon of een gedeelte van het patroon van een oppervlak van het halfgeleiderprodukt in enig stadium van zijn vervaardiging voorstelt;*”).

¹²⁷⁷ De Richtlijn Chips laat het over aan de Lidstaten om te beslissen of zij het chipsrecht tot een registerrecht dan wel een registratievrij recht maken. Zie in dit verband: art 4 en 7 Richtlijn Chips.

¹²⁷⁸ Zie in dit verband art. XI.327., §1 WER (oud art. 9, §1 Chipswet) (“*Het in artikel 1 bedoeld exclusief recht ontstaat wanneer de topografie voor het eerst op enigerlei wijze wordt vastgelegd.*”) Zie in dit verband ook: H. VANHEES, “Het Belgische sui generis beschermingsregime voor chips: een nieuw industrieel eigendomsrecht”, *R.W.* 1989-1990, p. 1280.

¹²⁷⁹ Zie in dit verband bijvoorbeeld: art. 5, lid 2 en art 8-10 Nederlandse Chipswet en § 3, lid 1, § 4, lid 4, § 5, lid 3 Duitse Chipswet, en art. L 622-1 en L 622-3-4 Code de la Propriété Intellectuelle (ter vervanging van art .1-2 Franse Chipswet van 1987).

¹²⁸⁰ Bij deze richtlijnen rond de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen relevante referentie-incorporaties gaat het dan, zoals aangegeven, met name om het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie voor het toekennen van bescherming moet danken aan een resultaat van inspanningen, nog los van de vraag of deze kenmerken staven dat ze de inspanningen vroegen die vereist zijn voor het toekennen van bescherming.

betrokken regelgevingen naar de uitgebreid gedefinieerde noties ‘topografie’ en ‘halfgeleiderproduct’, is het immers vrij algemeen aanvaard dat het moet gaan om zintuiglijk waarneembare kenmerken die de ‘topografie’, het ‘driedimensionale patroon’, weergeven of incorporeren van een ‘halfgeleiderproduct’.

De definitie van de notie ‘halfgeleiderproduct’ geldt in dit verband dan met name als aanknopingspunt om aan te nemen dat zintuiglijk waarneembare kenmerken relevant kunnen zijn om als basis te dienen voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming binnen het chipsrecht, zowel, indien zij een voltooide geïntegreerde schakeling binnen halfgeleidend materieel weergeven of incorporeren, als, indien zij schakelcomponenten in halfgeleidend materieel weergeven of incorporeren die nog niet voltooid zijn tot een eigenlijke schakeling¹²⁸¹. In het licht van de definitie van de notie ‘halfgeleiderproduct’ is het overigens aanvaard dat deze notie weliswaar geen vereisten inhoudt op het vlak van het gehanteerde fabricageproces¹²⁸² maar dat deze notie wel impliceert dat zintuiglijk waarneembare kenmerken die de weergave of incorporatie vormen van een schakeling in *ander* materiaal dan halfgeleidend materiaal, bijvoorbeeld in het geval van optische schakelingen, geen basis kunnen vormen voor het toekennen van een bescherming op grond van het chipsrecht¹²⁸³.

De verwijzing naar de notie ‘driedimensionale patroon’ binnen de definitie van een ‘topografie’ geldt dan met name als aanknopingspunt om aan te nemen dat zintuiglijk waarneembare kenmerken zichzelf relevant maken, als basis voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van het chipsrecht naarmate zij de volgende aspecten weergeven of incorporeren van een ‘halfgeleiderproduct’: de situering en ordening van de schakelcomponenten binnen dit halfgeleiderproduct, de concrete vorm van de afzonderlijk schakelcomponenten

¹²⁸¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. MEIJBOOM, "Das niederländische Gesetz über den Schutz von Halbleitertopographien", *GRURInt* 1988, p. 924 ("Das Gesetz spricht absichtlich von Halbleitererzeugnissen und nicht von "integrierten Schaltungen", damit auch Erzeugnisse geschützt sind, die keine Schaltungen sind. Dies ist etwa der Fall, wenn Chips sich in einer Entwicklungsstufe befinden, in der noch eine oder mehrere Schichten angebracht werden sollen (sogenannte "gate arrays"). ... Die Tatsache, daß "gate array chips" noch keine endgültigen Halbleitererzeugnisse sind, ändert nichts an deren Schutzfähigkeit. Dasselbe gilt für Teile von Chips in sog. "Zellenbibliotheken". Wenn sie das Erfordernis der Originalität erfüllen, genießen sie den Schutz des TVHW."); Een stap verder gaat bovendien § 1, 1 Duitse Chipswet, die stelt: "Dreidimensionale Strukturen von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen (Topographien) werden nach Maßgabe dieses Gesetzes geschützt, wenn und soweit sie Eigenart aufweisen. Satz 1 ist auch auf selbständig verwertbare Teile sowie Darstellungen zur Herstellung von Topographien anzuwenden."

¹²⁸² Zie in die zin bijvoorbeeld: M. FLAMÉE en H. VANHEES, "Une Approche Européenne de la protection des 'chips'", *R.I.D.E.* 1989, p. 79.

¹²⁸³ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. MEIJBOOM, "Das niederländische Gesetz über den Schutz von Halbleitertopographien", *GRURInt* 1988, p. 924 ("Auch Schaltungsweisen außerhalb der Halbleitertechnik - wie z.B. optische Schaltungen (mittels Laserlicht und Spiegel) oder bio chemische Techniken - fallen nicht unter das TVHW Der Einsatz solcher Verfahren ist zwar derzeit noch Zukunftsmusik; dennoch werden insbesondere optische Schaltungen derzeit in verschiedenen Forschungsinstituten erfolgreich getestet."); In dit verband is op te merken dat de rechtsleer verdeeld is rond de vraag of het aangewezen is om aan de hand van de notie ‘topografie van een halfgeleiderproduct’ de mogelijkheden om bescherming te verkrijgen op grond van het chipsrecht, zo sterk te binden aan een bepaalde technologie, met name dus de technologie van halfgeleiderschakelingen. Enerzijds, is er de opvatting dat deze technologiegebonden aanpak onwenselijk is aangezien dit een hinderpaal vormt om het chipsrecht vlot aan te passen aan nieuwe technologische evoluties. Zie in die zin bijvoorbeeld: G. KARNELL, "Protection of Layout Designs (Topographies) of Integrated Circuits - R.I.P.?", *IIC* 2006, p.648-649 en 657-658; A. MEIJBOOM, "Das niederländische Gesetz über den Schutz von Halbleitertopographien", *GRURInt* 1988, p.925 ("Da sich die Technik der Halbleiterindustrie sehr schnell ändert, besteht die große Gefahr, daß das TVHW bereits im Moment des Inkrafttretens überholt ist. Seine Aktualität und Effizienz wird durch die technischen Entwicklungen sehr schnell relativiert."); Anderzijds is er echter ook de analyse dat het techniekgebonden ingrijpen van het chipsrecht een voorbeeld is van een zeer precieze vorm van ingrijpen, die beperkt blijft tot het aanpakken van een reëel probleem. Zie in die zin bijvoorbeeld: G. WESTKAMP, "TRIPS Principles, Reciprocity and the Creation of *Sui-Generis*-Type Intellectual Property Rights for New Forms of Technology", *Journal of World Intellectual Property* 2003, p.854, voetnoot 101 ("The reason why it did not generate huge bulks of litigation is the very precise character of subjectmatter, which is elaborately defined as its three dimensional design. The effect, therefore, was not merely to grant exclusive rights but to make transactions more precise as to its object."); Hoewel art. 1.2. Richtlijn Chips in de mogelijkheid voorziet om de definitie van een halfgeleiderproduct aan te passen aan de technische voortuitgang is tot op heden nog geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid; Vergelijk op dit vlak ook: A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p.256 ("The technological differences between traditional and non-traditional IC's do not justify either an absence or divergence of protection for the design of a non-traditional IC.").

binnen dit halfgeleiderproduct, en de concrete manier waarop deze schakelcomponenten binnen dit halfgeleiderproduct met elkaar verbonden zijn tot een schakeling. Het is immers gebruikelijk om te aanvaarden dat het met name de zonet vermelde drie aspecten van een ‘halfgeleiderproduct’ de zijn die het ‘driedimensionale patroon’ en dus de ‘topografie’ ervan typeren¹²⁸⁴.

A.2. Relevante referentie-incorporatie

Het chipsrecht geeft in eerste instantie een zeer brede omschrijving van het soort zintuiglijk waarneembare manifestaties die het als relevante referentie-incorporatie aanvaardt. Door in de definitie van een ‘topografie’ van een ‘halfgeleiderproduct’ uitdrukkelijk te spreken van “*een reeks samenhangende beelden, op enigerlei wijze vastgelegd*” lijkt het chipsrecht op het eerste gezicht immers het volgende aan te geven: dat om het even welke zintuiglijk waarneembare manifestatie relevant is om met het oog op het toekennen van bescherming de vaststelling te doen dat het soort zintuiglijke waarneembare kenmerken voorligt die dit recht vereist als basis voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, met name dus zintuiglijk waarneembare kenmerken die de ‘topografie’, weergeven of incorporeren van een ‘halfgeleiderproduct’¹²⁸⁵. In het geval waar het chipsrecht geen registerrecht uitmaakt, lijkt dit dan op het eerste gezicht de deur open te zetten voor discussies rond de vraag of en vanaf welk punt incorporaties van inspanningen die tot stand komen in de ontwerpfase van een chip op zich, nog vóór het uiteindelijke vervaardigen van de chip, reeds kunnen kwalificeren als een relevante referentie-incorporatie. Toch stellen we vast dat binnen het chipsrecht relatief weinig discussie bestaat rond het soort zintuiglijk waarneembare manifestaties die het chipsrecht als relevante referentie-incorporaties beschouwt. Waar het chipsrecht een registerrecht uitmaakt, hangt dit natuurlijk samen met het feit dat deze organisatie als registerrecht meteen ook vastlegt dat de registratieaanvraag de relevante referentie-incorporatie vormt¹²⁸⁶. Waar het chipsrecht geen registerrecht is, menen we te kunnen vaststellen dat het uiteindelijk relatief aanvaard is dat de notie “*op enigerlei wijze vastgelegd*” in de definitie van een ‘topografie’ steeds verwijst naar een vastlegging in halfgeleidend materiaal en dat de precisering ‘op enigerlei wijze’ daarbij enkel ruimte laat voor verschillende technieken om de betrokken topografie vast te leggen in het halfgeleidend materiaal¹²⁸⁷.

B. Computerprogramma-auteursrecht

¹²⁸⁴ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: N. VON WERDT, *Ausgewählte Probleme zum Topographenschutz von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen. Der Schutzgegenstand und die Schutzvoraussetzungen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, p. 65 (“*Die Topographie ist das Muster, das sich aus der Anordnung von Bausteinen zu einer integrierten Schaltung ergibt, wobei die Anordnung der Bausteine oder die Form der Bausteine oder beide zusammen das Muster bestimmen. Unter diese Definition lassen sich alle Elemente der funktionellen Integration, welche letztlich die schutzbegründenden Gestaltungsmerkmale einer Topographie ausmachen, subsumieren.*”).

¹²⁸⁵ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p.25 (“*The definition of mask work includes the words 'however fixed or encoded'. This makes it clear that the images of surface pattern do not need to be fixed or encoded in any particular manner or medium.*”) en C. BOWERS, “Semiconductor Chip Design Protection: - A New Intellectual Property Right”, *Oregon Law Review* 1986, p. 795.

¹²⁸⁶ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: A. VON FALCK en M. APETZ “Topographenschutz” in W. KILIAN en B. HEUSSEN, *Computerrechtshandbuch. Informationstechnologie in Rechts- und Wirtschaftspraxis*, München, C.H. Beck, 2012, Nr 17 e.v. en A. MEIJBOOM, “Das niederländische Gesetz über den Schutz von Halbleitertopographien”, *GRURInt* 1988, p. 929; Als aanknopingspunt voor de modaliteiten van het depot, zie: art. 5, lid 2 en art 8-10 Nederlandse Chipswet en § 3, lid 1, § 4, lid 4, § 5, lid 3 Duitse Chipswet, en art. L 622-1 en L 622-3-4 Code de la Propriété Intellectuelle (ter vervanging van art .1-2 Franse Chipswet van 1987).

¹²⁸⁷ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: H. VANHEES, “Het Belgische sui generis beschermingsregime voor chips: een nieuw industrieel eigendomsrecht”, *R.W.* 1989-1990, p. 1280 (Die onder verwijzing naar de Memorie van Toelichting bij de Chipswet (Memorie van toelichting bij de wet betreffende de rechtsbescherming van topografieën van halfgeleiderproducten, *Parl.St. Senaat* 1988-89, nr. 762/1, p. 11) aangeeft dat de eerst vastlegging in de zin van de Chipswet plaatsvindt: “*hetzij op het moment waarop een masker of sjabloon op een siliciumplaatje waarop zich een laagje silicumbioxide en fotogevoelige hars bevinden, wordt bevestigd en vervolgens wordt beschenen, hetzij op het moment dat, wanneer geen gebruik wordt gemaakt van maskers of sjablonen, de topografie via een bundel van computergeleide stralen op het genoemde siliciumplaatje wordt aangebracht.*”).

Het computerprogramma-auteursrecht geeft aan dat het als basis voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, in wezen het volgende vraagt: dat sprake is van de ‘uitdrukkingswijze in welke vorm ook’ van een ‘computerprogramma’ of van het ‘voorbereidend materiaal’ van een computerprogramma¹²⁸⁸. Het computerprogramma-auteursrecht geeft daarbij echter geen uitdrukkelijke juridische definitie van de notie ‘computerprogramma’. Ook rond de begrippen ‘uitdrukkingswijze’ van een computerprogramma en ‘voorbereidend materiaal’ van een computerprogramma voorziet het computerprogramma-auteursrecht geen uitdrukkelijke juridische definities. In het kader van de Richtlijn Computerprogramma’s was het niet definiëren van het begrip computerprogramma’s, zoals aangegeven, een bewuste keuze om te verzekeren dat deze notie gemakkelijk zou kunnen mee-evolueren met technologische ontwikkelingen¹²⁸⁹.

In dit onderdeel gaan we nu dieper in op de positieve criteria die het computerprogramma-auteursrecht hanteert om te bepalen of een relevante referentie-incorporatie het vereiste soort zintuiglijk waarneembare kenmerken dankt aan een resultaat van inspanningen om als basis te kunnen gelden voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming. Daarbij bespreken we ook ditmaal eerst (B.1.) het soort zintuiglijke waarneembare kenmerken dat een relevante referentie-incorporatie daartoe volgens het chipsrecht moet vertonen en vervolgens (B.2.) het soort zintuiglijk waarneembare manifestaties dat volgens het chips kan kwalificeren als een dergelijke relevante referentie-incorporatie. De reden voor deze aanpak is opnieuw dat het vereiste soort zintuiglijke waarneembare kenmerken in deze context tot op zeker hoogte als leidraad dient voor het identificeren van relevante referentie-incorporaties.

¹²⁸⁸ Zie: art. 1.1. en 1.2. Richtlijn Computerprogramma’s (2009) (“Overeenkomstig deze richtlijn worden computerprogramma’s door de lidstaten auteursrechtelijk beschermd als werken van letterkunde in de zin van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst. De term “computerprogramma” in de zin van deze richtlijn omvat ook het voorbereidend materiaal. De bescherming overeenkomstig deze richtlijn wordt verleend aan de uitdrukkingswijze, in welke vorm dan ook, van een computerprogramma. ...”).

Zie in die zin ook: art. XI.294. WER (oud art. 1 Wet Computerprogramma’s) (“Overeenkomstig het bepaalde in Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma’s worden computerprogramma’s, het voorbereidend materiaal daaronder begrepen, auteursrechtelijk beschermd en gelijkgesteld met werken van letterkunde in de zin van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst.”) en art. XI.295., lid 2 WER (oud art. 2, lid 2 Wet Computerprogramma’s) (“De bescherming overeenkomstig deze wet wordt verleend aan de uitdrukkingswijze, in welke vorm ook, van een computerprogramma.”) Zie ook: Richtlijn Computerprogramma’s (2009), overweging 7.

¹²⁸⁹ Zie in dit verband: Oorspronkelijke Voorstel Richtlijn Computerprogramma’s, p. 17.

B.1. Relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken

Binnen het computerprogramma-auteursrecht is het soms niet geheel duidelijk hoe de begrippen ‘computerprogramma’, ‘uitdrukingswijze van een computerprogramma’ en het ‘voorbereidend materiaal van een computerprogramma’¹²⁹⁰, zich laten vertalen naar aanwijzingen rond het volgende: het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die dit intellectuele recht binnen een relevante referentie-incorporatie vereist als basis voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming. Sommige rechtsleer gaf in dit verband reeds aan dat het ontbreken van gedetailleerde definities rond deze noties een ernstig gebrek vormt van de regelgeving rond het computerprogramma-auteursrecht¹²⁹¹.

In het kader van het computerprogramma-auteursrecht is het echter niet zo dat we rond de betekenis van de notie ‘computerprogramma’ en de reikwijdte van de bepalingen ‘uitdrukingswijze van een computerprogramma’ en ‘voorbereidend materiaal van een computerprogramma’, over geen enkel punt van houvast beschikken. Zodra we enigszins verder kijken dan de expliciete bepalingen van de regelgeving rond computerprogramma’s vinden we in dit verband immers meerdere, relevante aanwijzingen rond de interpretatie van de betrokken noties.

In de overwegingen bij de uiteindelijk Richtlijn Computerprogramma’s blijven de aanwijzingen in dit verband nog relatief beperkt. Daar vinden we enkel de volgende verduidelijking terug: *“Voor de toepassing van deze richtlijn moet de term ‘computerprogramma’ alle programma’s in gelijk welke vorm omvatten, met inbegrip van programma’s die in de apparatuur zijn ingebouwd. Deze term moet eveneens het desbetreffende voorbereidende ontwerp-materiaal omvatten dat tot het vervaardigen van een programma leidt, op voorwaarde dat dit voorbereidende materiaal van dien aard is dat het later tot zulk een programma kan leiden”*¹²⁹².

In de toelichting bij het initiële voorstel van de Richtlijn Computerprogramma’s vinden we echter al veel meer preciseringen rond de noties ‘computerprogramma’ ‘uitdrukingswijze van een computerprogramma’ en ‘voorbereidend materiaal van een computerprogramma’. Uit deze toelichting blijkt immers met name dat deze richtlijn vertrok van de veronderstelling dat een ‘computerprogramma’ te verstaan is als: *“een geheel van instructies waarmee wordt beoogd een gegevensverwerkende machine, een computer, bepaalde taken te laten uitvoeren.”*¹²⁹³ Deze toelichting bevat daarbij bovendien ook de volgende verduidelijking rond de reikwijdte van de notie ‘uitdrukingswijze van een computerprogramma’: *“Gezien de huidige stand van de techniek dient onder de term ‘programma’ te worden verstaan de uitdrukingswijze in ongeacht welke vorm, taal, notatie of code van een geheel van instructies, waarmede wordt beoogd een computer een bepaalde taak of functie te laten verrichten. Onder de term dienen alle zowel voor de mens begrijpelijke als door de machine leesbare programmavormen te worden begrepen, op basis waarvan het programma dat een computer zijn functie laat vervullen, werd of kan worden tot stand gebracht”*¹²⁹⁴. Specifiek rond het begrip ‘voorbereidend materiaal van een computerprogramma’ geeft de toelichting bij het initiële voorstel van de Richtlijn Computerprogramma’s aan dat daarbij bijvoorbeeld te denken is aan *“stroomschema’s of beschrijvingen van de volgorde van instructies in natuurlijke taal”*¹²⁹⁵. Een expliciete grens rond de interpretatie van de noties ‘computerprogramma’ ‘uitdrukingswijze van een computerprogramma’ en ‘voorbereidend materiaal van een computerprogramma’ trekt deze toelichting bij

¹²⁹⁰ Zie in dit verband zoals aangegeven: art. 1.1. en 1.2. Richtlijn Computerprogramma’s (2009) (*“Overeenkomstig deze richtlijn worden computerprogramma’s door de lidstaten auteursrechtelijk beschermd als werken van letterkunde in de zin van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst. De term “computerprogramma” in de zin van deze richtlijn omvat ook het voorbereidend materiaal. De bescherming overeenkomstig deze richtlijn wordt verleend aan de uitdrukingswijze, in welke vorm dan ook, van een computerprogramma. ...”*); Zie in die zin ook: art. XI.294. WER (oud art. 1 Wet Computerprogramma’s) en art. XI.295., lid 2 WER (oud art. 2, lid 2 Wet Computerprogramma’s).

¹²⁹¹ Voor een scherpe kritiek in dit verband, bijvoorbeeld: J. MARLY, “Der Urheberrechtsschutz grafischer Benutzeroberflächen von Computerprogrammen - Zugleich Besprechung der EuGH-Entscheidung „BSA/Kulturministerium””, *GRUR* 2011, p. 204 (*“Auch fast 20 Jahre nach dem Inkrafttreten der Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen I (Softwarerichtlinie) ist es nicht nur zu bedauern, sondern geradezu als Geburtsfehler mit weitreichenden Auswirkungen zu bezeichnen, dass die Richtlinie keine Definition ihres eigenen Schutzgegenstands „Computerprogramm” beinhaltet.”*).

¹²⁹² Richtlijn Computerprogramma’s (2009), overweging 7.

¹²⁹³ Initieel Voorstel Richtlijn Computerprogramma’s, *P.B. C 91* van 12 april 1989, p. 5.

¹²⁹⁴ Initieel Voorstel Richtlijn Computerprogramma’s, *P.B. C 91* van 12 april 1989, p. 9.

¹²⁹⁵ Initieel Voorstel Richtlijn Computerprogramma’s, *P.B. C 91* van 12 april 1989, p. 9.

handleidingen. Handleiding voor gebruik of onderhoud kunnen volgens deze toelichting niet beschouwd worden als onderdelen of uitdrukkingvormen van het programma. Daarbij preciseert de betrokken toelichting echter wel meteen dat indien wezenlijke onderdelen van het programma in de handleiding gereproduceerd zijn, deze niettemin onder de bescherming vallen van het auteursrecht op het programma en dit onafhankelijk van de rechten die eventueel op de handleiding of andere documentatie bestaan¹²⁹⁶. Tenslotte, geeft de toelichting bij het initiële voorstel van de Richtlijn Computerprogramma's overigens ook nog eens uitdrukkelijk de volgende algemene richtlijn rond de interpretatie van de reikwijdte van de betrokken noties: “*Een programma kan, te zamen met het ondersteunende materiaal en het voorbereidende ontwerp-materiaal, ook ‘computerprogrammatuur’ worden genoemd. Het is de bedoeling dat al dit materiaal onder de bepalingen van dit voorstel valt, voor zover kan worden aangetoond dat met behulp van het betrokken materiaal een soort van programma tot stand is of kan worden gebracht.*”¹²⁹⁷

Het TRIPS-Verdrag, vervolgens, geeft aan dat de juridische notie ‘computerprogramma’ zich uitstrekt tot de incorporatie van een computerprogramma zowel in broncode als in doelcode. Art. 10.1 TRIPS-Verdrag stelt immers expliciet: “*Computerprogramma's, in bron- dan wel doelcode, worden beschermd als letterkundige werken krachtens de Berner Conventie (1971).*” In dit verband is overigens op te merken dat de Europese Commissie, in de toelichting bij het afgewezen voorstel voor een richtlijn rond in computers geïmplementeerde uitvindingen, eveneens reeds aangegeven heeft dat zij, in het kader van het computerprogramma-auteursrecht ‘de uitdrukkingwijze, in welke vorm dan ook, van een computerprogramma’ verstaat als: “*de uitdrukkingwijze, in welke vorm dan ook, van de broncode of de doelcode.*”¹²⁹⁸

Ten slotte, heeft ook het Europees Hof van Justitie reeds belangrijke aanwijzingen gegeven rond de interpretatie van de begrippen ‘computerprogramma’, ‘uitdrukkingwijze van een computerprogramma’ en het ‘voorbereidend materiaal van een computerprogramma’. Het Hof heeft met name uitdrukkelijk aangegeven dat de vraag of zintuiglijk waarneembare manifestaties kunnen kwalificeren als de ‘uitdrukkingwijze van een computerprogramma’ of als het ‘voorbereidend materiaal van een computerprogramma’ te beoordelen is aan de hand van het volgende criterium: of deze zintuiglijk waarneembare manifestaties later respectievelijk tot ‘reproductie’ van het computerprogramma of tot het computerprogramma zelf kunnen leiden¹²⁹⁹. Alvast rond het begrip ‘**uitdrukkingwijze** van een computerprogramma’ geeft het Hof daarbij ook meer aanwijzingen rond wat binnen dit criterium dan als een ‘reproductie’ van het computerprogramma geldt. Het Hof geeft immers aan dat het hierbij moet gaan om het reproducere van het computerprogramma in verschillende computertalen, zoals de bron- en de doelcode, en dat het moet gaan om een reproductie die: “*ook de reproductie meebrengt van het computerprogramma zelf, waardoor de computer zijn taken kan uitvoeren.*”¹³⁰⁰ Het Hof bevestigt op die manier dus in wezen de hierboven vermelde criteria die de toelichting bij het initiële voorstel van de Richtlijn Computerprogramma's reeds naar voor schoof om de reikwijdte af te bakenen van de noties ‘uitdrukkingwijze van een computerprogramma’ én ‘voorbereidend materiaal van een computerprogramma’. Een belangrijk bijdrage van de betrokken rechtspraak van het Europees Hof van Justitie is echter dat deze ook de concrete toepassing illustreert van het betrokken criterium van ‘leiden tot het computerprogramma dan wel de reproductie ervan’. Het Hof stelt immers uitdrukkelijk dat op grond van de toepassing van dit criterium de volgende onderdelen of aspecten van een computerprogramma niet kunnen kwalificeren als ‘de uitdrukkingwijze van een computerprogramma’:

¹²⁹⁶ Initieel Voorstel Richtlijn Computerprogramma's, P.B. C 91 van 12 april 1989, p. 9.

¹²⁹⁷ P.B. C 91 van 12 april 1989, p. 5; In dit verband is op te merken dat niet geheel duidelijk is in welke mate de toelichting bij het initiële voorstel van de Richtlijn Computerprogramma's aannam dat de juridische noties ‘computerprogramma’ en ‘voorbereidend materiaal van een computerprogramma’ afzonderlijke aanknopingspunten zijn voor het toekennen van bescherming onder het begrip overkoepelende begrip ‘computerprogrammatuur’ dan wel aannam dat de juridische notie ‘computerprogramma’ zich, met de term ‘computerprogrammatuur’ als leidraad, meteen ook uitstrekt tot het relevante ‘voorbereidend materiaal’.

¹²⁹⁸ COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN, *Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de octrooieerbaarheid van in computers geïmplementeerde uitvindingen*, COM(2002) 92 definitief, Brussel 20 februari 2002, p. 9.

¹²⁹⁹ In die zin reeds: H.v.J. 22 december 2010, C-393/09 (*Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury*), r.o. 35-37 en H.v.J. 2 mei 2012, C-406/10 (*SAS Institute*), r.o. 35-37.

¹³⁰⁰ Zie: H.v.J. 22 december 2010, C-393/09 (*Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury*), r.o. 38.

de grafische gebruikersinterface¹³⁰¹, de functionaliteit van een computerprogramma, de programmeertaal en de indeling van gegevensbestanden die in het kader van een computerprogramma worden gebruikt om bepaalde van de functies van dat programma te kunnen benutten¹³⁰². Rond de reikwijdte van het begrip ‘**voorbereidend materiaal** van een computerprogramma’ is in dit verband overigens op te merken dat de Advocaat-Generaal in zijn conclusie bij een van de betrokken zaken reeds gesteld heeft dat deze notie bijvoorbeeld kan verwijzen naar door de programmeur ontwikkelde structuren of organisatieschema’s, die kunnen worden omgezet in bron- of doelcode, waardoor een machine het computerprogramma kan uitvoeren¹³⁰³.

Op grond van de zonet vermelde punten van houvast rond de interpretatie van de begrippen ‘computerprogramma’, ‘uitdrukingswijze van een computerprogramma’ en ‘voorbereidend materiaal van een computerprogramma’, menen we dan te mogen besluiten dat er weinig discussie over bestaat dat het computerprogramma-auteursrecht, op het vlak van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die het vereist als basis voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, genoeg zal nemen met zintuiglijk waarneembare kenmerken die het volgende weergeven of incorporeren: de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma en beschrijvingen van een computerprogramma in doelcode of broncode. De quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma verwijzen hierbij dan met name, zoals aangegeven, naar de zintuiglijk waarneembare manifestaties van de instructies van het computerprogramma binnen de opeenvolging van binaire toestanden van zintuiglijk waarneembare manifestaties, zoals deze bijvoorbeeld terug te vinden zijn binnen een computersysteem of een bepaalde geheugendrager. De beschrijvingen van een computerprogramma in doelcode of broncode slaan daarbij, zoals aangegeven, op de symbolische weergave in een programmeertaal van de instructies van het computerprogramma. Bij de zonet vermelde quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma, enerzijds, en de beschrijvingen van een computerprogramma in doelcode of broncode, anderzijds, lopen de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken die de rechtsleer en rechtspraak daarbij relevant achten als basis voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming dus wel enigszins uiteen. In het geval van de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma gaat het daarbij in eerste instantie om de opeenvolging van binaire toestanden of drempelwaarden binnen zintuiglijk waarneembare manifestaties die de instructies belichamen van het computerprogramma¹³⁰⁴. Bij beschrijvingen van een computerprogramma in doelcode of

¹³⁰¹ Zie: H.v.J. 22 december 2010, C-393/09 (*Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury*), r.o. 41 (“In die omstandigheden kan het computerprogramma niet worden gereproduceerd op basis van de grafische gebruikersinterface, maar vormt deze interface louter een element van het programma dat de gebruikers de mogelijkheid biedt om dit programma optimaal te gebruiken.”).

¹³⁰² Zie: H.v.J. 2 mei 2012, C-406/10 (*SAS Institute*), r.o. 37 en 39 (“37 Richtlijn 91/250 beschermt dus de uitdrukingswijzen van een computerprogramma en het voorbereidende ontwerpmateriaal die later respectievelijk tot reproductie van het computerprogramma of tot het computerprogramma zelf kunnen leiden ... 39 Gelet op deze overwegingen moet worden geconstateerd dat, wat de elementen van een computerprogramma betreft waarop de eerste tot en met de vijfde vraag betrekking hebben, noch de functionaliteit van een computerprogramma, noch de programmeertaal en de indeling van gegevensbestanden die in het kader van een computerprogramma worden gebruikt teneinde de functies daarvan te benutten, een uitdrukingswijze van dit programma vormen in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 91/250.”).

¹³⁰³ Zie: Conclusie van Advocaat-Generaal Y. BOT van 14 oktober 2010, C-393/09 (*Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury*), overweging 63.

¹³⁰⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 a Gegenstand des Schutzes” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 4 (“Computerprogramme sind nach der Legaldefinition des § 69 a in jeder Gestalt geschützt. Es sind also auf Datenträgern (etwa CD-ROM, Harddisk, Bändern und Disketten) gespeicherte ebenso wie in Hardware (etwa ROM und EPROMs; vgl. Erwägungsgrund 7 Computerprogramm-Richtlinie) integrierte Computerprogramme geschützt (...). Erfasst werden Maschinen-, Objekt- und Quellcode (auch als Programmausdruck) sowie das Entwurfsmaterial, mithin Programme auf unterschiedlichen Entwicklungsstufen, nicht aber Handbücher (...).”) en Nr. 3 (“Unzureichend erscheint es, wenn lediglich Datenbeschreibungen vorliegen, denn von einem Computerprogramm kann erst dann gesprochen werden, wenn es bzw. zumindest die genutzte Programmiersprache eine Datenverarbeitung im eigentlichen Sinne ermöglicht (Ohst 30 f.). Es müssen also Daten eingegeben und ausgegeben werden können, sei es über die Benutzerschnittstelle oder durch Interaktion mit anderen Programmen”); D. BAINBRIDGE, *Intellectual Property*, Harlow, Pearson 2007, p. 230 e.v.; Zie ook: D. KARJALA, “A Coherent Theory for the Copyright Protection of Computer Software and Recent Judicial Interpretations”, *U.Cin.L.Rev.* 1997-1998, p. 65-66 (“..., there exists a social policy basis for protecting computer

broncode gaat het daarentegen dus om de symbolische weergave in een programmeertaal van de instructies van het computerprogramma¹³⁰⁵. Zowel bij de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma als de beschrijvingen van een computerprogramma in doelcode of broncode stellen we bovendien vast dat de rechtspraak en rechtsleer aannemen dat, op het vlak van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die relevant zijn bij het toekennen van bescherming op grond van het computerprogramma-auteursrecht, ook rekening te houden is met het volgende: de onderlinge ordening van de binaire toestanden of concrete stukken code die de instructies belichamen van een computerprogramma¹³⁰⁶. In de Duitse rechtsleer is het in dit verband met name gebruikelijk om te spreken van het concrete ‘Gewebe’, het ‘weefsel’, dat naar voor komt uit de belichaming van de onderscheiden instructies van het computerprogramma in binaire toestanden van zintuiglijk waarneembare manifestaties of concrete stukken code¹³⁰⁷.

De zonet vermelde punten van houvast rond de interpretatie van de begrippen ‘computerprogramma’, ‘uitdrukkingwijze van een computerprogramma’ en ‘voorbereidend materiaal van een computerprogramma’, kunnen volgens ons echter niet altijd uitsluitel bieden in het licht van discussies rond de volgende vraag: welke zintuiglijk waarneembare kenmerken, *naast* deze van de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma of van beschrijvingen van een computerprogramma in doelcode of broncode, aanvaardt het computerprogramma-auteursrecht eveneens als een voldoende basis voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming.

Sommige rechtsleer en rechtspraak geeft immers aan dat *enkel* de zintuiglijk waarneembare kenmerken van de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma dan wel van de beschrijvingen van een computerprogramma in doel- of broncode als leidraad kunnen dienen voor het toekennen en afbakenen van de bescherming op grond van het computerprogramma-auteursrecht¹³⁰⁸. Het argument voor deze interpretatie is

programs, notwithstanding their functional nature, under copyright. That policy, however, also clearly indicates how copyright protection in programs and their interfaces should be limited to avoid upsetting the careful balance between copyright and patent that has evolved over time. The short answer is that the program copyright should protect only the literal code and mechanical or electronic translations of code.”)

¹³⁰⁵ Zie in dit verband bijvoorbeeld: M.-C. JANSSENS en S. VAN DE MOSELAER, “Het arrest SAS Institute: een toepassing van de idee-expressie dichotomie op computerprogrammatuur”, *SEW* 2013, p. 235-236; Vergelijk ook: H.v.J. 2 mei 2012, C-406/10 (*SAS Institute*), r.o. 37-38 (“*Richtlijn 91/250 beschermt dus de uitdrukkingwijzen van een computerprogramma en het voorbereidende ontwerp materiaal die later respectievelijk tot reproductie van het computerprogramma of tot het computerprogramma zelf kunnen leiden (arrest *Bezpečnostní softwarová asociace*, reeds aangehaald, punt 37). Op basis daarvan heeft het Hof geconcludeerd dat de bron en de doelcode van een computerprogramma uitdrukkingwijzen van dit programma zijn en bijgevolg ingevolge artikel 1, lid 2, van richtlijn 91/250 de auteursrechtelijke bescherming van computerprogramma’s genieten.”) en H.v.J. 22 december 2010, C-393/09 (*Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury*), r.o. 35-37.*

¹³⁰⁶ Zie: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 a Gegenstand des Schutzes” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 23 (“*Die Ausdrucksform erfasst neben den Programmdateien des Maschinen-, Objekt- oder Quellcodes (...) vor allem die innere Struktur und Organisation des Computerprogramms.*”) en T. DREIER, “UrhG § 69 a Gegenstand des Schutzes” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 21 (“*Schutzfähig ist zunächst das Programm in seiner konkreten Form. Der Schutz besteht jedoch nicht allein gegen die bloße 1: 1-Kopie, sondern darüber hinaus auch gegen die Übernahme mit unwesentlichen Abweichungen in der Codeform sowie gegen die Übernahme für das Programm wesentlicher inhaltlicher Strukturelemente, wie sie etwa in der besonderen Gliederung des Programmablaufs, der Anordnung der einzelnen Programmelemente und ihrem Zusammenwirken zum Ausdruck kommen.*”).

¹³⁰⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 a Gegenstand des Schutzes” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 25 (“*Der BGH hat (noch zum alten Recht) zu verstehen gegeben, dass er nicht nur den Programmcode, sondern auch das Gewebe des Computerprogramms für schutzfähig hält (...).*”) M. LEHMANN, “Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen”, *NJW* 1991, p. 2113 en Bundesgerichtshof 4 oktober 1990, (“*Betriebssystem*”), *GRUR* 1991 p. 450 (p.453).

¹³⁰⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: D. KARJALA, “A Coherent Theory for the Copyright Protection of Computer Software and Recent Judicial Interpretations”, *U.Cin.L.Rev.* 1997-1998, p.65-66; G. LUNNEY, “*Lotus v. Borland*”:

daarbij in wezen dat alle inspanningen die inderdaad gericht zijn op het eigenlijke ontwikkelen van een computerprogramma ook hun neerslag vinden in de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma dan wel de beschrijvingen van een computerprogramma in doel- of broncode en dat, bijgevolg, de zintuiglijk waarneembare kenmerken van deze manifestaties van het computerprogramma ook de passende leidraad vormen voor het volgende: een intellectueelrechtelijke bescherming rond het creëren van computerprogramma's die voldoende bescherming biedt zonder de totstandkoming van substituten in onwenselijke mate te verhinderen¹³⁰⁹.

Andere rechtsleer en rechtspraak verdedigt daarentegen een ruimere opvatting die stelt dat de zintuiglijk waarneembare kenmerken die als leidraad kunnen dienen voor het toekennen en afbakenen van de bescherming op grond van het computerprogramma-auteursrecht *niet alleen* terug te vinden zijn in de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma en de beschrijvingen van een computerprogramma in doel- of broncode *maar ook* in andere manifestaties van een computerprogramma.

Binnen deze ruimere interpretatie geldt de uitdrukkelijke verwijzing binnen het computerprogramma-auteursrecht naar "*de uitdrukkingwijze, in welke vorm dan ook, van een computerprogramma*" dan bijvoorbeeld als aanknopingspunt om ook het resultaat dat het computerprogramma teweegbrengt bij het inwerken op het computersysteem, te kwalificeren als een 'uitdrukkingwijze' van het betrokken computerprogramma die bescherming kan verantwoorden en genieten op grond van het computerprogramma-auteursrecht. Bij dit resultaat is dan bijvoorbeeld te denken aan visuele of auditieve elementen die een computersysteem produceert onder invloed van het betrokken computerprogramma. Soms is in dit verband dan ook sprake van de mogelijkheid om elementen van de 'look and feel' te beschermen die een computerprogramma creëert voor de gebruiker ervan¹³¹⁰. Het argument om bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van het computerprogramma-auteursrecht ook rekening te houden met het resultaat dat een computerprogramma teweegbrengt is dan in wezen dat dit resultaat onder omstandigheden ook te beschouwen is als de verdienste van de inspanningen rond het creëren van dit computerprogramma.

In het licht van deze ruimere interpretatie vormt de uitdrukkelijke verwijzing binnen het computerprogramma-auteursrecht naar het "*voorbereidend materiaal van een computerprogramma*" dan daarnaast ook het aanknopingspunt om het volgende aan te nemen: dat incorporaties van inspanningen die tot stand komen in de ontwerpfase van een computerprogramma reeds relevant kunnen zijn voor het toekennen van bescherming op grond van het computerprogramma-auteursrecht indien zij nog geen beschrijving geven van het te vervaardigen computerprogramma in doel- of broncode maar wel reeds gegeven is dat zij later tot een computerprogramma kunnen leiden. De betrokken rechtsleer verwijst in dit verband dan met name naar de mogelijkheid dat de zintuiglijk waarneembare kenmerken van conceptuele ontwerpen en bijvoorbeeld flowcharts van een te vervaardigen computerprogramma reeds een voldoende basis kunnen vormen voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van het computerprogramma-auteursrecht. Binnen deze ruimere interpretatie geldt dus dat de notie 'voorbereidend materiaal van een computerprogramma' breder is dan enkel de beschrijving van de instructies van een computerprogramma in bron- of doelcode die zich via een compiler of assembler laten omzetten in een quasi-direct uitvoerbare manifestatie van een computerprogramma¹³¹¹. Het argument voor deze

Copyright and Computer Programs", *Tulane Law Review* 1995-1996, 2431-2432 en E. ULMER en G. KOLLE, "Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen", *GRURInt* 1982, p. 494

¹³⁰⁹ Zie uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: E. ULMER en G. KOLLE, "Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen", *GRURInt* 1982, p. 494 ("Für die Software-Entwicklung ist daraus abzuleiten, daß praktisch alle für die Werkeigenschaft der Computerprogramme wichtigen Umstände und Merkmale früherer Entwicklungsstufen in das angestrebte Endprodukt, das betriebsfertige Programm, einfließen. Grundsätzlich kann gesagt werden, daß individuelle Entscheidungen, Lösungswege und andere bedeutsame Elemente im Programm wiederkehren, ihm innewohnen, auch wenn sie in äußerlich anderer Form in Erscheinung treten, z. B. als diskrete, nicht unmittelbar wahrnehmbare Darstellung im Maschinencode auf einem Datenträger. ... Wir können daher unsere Betrachtung ganz auf die betriebsfertigen Computerprogramme konzentrieren, d. h. auf das in maschinenverständlicher Sprache niedergelegte Quellenprogramm und den daraus mit Hilfe eines Umwandlungsprogramms maschinell erzeugten Objektcode.").

¹³¹⁰ Vergelijk op dit punt: E. DERCLAYE, "Software Copyright Protection: Can Europe learn from American case law?" *E.I.P.R.* 2000, p. 60-61.

¹³¹¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: U. LOEWENHEIM, "Abschnitt 8. Besondere Bestimmungen für Computerprogramme" in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p. 1338

benadering is dan vooral dat de beslissingen die de eigenlijke, eigen intellectuele schepping uitmaken bij het vervaardigen van een computerprogramma met name hun neerslag vinden in de incorporaties van inspanningen die tot stand komen in de ontwerpfase rond een computerprogramma, nog voor de implementatie van het ontwerp in een concrete code¹³¹². Binnen deze ruimere interpretatie stellen we dan wel vast dat er enige discussie bestaat rond de kenmerken die incorporaties van inspanningen in de ontwerpfase van een computerprogramma reeds moeten vertonen om aan te nemen dat zij inderdaad later tot een computerprogramma kunnen leiden en dus relevant zijn voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van het computerprogramma-auteursrecht. In dit verband bestaat er bijvoorbeeld discussie of het lastenheft, met andere woorden het resultaat van het opstellen van de specificaties van het te vervaardigen computerprogramma, reeds kan kwalificeren als 'voorbereidend materiaal van een computerprogramma'¹³¹³.

De vraag welke zintuiglijke waarneembare kenmerken het computerprogramma-auteursrecht aanvaardt als basis voor het toekennen van bescherming, *naast* deze van de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma of van beschrijvingen van een computerprogramma in doelcode of broncode, laat zich dan, zoals aangegeven, niet altijd met zekerheid beantwoorden op grond van de hierboven aangehaalde punten van houvast rond de interpretatie van de begrippen 'computerprogramma', 'uitdrukkingwijze van een computerprogramma' en 'voorbereidend materiaal van een computerprogramma'.

Door de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie weten we inderdaad dat de begrippen 'uitdrukkingwijze van een computerprogramma' en 'voorbereidend materiaal van een computerprogramma' af te bakenen zijn aan de hand van het criterium of sprake is van een zintuiglijk waarneembare manifestatie die kan 'leiden tot het computerprogramma dan wel de reproductie ervan'. Het Hof geeft daarbij kennelijk de voorkeur aan dit criterium boven het trekken van een strikte grens die stelt dat de betrokken noties enkel kunnen slaan op de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma of de beschrijvingen van een computerprogramma in doel- of broncode. In het licht van de toepassing die dit Hof zelf maakt van dit criterium weten we bovendien dat nauwelijks nog te verdedigen is dat ook de zintuiglijk waarneembare kenmerken van de resultaten die computerprogramma's teweegbrengen bij het inwerken op computersystemen, als leidraad kunnen dienen bij het toekennen en afbakenen van enige bescherming op grond van het computerprogramma-auteursrecht. Op grond van dit criterium van 'leiden tot het computerprogramma dan wel de reproductie ervan' besloot het Hof zoals aangegeven immers dat de grafische gebruikersinterface en de functionaliteit van een computerprogramma geen uitdrukkingwijze van een computerprogramma uitmaken die bescherming geniet in het licht van het computerprogramma-auteursrecht.

Het Europees Hof van Justitie¹³¹⁴ heeft, volgens ons, echter ook een belangrijke vraag opengelaten rond de praktische toepassing van het criterium van 'leiden tot het computerprogramma dan wel de reproductie ervan' als leidraad bij het afbakenen van de begrippen 'uitdrukkingwijze van een computerprogramma' en 'voorbereidend materiaal van een computerprogramma': welke norm of meer concrete criteria moeten we hanteren om te bepalen of een zintuiglijk waarneembare manifestatie in staat is om te 'leiden tot het computerprogramma dan wel de reproductie ervan'. Met name rond de reikwijdte van het begrip 'voorbereidend materiaal van een computerprogramma' biedt dit criterium van 'leiden tot het computerprogramma dan wel de reproductie ervan' ons uiteindelijk relatief weinig houvast om te beslissen over het hierboven vermelde discussiepunt: welke kenmerken moeten incorporaties van inspanningen in de ontwerpfase van een computerprogramma reeds vertonen om aan te nemen dat zij inderdaad later tot een computerprogramma kunnen leiden en dus de basis kunnen vormen voor een beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van het computerprogramma-auteursrecht.

("Quellcode und Objektcode (Machinencode) stellen hingegen bereits das Program selbst dar und sind kein Entwurfsmaterial").

¹³¹² Zie in dit verband bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, "UrhG § 69 a Gegenstand des Schutzes" in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 8 ("Die explizite Erwähnung schon des Entwurfsmaterials ist deshalb konsequent, weil gerade in diesem frühen Stadium die eigentlichen, individuellen Entscheidungen über das Design getroffen werden (...). Nur der früh einsetzende Schutz gewährleistet, den eigentlichen, kreativen und wertvollen Impetus des Programms zu schützen.").

¹³¹³ Zie op dit punt bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, "UrhG § 69 a Gegenstand des Schutzes" in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 9

¹³¹⁴ Zie: H.v.J. 2 mei 2012, C-406/10 (*SAS Institute*), r.o. 37 en 39 en H.v.J. 22 december 2010, C-393/09 (*Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury*), r.o. 41.

B.2. Relevante referentie-incorporaties

Binnen het computerprogramma-auteursrecht is het vervolgens al evenmin geheel duidelijk hoe de begrippen ‘computerprogramma’, ‘uitdrukkingwijze van een computerprogramma’ en het ‘voorbereidend materiaal van een computerprogramma’, zich dan precies vertalen naar aanwijzingen rond het volgende: het soort zintuiglijk waarneembare manifestaties die het computerprogramma-auteursrecht als relevante referentie-incorporaties ziet voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming. Op grond van de inrichting van het computerprogramma-auteursrecht als een niet-registerrecht en de uitdrukkelijk bepalingen die aangeven dat de bescherming van dit recht zich uitstrekt tot ‘computerprogramma’s’, de ‘uitdrukkingwijze in welke vorm ook’ van een ‘computerprogramma’ en het ‘voorbereidend materiaal’ van een computerprogramma, blijkt het gebruikelijk om aan te nemen dat het volgende soort zintuiglijk waarneembare manifestaties kan kwalificeren als relevante referentie-incorporaties in het kader van het computerprogramma-auteursrecht: zintuiglijk waarneembare manifestaties die het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken vertonen die het computerprogramma-auteursrecht vereist als basis voor een beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming. Als relevante referentie-incorporaties binnen het computerprogramma-auteursrecht moeten we dus rekening houden met zintuiglijk waarneembare manifestaties die op grond van hun zintuiglijk waarneembare kenmerken kunnen kwalificeren als een ‘computerprogramma’, de ‘uitdrukkingwijze’ van een ‘computerprogramma’ en het ‘voorbereidend materiaal’ van een computerprogramma. Concreet betekent dit dat in elk geval quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma en de beschrijvingen van een computerprogramma in doel- of broncode kunnen kwalificeren als relevante referentie-incorporaties binnen het computerprogramma-auteursrecht¹³¹⁵. Daarnaast is dus aan te nemen dat in beginsel ook andere soorten zintuiglijk waarneembare manifestatie relevante referentie-incorporaties kunnen uitmaken binnen het computerprogramma-auteursrecht indien gegeven is dat zij kunnen ‘leiden tot het computerprogramma dan wel de reproductie ervan¹³¹⁶’. Het gegeven dat de afbakening van de relevante referentie-incorporaties bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van het computerprogramma-auteursrecht zich richt naar de vaststelling van het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die dit recht vereist als basis voor deze beoordeling, leidt wat deze *andere* soorten zintuiglijk waarneembare manifestatie betreft dan echter tot het volgende: de hierboven besproken punten van discussie rond het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die als basis kunnen gelden voor de beoordeling rond het toekennen bescherming op grond van het computerprogramma-auteursrecht, werken ook door in de afbakening van de zintuiglijk waarneembare manifestaties die, *naast* de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma en de beschrijvingen van een computerprogramma in doel- of broncode, eventueel

¹³¹⁵ Zie in dit verband bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 a Gegenstand des Schutzes” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 4; D. BAINBRIDGE, *Intellectual Property*, Harlow, Pearson 2007, p. 230 e.v.; Zie ook: D. KARJALA, “A Coherent Theory for the Copyright Protection of Computer Software and Recent Judicial Interpretations”, *U.Cin.L.Rev.* 1997-1998, p. 65-66 M.-C. JANSSENS en S. VAN DE MOSSELAER, “Het arrest SAS Institute: een toepassing van de idee-expressie dichotomie op computerprogrammatuur”, *SEW* 2013, p. 235-236; H.v.J. 2 mei 2012, C-406/10 (*SAS Institute*), r.o. 37-38 en H.v.J. 22 december 2010, C-393/09 (*Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury*), r.o. 35-37.

¹³¹⁶ In dit verband is op te merken dat het Hof van Justitie, zoals aangegeven, niet meteen laat verstaan dat de beschermde uitdrukkingwijze van een ‘computerprogramma’ zou beperkt zijn tot de ‘bron- en de doelcode’. Zie bijvoorbeeld: H.v.J. 22 december 2010, C-393/09 (*Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury*), r.o. 35 (“Bijgevolg verleent deze richtlijn bescherming aan de uitdrukkingwijze, in welke vorm dan ook, van een computerprogramma, voor zover deze de mogelijkheid biedt om het computerprogramma te reproduceren in verschillende computertalen, zoals de bron- en de doelcode.”); Zie op dit punt bijvoorbeeld ook: B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 32 (“However, from the point at which such preliminary design material could be appropriated by an unauthorized person who could make from it a ‘program’ which would be a derivative work based on that design material, protection under the Directive should apply. In reality, this issue has always to be resolved on a case by case basis by national courts according to the normal criteria of copyright law, given that exactly the same problem can occur in the case of a detailed plan for a film script, or the outline draft of a play.”).

eveneens kunnen kwalificeren als relevante referentie-incorporaties met het oog op het doorvoeren van deze beoordeling.

C. Het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis*

Als basis voor de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming, vereisen het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* beiden een zelfde soort relevante referentie-incorporatie, met name een ‘databank’. Beide rechten definiëren een ‘databank’ daarbij als: “*een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen, systematisch of methodisch geordend, en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk.*¹³¹⁷” Binnen beide rechten geldt daarbij ook dat de computerprogramma’s die gebruikt worden bij de fabricage of bij de werking van met elektronische middelen toegankelijke databanken, als zodanig, geen bescherming kunnen genieten op grond van het *sui generis* recht rond databanken¹³¹⁸. Het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* achten echter verschillende soorten zintuiglijk waarneembare kenmerken die een ‘databank’ dankt aan een resultaat van inspanningen, relevant als basis voor de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming. Het databankenrecht *sui generis* richt zich in dit verband naar zintuiglijk waarneembare kenmerken van een ‘databank’ die de ‘inhoud’ weergeven of incorporeren van deze ‘databank’¹³¹⁹. Het databanken-auteursrecht daarentegen peilt in dit verband naar zintuiglijk waarneembare kenmerken van een ‘databank’ die de ‘keuze of de rangschikking’ weergeven of incorporeren van de inhoud van deze databank¹³²⁰.

In dit onderdeel gaan we nu dieper in op de criteria die het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* hanteren om te bepalen of een relevante referentie-incorporatie het vereiste soort zintuiglijk waarneembare kenmerken dankt aan een resultaat van inspanningen om als basis te kunnen gelden voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming¹³²¹. Daarbij bespreken we eerst (C.1.) welke richtlijnen het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* aanreiken om een ‘databank’ te identificeren, het soort zintuiglijk waarneembare manifestatie dat zij beiden vereisen als relevante referentie-incorporatie. Daarna gaan we dieper in op de onderscheiden aanwijzingen die (C.2.) het databanken-auteursrecht en (C.3.) het databankenrecht *sui generis* bieden rond het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een ‘databank’ moet danken aan een resultaat van inspanningen om als basis te kunnen gelden voor de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming.

C.1. Relevante referentie-incorporatie binnen het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis*: een ‘databank’

Zowel het databanken-auteursrecht als het databankenrecht *sui generis*, beiden geen registerrechten, vragen voor het toekennen van hun bescherming, zoals aangegeven, dat sprake is van een specifiek soort referentie-incorporatie, met name een ‘databank’. Beide rechten definiëren een ‘databank’ daarbij zoals gezegd als: “*een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen, systematisch of methodisch geordend, en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk.*¹³²²”

De precieze afbakening van het soort zintuiglijk waarneembare manifestaties dat kan kwalificeren als een ‘databank’ heeft daarbij reeds aanleiding gegeven tot veel discussie. Doorheen de rechtspraak en rechtsleer hebben zich echter wel een aantal richtlijnen en punten van houvast ontwikkeld rond de interpretatie van het begrip ‘databank’. Als overkoepelende richtlijn geldt met name dat de notie ‘databank’ zijn specificiteit ontleent aan een

¹³¹⁷ Zie: art. 1.2. Richtlijn Databanken en art. I.13., 6° WER (oud art. 2, 1° Wet Databanken en art. 20bis, lid 3 Auteurswet).

¹³¹⁸ Uitdrukkelijk in die zin: art 1.3. Richtlijn Databanken en art. XI.306., lid 3 WER (oud art. 3, lid 3 Wet Databanken).

¹³¹⁹ Art. 7.1. Richtlijn Databanken en art. XI.306., lid 1 WER (oud art. 3, lid 1 Wet Databanken).

¹³²⁰ Art. 3.1. Richtlijn Databanken en art. XI.186., lid 1 WER (oud art. 20bis, lid 1 Auteurswet).

¹³²¹ Bij deze richtlijnen rond de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen relevante referentie-incorporaties gaat het dan, zoals aangegeven, met name om het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie voor het toekennen van bescherming moet danken aan een resultaat van inspanningen, nog los van de vraag of deze kenmerken staven dat ze de inspanningen vroegen die vereist zijn voor het toekennen van bescherming.

¹³²² Zie: art. 1.2. Richtlijn Databanken en art. I.13., 6° WER (oud art. 2, 1° Wet Databanken en art. 20bis, lid 3 Auteurswet).

functioneel criterium: de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie moet kunnen kwalificeren als een systeem voor de opslag en de verwerking van informatie¹³²³. Dit overkoepelende, functionele criterium dient dan als leidraad bij de interpretatie van de parameters die vervat liggen in de omschrijving van de notie ‘databank’ binnen de regelgeving. Het gaat daarbij dan met name om de volgende specifieke parameters: (C.1.1.) het voorliggen van een verzameling van elementen, (C.1.2.) de zelfstandigheid van de elementen binnen deze verzameling, (C.1.3.) de afzonderlijke toegankelijkheid van de elementen binnen deze verzameling via een elektronisch of een ander middel en (C.1.4.) de systematisch of methodisch ordening van de elementen binnen deze verzameling. Daarna (C.1.5.) staan we ook kort stil bij het gegeven dat zowel voor het databanken-auteursrecht als het databankenrecht *sui generis* uitdrukkelijk geldt dat hun bescherming zich niet uitstrekt tot de computerprogramma’s die gebruikt worden bij de fabricage of de werking van met elektronische middelen toegankelijke databanken¹³²⁴.

C.1.1. Verzameling van elementen

Opdat een zintuiglijk waarneembare manifestatie zou kunnen kwalificeren als een ‘databank’ moet deze manifestatie dus ten eerste een ‘verzameling van elementen’ uitmaken. De notie ‘elementen’ binnen de omschrijving van het databank-begrip is daarbij erg breed op te vatten. Het kan daarbij zowel gaan om literaire, artistieke of muzikale incorporaties van inspanningen als om ander materiaal, zoals tekst, geluid, beeld en cijfers¹³²⁵. We kunnen stellen dat de notie ‘element’ zich probleemloos uitstrekt tot bijna elke, enigszins duurzame¹³²⁶, weergave in symbolen van om het even welke feiten of zintuiglijk waarneembare manifestaties. Er is daarentegen wel discussie of concrete zintuiglijk waarneembare manifestaties zelf, bijvoorbeeld de concrete beeldhouwwerken van een museum, kunnen kwalificeren als elementen van een databank¹³²⁷. Wat het voorliggen van een ‘verzameling’ van dergelijk ‘elementen’ betreft, heeft de rechtspraak gesteld dat er geen vereiste geldt dat het daartoe moet gaan om een aanzienlijk aantal elementen¹³²⁸. De rechtspraak heeft daarbij ook duidelijk gemaakt dat het voor de vaststelling van een ‘verzameling’ van elementen, in de zin van het ‘databank’-begrip, niet uitmaakt of de betrokken elementen afkomstig zijn uit één of meerdere andere bronnen dan wel of een persoon deze elementen zelf creëerde en opnam in de verzameling¹³²⁹. De omvang van het aantal elementen binnen de verzameling en of het daarbij om zelf gecreëerde elementen gaat, zullen echter wel belangrijke factoren zijn bij een andere vraag met name of de eventuele ‘databank’ ook blijkt geeft van een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantiële investering in de verkrijging, de controle of de presentatie van zijn inhoud. Zoals aangegeven, moet een dergelijk substantiële investering op dit vlak voorliggen opdat een ‘databank’ ook inderdaad aanleiding zou geven tot bescherming op grond van het *sui generis* recht rond databanken.

¹³²³ Zie in die zin: H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 27-28 en A. QUAEDVLIEG, “Onafhankelijk, geordend en toegankelijk: het object van het databankenrecht in de richtlijn”, *AMI* 2000, p. 177 e.v..

¹³²⁴ Zie: art. 1.3. Richtlijn Databanken en art. XI.306., lid 3 WER (oud art. 3, lid 3 Wet Databanken). Hierbij is op te merken dat de Belgische regeling rond het databanken-auteursrecht geen specifieke bepalingen bevat in die zin.

¹³²⁵ Zie in die zin Richtlijn Databanken, overweging 17.

¹³²⁶ In dit verband wijzen we erop dat het Hof van Justitie gesteld heeft dat het vervullen van de vereisten rond een systematische of methodische ordening en rond afzonderlijk toegankelijke elementen impliceren dat een verzameling van elementen binnen het databank-begrip een ‘vaste drager’ moet hebben. Zie in dit verband H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 30.

¹³²⁷ In de zin dat dit niet mogelijk is, bijvoorbeeld: H. HABERSTUMPF, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz”, *GRUR* 2003, p.18; M. LEISTNER, “Der neue Rechtsschutz des Datenbankherstellers - Überlegungen zu Anwendungsbereich, Schutzvoraussetzungen, Schutzzumfang sowie zur zeitlichen Dauer des Datenbankherstellerrechts gemäß §§ 87a ff. UrhG”, *GRURInt* 1999, p.820 e.v. en Voorz. Rb. Brussel 11 augustus 2005, *A&M* 2005, p. 430; In de zin dat dit wel mogelijk is, bijvoorbeeld: Landesgericht München, 5 mei 2003, *ZUM-RD* 2003, p. 492.

¹³²⁸ Zie: H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 24.

¹³²⁹ Zie: H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 25 (“*Om te beoordelen of sprake is van een databank in de zin van de richtlijn, is het niet van belang dat de verzameling bestaat uit gegevens die afkomstig zijn uit één of meerdere andere bronnen dan deze verzameling zelf, gegevens die door deze verzameling zijn gecreëerd dan wel gegevens die tot deze beide categorieën behoren.*”).

C.1.2. Zelfstandige elementen

De kwalificatie van een verzameling van elementen als ‘databank’, vereist daarnaast dus ook dat de betrokken elementen binnen de verzameling ‘zelfstandig’ zijn. Deze vereiste van zelfstandig zijn, vraagt daarbij dat het gaat om elementen met een onafhankelijk bestaan, met name in de zin dat het mogelijk is om de elementen van de verzameling van elkaar te scheiden zonder dat dit een aantasting tot gevolg heeft van de waarde van de betekenis of inhoud van deze elementen. In dit verband is dan in het bijzonder te denken aan de informatieve, literaire, artistieke of muzikale waarde van de betekenis of inhoud van deze elementen¹³³⁰. Concreet zal een element om ‘zelfstandig’ te zijn dus in staat moeten zijn om op zichzelf informatie te verschaffen¹³³¹.

Het zonet beschreven vereiste dat de elementen binnen de verzameling ‘zelfstandig’ moeten zijn, vormt daarbij in de praktijk dan het argument om te stellen dat bijvoorbeeld films, boeken, of liederen, ook in hun digitale vorm, geen aanleiding kunnen geven tot een bescherming op grond van het *sui generis* recht rond databanken¹³³². Het argument is dan met name dat het weliswaar mogelijk is om ‘elementen’ uit deze incorporaties van inspanningen af te zonderen, bijvoorbeeld afzonderlijke pixels of een sample, maar dat dit dan ook het volgende inhoudt: dat, minstens een deel, van de betekenis of inhoud verloren gaat die deze elementen ontleen aan het feit dat ze normaal gezien opgenomen zijn binnen het grotere geheel, van bijvoorbeeld de film, het boek of het lied¹³³³.

C.1.3. Afzonderlijk toegankelijk zijn via elektronische of andere middelen

Om een verzameling van elementen te kunnen kwalificeren als een ‘databank’ is het vervolgens dan ook nog vereist dat de betrokken elementen binnen de verzameling, via een elektronisch of een ander middel, ‘afzonderlijk toegankelijk’ zijn. Dit vereiste van ‘afzonderlijk toegankelijk’ zijn, vraagt met name dat het mogelijk is om elk zelfstandig element dat opgenomen is binnen de verzameling terug te vinden¹³³⁴. Rond de aard van het ‘middel’ om in deze afzonderlijk toegang te voorzien gelden geen verdere vereisten naast het feit dat het dus in staat moet zijn om de afzonderlijk toegankelijkheid te garanderen van elk zelfstandig element binnen de betrokken verzameling. De rechtspraak gaf in dit verband reeds aan dat het hierbij zowel om middelen kan gaan die steunen op een elektronische, elektromagnetische of elektro-optische werking als om bijvoorbeeld een index, een inhoudsopgave, een ordening of een bijzondere wijze van rangschikking¹³³⁵. Uit deze opsomming van de

¹³³⁰ Zie: H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 29 (“Voor de kwalificatie als databank geldt derhalve allereerst als voorwaarde, dat er sprake is van een verzameling van ‘zelfstandige elementen’, dat wil zeggen elementen die van elkaar kunnen worden gescheiden zonder dat daardoor de informatieve, literaire, artistieke of muzikale waarde of de waarde anderszins van de inhoud daarvan wordt aangetast.”).

¹³³¹ Zie in die zin ook: D. THUM, “UrhG § 87a Begriffsbestimmungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 12 (die in dit verband spreekt van “*sinnvoll strukturierte Informationseinheiten*”); Voor een concrete toepassing zie: H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 34 (“*Ofschoon het belang van een voetbalkampioenschap stellig bestaat in het feit dat de verschillende wedstrijden van het betrokken kampioenschap globaal in aanmerking worden genomen, neemt zulks immers niet weg dat de gegevens met betrekking tot datum, tijdschema en identiteit van de teams ter zake van een bepaalde wedstrijd een zelfstandige waarde hebben doordat zij belanghebbende derden de relevante informatie verschaffen.*”).

¹³³² Zie uitdrukkelijk in die zin: H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 29 (Waar het Hof rond het vereiste van zelfstandige elementen overweegt: “*Uit dien hoofde is volgens overweging 17 van deze richtlijn de vastlegging van een audiovisueel, cinematografisch, literair of muzikaal werk van het toepassingsgebied van de richtlijn uitgesloten.*”).

¹³³³ Uitgebreider in dit verband bijvoorbeeld: In die zin ook: D. THUM, “UrhG § 87a Begriffsbestimmungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 11.

¹³³⁴ Zie in dit verband H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 30 (waar sprake is van “*ieder zelfstandig element dat erin is opgenomen, op te zoeken.*”) en r.o. 32 (waar sprake is van “*een methode of systeem van welke aard dan ook bevat waardoor het mogelijk is elk van de elementen waaruit zij bestaat, terug te vinden*”).

¹³³⁵ Zie: H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 30 (waar het Hof aangeeft dat het in dit verband nodig is dat de verzameling “*een technisch middel bevat, zoals – in de bewoordingen van overweging 13 van deze richtlijn – een elektronische, elektromagnetische of elektro-optische verwerking, of een ander middel,*

technische middelen die volgens de rechtspraak in staat zijn om een ‘afzonderlijk toegankelijk’ te garanderen, blijkt volgens ons dan ook het volgende: het ‘afzonderlijk toegankelijk’ zijn, vereist niet dat het mogelijk moet zijn om elk element van de verzameling ‘individueel’ of ‘geïsoleerd’ te consulteren, dit wil zeggen zonder daarbij tegelijk ook de andere elementen van de verzameling waar te nemen¹³³⁶. Het opzoeken van het telefoonnummer van B. HAFER met adres X, aan de hand van de bijzondere rangschikking en ordening van telefoonnummers in een telefoonboek, zal bijvoorbeeld haast onvermijdelijk gepaard gaan met het overlopen van meerdere vermeldingen van de naam HAFER en veelal ook met het waarnemen van meerdere telefoonnummers. Dit gegeven op zich is volgens ons echter geen hinderpaal om te spreken van ‘afzonderlijk toegankelijke’ elementen. Om ‘afzonderlijk toegankelijk’ te zijn komt het er, zoals aangegeven, veeleer op aan dat er een middel is dat in de regel toelaat om uiteindelijk elk van de zelfstandige elementen binnen de betrokken verzameling terug te vinden.

Het zonet besproken vereiste van een afzonderlijk toegankelijkheid van elementen van de verzameling is uiteindelijk dus erg nauw verbonden met het vereiste van een systematische en methodische ordening van de elementen binnen deze verzameling¹³³⁷. De systematische en methodische ordening van de betrokken elementen zal immers zelf het eigenlijke middel zijn dat toelaat om elk element terug te vinden dan wel de leidraad vormen voor het concrete middel dat ingezet wordt om elk element terug te vinden.

C.1.4. Systematisch of methodisch ordening

Daarnaast vereist de kwalificatie van een verzameling van elementen als ‘databank’ dus ook nog dat de elementen binnen de betrokken verzameling ‘systematisch of methodisch geordend’ zijn. Dit vereiste van een systematische of methodische ordening stelt daarbij in wezen geen vereisten aan de manier waarop de elementen daadwerkelijk fysisch tegenover elkaar gepositioneerd zijn binnen een bepaald zintuiglijk waarneembare manifestatie¹³³⁸. Het vereiste van een systematische of methodische ordening vereist daarentegen wel dat elk ‘zelfstandig’ element van de verzameling ingepast en gelinkt is aan een ordening die toelaat om, langs systematische of methodische weg, uiteindelijk elk zelfstandig element terug te vinden van de verzameling¹³³⁹.

De strekking van dit vereiste van een systematische of methodische ordening, geeft daarbij dan meteen ook het criterium aan om te bepalen of een ordening van elementen in deze context als ‘systematisch’ of ‘methodisch’ te beschouwen is. Het moet gaan om een ordening die ook voor derden begrijpelijk is in de zin dat hun begrip van deze ordening hen ook in staat stelt om elk van de zelfstandige elementen terug te vinden binnen de betrokken verzameling¹³⁴⁰.

zoals een index, een inhoudsopgave of een ordening of bijzondere wijze van rangschikking welke het mogelijk maakt ieder zelfstandig element dat erin is opgenomen, op te zoeken.)

¹³³⁶ Deze indruk zou misschien kunnen ontstaan in het licht van de terminologie bij bijvoorbeeld: D. THUM, “UrhG § 87a Begriffsbestimmungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 13 (“*Einzelnen zugänglich ist ein Element, wenn es isoliert aus der Datenbank abgerufen werden kann*”) H. VANHEES, “De juridische bescherming van databanken”, (noot bij Brussel, 3 mei 2000) *I.R.D.I.* 2001, p. 41 („*individueel toegankelijk zijn*“).

¹³³⁷ In dit verband is op te merken dat het Hof van Justitie het vereiste van een afzonderlijk toegankelijkheid van elementen en het vereiste van een systematische en methodische ordening als één vereiste behandelt. Zie: H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 30 e.v.

¹³³⁸ Zie Richtlijn Databanken, overweging 21 (“*Overwegende dat de in deze richtlijn vastgelegde bescherming betrekking heeft op databanken waarin werken, gegevens of andere elementen systematisch of methodisch geordend zijn; dat dit materiaal niet op een materieel geordende wijze hoeft te zijn opgeslagen;*”) en H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 30 (“*Ofschoon volgens overweging 21 van de richtlijn deze systematische of methodische ordening niet materieel zichtbaar hoeft te zijn, ...*”).

¹³³⁹ Zie: H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 30; Zie in die zin ook: D. THUM, “UrhG § 87a Begriffsbestimmungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 19 (“*Entscheidend ist somit im Ergebnis die Verbindung des Datenbestandes mit einem Abfragemittel, das zielgerichtete Recherchen nach Einzelelementen in diesem Datenbestand ermöglicht (...). Erst hierdurch erreicht eine Datenbank ihre Funktion der Informationsverarbeitung.*”).

¹³⁴⁰ Zo geeft THUM aan dat een ordening als ‘systematisch’ of ‘methodisch’ zal gelden “(s)oweit diese Kriterien für einen Dritten „nachvollziehbar“ sind und damit die Wiederauffindbarkeit der einzelnen Elemente prinzipiell gegeben ist, ...”) D. THUM, “UrhG § 87a Begriffsbestimmungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 27; Zie ook: E. Derclaye, “What is a Database?”

Vanuit die optiek is aan te nemen dat geen sprake kan zijn van een systematische of methodische ordening bij een ordening van elementen naar subjectieve criteria die niet meteen begrijpelijk zijn voor derden¹³⁴¹. Zolang ze begrijpelijk is voor derden, gelden voor het overige echter geen hoge eisen rond de aard van de systematiek of de methodiek van de betrokken ordening. Een louter alfabetische, numerieke, chronologische of thematische ordening zal veelal reeds voldoende zijn om te spreken van een systematische of methodische ordening in de zin van het databank-begrip¹³⁴². Op het vlak van de achterliggende logica van de systematiek of methodiek houdt het vereiste van een systematische of methodische ordening van elementen veeleer een *de minimis* criterium. In zoverre gegeven is dat elk zelfstandig element van de verzameling terug te vinden is, trekt dit *de minimis* criterium de grens bij volstrekt ongeordende en al te subjectief geordende verzamelingen van elementen¹³⁴³.

Ten slotte, is dan ook nog op te merken dat de rechtspraak er reeds op wees dat de vereisten rond een systematische of methodische ordening en rond afzonderlijk toegankelijke elementen ook impliceren dat een verzameling van elementen binnen het databank-begrip een “*vaste drager*” moet hebben¹³⁴⁴. Hierbij is aan te nemen dat het enkel om de praktische vereiste gaat dat een verzameling van elementen ook een zintuiglijk waarneembare manifestatie moet hebben om te kunnen kwalificeren als een databank en om aanleiding te kunnen geven tot bescherming op grond van het *sui generis* recht rond databanken. Het gaat dan met name om de praktische vaststelling dat een verzameling van elementen zintuiglijk waarneembaar en voldoende duurzaam moet zijn om, doorheen de tijd, elk van haar elementen ook telkens nog te kunnen terugvinden, aan de hand van de systematische of methodische ordening van deze elementen¹³⁴⁵.

C.1.5. Uitsluiting rond computerprogramma's

Ten slotte, gaan we zoals gezegd ook nog kort in op het gegeven dat, zowel voor het databanken-auteursrecht als het databankenrecht *sui generis*, uitdrukkelijk geldt dat hun bescherming zich niet uitstrekt tot de computerprogramma's die gebruikt worden bij de fabricage of de werking van met elektronische middelen toegankelijke databanken¹³⁴⁶. Het idee achter deze bepaling is dan met name om in een taakverdeling te voorzien tussen het computerprogramma-auteursrecht, enerzijds, en het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis*, anderzijds¹³⁴⁷.

– A Critical Analysis of the Definition of a Database in the European Database Directive and Suggestions for an International Definition”, *Journal of World Intellectual Property* 2002, p. 992 (“*the arrangement must be sufficiently useful, i.e. that a sufficient number of people must be able to use the collection in order for it to qualify as a database*”).

¹³⁴¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: H. SENDROWSKI, “Zum Schutzrecht ‘*sui generis*’ an Datenbanken”, *GRUR* 2005, p.370 en A. QUAEDVLIEG, “Onafhankelijk, geordend en toegankelijk: het object van het databankenrecht in de richtlijn”, *AMI* 2000, p. 182.

¹³⁴² Zie in dit verband bijvoorbeeld: A. BEUNEN, *Protection for databases: the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, p.55 e.v..

¹³⁴³ Zie in die zin bijvoorbeeld: H. HABERSTUMPF, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz”, *GRUR* 2003, p. 18-19 (“*Mit dem Merkmal der systematischen oder methodischen Anordnung, die auch ästhetischer Natur sein kann, werden nach allgemeiner Ansicht nur zufällig oder willkürlich entstandene Datenhaufen vom Datenbankbegriff ausgenommen.*”); Vergelijk ook: A. BEUNEN, *Protection for databases: the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, p. 56-57; Vergelijk op dit vlak ook: H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 31 (“*Deze tweede voorwaarde maakt het mogelijk een databank in de zin van de richtlijn, welke wordt gekenmerkt door een middel om daarbinnen elk van de elementen waaruit zij bestaat, terug te vinden, te onderscheiden van een verzameling elementen die informatie verschaft maar geen enkel middel bevat om de individuele elementen waaruit zij bestaat te verwerken.*”).

¹³⁴⁴ Zie: H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 30.

¹³⁴⁵ In die zin ook: D. THUM, “UrhG § 87a Begriffsbestimmungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 22 (die bovendien aangeeft dat het bij deze “*implizit erforderliche materielle Fixierung einer Datenbank*” wellicht enkel gaat om een “*Erfordernis der ,wahrnehmbaren Formgebung’ als allgemeine Schutzvoraussetzung*”).

¹³⁴⁶ Zie: art. 1.3. Richtlijn Databanken en art. XI.306., lid 3 WER (oud art. 3, lid 3 Wet Databanken). Hierbij is op te merken dat de Belgische regeling rond het databanken-auteursrecht geen specifieke bepalingen bevat in die zin.

¹³⁴⁷ Zie in dit verband: Richtlijn Databanken, overweging 23.

Sommige auteurs hebben in dit verband echter reeds aangegeven dat het in de praktijk zeer moeilijk zal zijn om steeds een onderscheid te maken tussen ‘databanken’ en ‘computerprogramma’s’¹³⁴⁸. Zij wijzen er met name op dat vele onderdelen van computerprogramma’s immers vaak zullen kwalificeren als een ‘databank’ omdat het nu eenmaal gaat om een verzameling van zelfstandige elementen die systematisch of methodisch geordend zijn en die ook afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk zijn¹³⁴⁹.

Andere auteurs daarentegen zien het afbakenen van ‘databanken’ en ‘computerprogramma’s’ als veel minder problematisch. Volgens hen is het immers mogelijk om zich in dit verband te richten naar het criterium of een zintuiglijk waarneembare manifestatie al dan niet de geschiktheid heeft om instructies te geven aan een computersysteem om dit computersysteem een bepaalde taak te laten uitvoeren. Beschikt een zintuiglijk waarneembare manifestatie over een dergelijke geschiktheid om instructies te geven aan een computersysteem, dan is volgens deze auteurs duidelijk dat het om een ‘computerprogramma’ gaat en dat de bescherming van het databanken-auteursrecht en van het databankenrecht *sui generis* zich niet uitstrekken tot deze zintuiglijk waarneembare manifestatie¹³⁵⁰.

C.1.6. Synthese

De interpretatie van de zonet aangehaalde, cumulatieve parameters van het databank-begrip heeft de rechtspraak reeds doen besluiten dat de notie ‘databank’ als volgt te verduidelijken is. Het gaat om “*iedere verzameling die werken, gegevens of andere elementen bevat die van elkaar kunnen worden gescheiden zonder dat de waarde van de inhoud ervan daardoor wordt aangetast, en die een methode of systeem van welke aard dan ook bevat waardoor het mogelijk is elk van de elementen waaruit zij bestaat, terug te vinden.*”¹³⁵¹ Ondanks deze verduidelijking en de hierboven aangehaalde richtlijnen en punten van houvast, stellen we echter niettemin vast dat de vraag of concrete zintuiglijk waarneembare manifestaties kunnen kwalificeren als een ‘databank’ voor verdeeldheid blijft zorgen.

C.2. Relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken van een ‘databank’ binnen het databankenrecht *sui generis*

Als concrete basis voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, richt het databankenrecht *sui generis* zich, zoals aangegeven, naar die zintuiglijk waarneembare kenmerken die een ‘databank’ dankt aan een resultaat van inspanningen en die de ‘inhoud’ weergeven of incorporeren van deze databank. De regelgeving rond het databankenrecht *sui generis* geeft daarbij geen uitdrukkelijke definitie van de notie ‘inhoud’. In het kader van het databankenrecht *sui generis* vinden we echter niettemin meerdere punten van houvast terug met het oog op het identificeren van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die de ‘inhoud’ weergeven of incorporeren van een databank. In de eerste plaats blijkt uit de overwegingen bij de Richtlijn Databanken alvast dat de ‘elementen’ die de ‘inhoud’ kunnen uitmaken van een databank, zoals gezegd, erg breed op te vatten zijn¹³⁵². Zoals aangegeven kunnen we stellen dat de notie ‘element’ zich probleemloos uitstrekt tot bijna elke, enigszins duurzame, weergave in symbolen van om het even welke feiten of zintuiglijk waarneembare manifestaties. Dit betekent overigens ook dat de notie ‘inhoud’ van een databank zich ook uitstrekt tot elementen die data bevatten rond de ordening van elementen binnen de databank, zogeheten metadata¹³⁵³. In de tweede plaats menen wij dat de rechtspraak van het

¹³⁴⁸ Zie in die zin, bijvoorbeeld: M. DAVISON, *The legal protection of databases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 74 en C. OHST, *Computerprogramm und Datenbank. Definition und Abgrenzung im Urheberrecht. Eine Untersuchung beider begriffe und ihrer Wechselbeziehung im Urheberrechtssystem der Informationsgesellschaft*, Frankfurt, Peter Lang, 2003, p. 161 e.v..

¹³⁴⁹ Zie uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: M. DAVISON, *The legal protection of databases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 74.

¹³⁵⁰ Zie bijvoorbeeld: H. HABERSTUMPF, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz”, *GRUR* 2003, p. 17 e.v..

¹³⁵¹ Zie: H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 32.

¹³⁵² Zie in die zin: Richtlijn Databanken, overweging 17 (“*Overwegende dat onder de term databank moet worden verstaan iedere verzameling van literaire, artistieke, muzikale of andersoortige werken, of van enig ander materiaal, zoals tekst, geluid, beeld, cijfers, feiten, gegevens; ...*”).

¹³⁵³ Vergelijk in die zin bijvoorbeeld: D. THUM, “UrhG § 87b Rechte des Datenbankherstellers” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 8 (“*Zu den Elementen einer Datenbank, die „Teile“ ihres Inhalts sein können, zählen dabei aber nicht nur die in ihr enthaltenen Daten selbst,*

Europese Hof van Justitie aangeeft dat enkel de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een verzameld geheel van elementen, niet de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een afzonderlijk element, relevant kunnen zijn als basis voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van het databankenrecht *sui generis*. Dit blijkt volgens ons met name uit het feit dat het Hof, in het kader van zijn interpretatie van de notie van een ‘in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van de inhoud’ van een ‘databank’ overweegt dat: “...de intrinsieke waarde van de opgevraagde of hergebruikte elementen geen relevant criterium is voor de beoordeling of het betrokken deel een substantieel karakter heeft.”¹³⁵⁴ Rond het identificeren van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die de ‘inhoud’ weergeven of incorporeren van een databank, beschikken we, in de derde plaats, ook over aanwijzingen door de interpretatie die het Europese Hof van Justitie reeds gaf rond: “de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud”¹³⁵⁵. Het Hof legt de begrippen ‘verkrijging’, ‘controle’ en ‘presentatie’ daarbij vooral uit in het licht van de gerichtheid die een investering dient te hebben om relevant te zijn in het licht van het toekennen van bescherming op grond van het databankenrecht *sui generis*, een punt waar we later dieper op in gaan. Voorlopig beperken we ons tot de essentie van de interpretatie die het Hof gaf aan de betrokken begrippen. Het begrip investering in de ‘verkrijging’ van de inhoud duidt, volgens het Hof, op de middelen die worden aangewend om bestaande elementen te verkrijgen en in de databank te verzamelen. ‘Verkrijging’ strekt zich volgens het Hof niet uit tot de middelen die worden aangewend voor het creëren van de elementen die de inhoud vormen van een databank¹³⁵⁶. Rond de notie investering in de ‘controle’ van de inhoud heeft het Hof geoordeeld dat dit slaat op de middelen die worden aangewend voor de controle van de juistheid van de gezochte elementen, zowel bij de samenstelling van de databank als tijdens het functioneren ervan, teneinde de betrouwbaarheid van de informatie in deze databank te waarborgen. Middelen die worden aangewend voor de controle in de fase waarin elementen worden gecreëerd, die vervolgens in een databank worden opgenomen, vallen volgens het Hof niet onder dit begrip ‘controle’¹³⁵⁷. De investering in de ‘presentatie’ van de inhoud, ten slotte, betreft, volgens het Hof, de middelen die worden aangewend om de databank gegevens te kunnen laten verwerken, wat het Hof daarbij preciseert als hetgeen gedaan is met het oog op de systematische of methodische ordening van de in de databank opgenomen elementen en de organisatie van de afzonderlijke toegankelijkheid daarvan¹³⁵⁸. Hoewel het Hof de begrippen ‘verkrijging’, ‘controle’ en ‘presentatie’ dus niet linkt aan specifieke zintuiglijk waarneembare kenmerken van een ‘databank’, volgt uit de interpretatie van het Hof rond deze begrippen niettemin alvast een belangrijke aanwijzing rond het identificeren van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die als weergave of incorporatie van de ‘inhoud’ van een databank relevant zijn als basis voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van het databankenrecht *sui generis*: zintuiglijk waarneembare kenmerken die elementen van de databank danken aan inspanningen in de fase van het creëren van de betrokken elementen, voorafgaand aan de fase van het verkrijgen en opnemen ervan in de ‘databank’, zijn niet relevant voor deze

sondern genauso auch die für den Betrieb und die Abfrage der Datenbank erforderlichen Elemente, also das Abfrageschema, der Index oder der Thesaurus, nicht hingegen das zum Betrieb einer elektronischen Datenbank erforderliche Computerprogramm (.)” H. HABERSTUMPF, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz”, *GRUR* 2003, p. 21 (“*Index oder Thesaurus nehmen in einer Datenbanklösung insofern eine gewisse Sonderstellung ein, als sie für sich schon als eine Sammlung in der Sammlung aufgefasst werden können. Für sie kommt ein urheberrechtlicher Schutz in ihrer Einbindung in die Struktur, aber auch als selbstständiger Teil einer Datenbank in Betracht.*”); Zie ook Richtlijn Databanken, overweging 20: (“*Overwegende dat de bij deze richtlijn toegekende bescherming ook kan gelden voor de voor de werking of de raadpleging van sommige databanken noodzakelijke onderdelen, zoals de thesaurus en de indexeringsystemen,*”).

¹³⁵⁴ H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 72.

¹³⁵⁵ Art. 7.1. Richtlijn Databanken.

¹³⁵⁶ H.v.J. 9 november 2004, C-46/02 (*Fixtures Marketing t. Oy Veikkaus*), r.o. 49; H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 42; H.v.J. 9 november 2004, C-338/02 (*Fixtures Marketing t. Svenska Spel*), r.o. 37; H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 53.

¹³⁵⁷ H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 42. In dezelfde zin: H.v.J. 9 november 2004, C-46/02 (*Fixtures Marketing t. Oy Veikkaus*), r.o. 37; H.v.J. 9 november 2004, C-338/02 (*Fixtures Marketing t. Svenska Spel*), r.o. 27; H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 43.

¹³⁵⁸ H.v.J. 9 november 2004, C-46/02 (*Fixtures Marketing t. Oy Veikkaus*), r.o. 37 (“*Het begrip investering in de presentatie van de inhoud van de betrokken databank betreft op zijn beurt de middelen die worden aangewend om deze databank gegevens te kunnen laten verwerken, dat wil zeggen hetgeen is gedaan met het oog op de systematische of methodische ordening van de in deze databank opgenomen elementen en de organisatie van de afzonderlijke toegankelijkheid daarvan.*”) Zie ook: H.v.J. 9 november 2004, C-338/02 (*Fixtures Marketing t. Svenska Spel*), r.o. 27; H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 43.

beoordeling. Later, als we de interpretatie van de begrippen ‘verkrijging’, ‘controle’ en ‘presentatie’ verder ontleden als aanwijzingen rond de gerichtheid van investeringen in de databank, gaan we ook dieper in op dit onderscheid tussen deze beide fasen.

C.3. Relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken van een ‘databank’ binnen het databanken-auteursrecht

Als concrete basis voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, richt het databanken-auteursrecht zich daarentegen, zoals gezegd, naar die zintuiglijk waarneembare kenmerken die een ‘databank’ dankt aan een resultaat van inspanningen en die de ‘keuze of de rangschikking’ weergeven of incorporeren van de inhoud van deze databank. De regelgeving rond het databanken-auteursrecht geeft in dit verband evenmin een uitdrukkelijke definitie van de noties ‘keuze’ of ‘rangschikking’. Binnen het databanken-auteursrecht vinden we echter meerdere punten van houvast om de zintuiglijk waarneembare kenmerken te identificeren die de ‘keuze of de rangschikking’ weergeven of incorporeren van de inhoud van deze databank. In de eerste plaats geven de overwegingen bij de Richtlijn Databanken aan dat de bescherming die het databanken-auteursrecht toekent naar aanleiding van een eigen intellectuele schepping rond de ‘keuze’ of de ‘rangschikking’ van de inhoud van een databank, alleen betrekking heeft op de structuur van de databank¹³⁵⁹, de keuze of de rangschikking van het in een databank vervatte materiaal¹³⁶⁰. In de tweede plaats stelt de Richtlijn Databanken ook uitdrukkelijk het volgende: “*De auteursrechtelijke bescherming van databanken in deze richtlijn betreft niet de inhoud van die databanken en laat de bestaande rechten op die inhoud onverlet.*”¹³⁶¹ Op grond van de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie is aan te nemen dat ‘inhoud’ hierbij slaat op zowel het verzameld geheel van de elementen binnen een ‘databank’ als op de afzonderlijke elementen binnen een ‘databank’¹³⁶². Daarnaast, heeft het Europese Hof van Justitie bovendien ook de volgende precisering gegeven rond de interpretatie van de begrippen ‘keuze’ en ‘rangschikking’ van de inhoud van een ‘databank’: “*In dit verband betreffen de begrippen ‘keuze’ en ‘rangschikking’... respectievelijk de selectie en de ordening van gegevens, waarmee de maker structuur aanbrengt in de databank. Deze begrippen hebben evenwel geen betrekking op de creatie van de in de databank opgenomen gegevensitems.*”¹³⁶³ In de context van het identificeren van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die als weergave of incorporatie van de ‘keuze’ of ‘rangschikking’ van de inhoud van een databank relevant zijn als basis voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van het databanken-auteursrecht geldt, volgens het Hof, dus eveneens het volgende: zintuiglijk waarneembare kenmerken die elementen van de databank danken aan inspanningen in de fase van het creëren van de betrokken elementen, voorafgaand aan de fase van het verkrijgen en opnemen ervan in de ‘databank’, zijn niet relevant voor deze beoordeling¹³⁶⁴. Voor een meer

¹³⁵⁹ Richtlijn Databanken, overweging 15 (“*Overwegende dat het enige criterium om te bepalen of een databank in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming moet zijn dat zij door de keuze of de rangschikking van haar inhoud een eigen intellectuele schepping van de maker vormt; dat deze bescherming betrekking heeft op de structuur van de databank;*”).

¹³⁶⁰ Richtlijn Databanken, overweging 35 (“*Overwegende dat het in deze richtlijn beoogde auteursrecht alleen van toepassing is op de keuze of de rangschikking van het in een databank vervatte materiaal,...*”).

¹³⁶¹ Art. 3.2. Richtlijn Databanken. Vergelijk op dit vlak ook: art. XI.186., lid 2 WER (oud art. 20bis, lid 2 Auteurswet). (“*De bescherming van databanken op grond van het auteursrecht geldt niet voor de werken, de gegevens of de elementen zelf en laat de bestaande rechten op de werken, gegevens of andere elementen vervat in de databank onverlet.*”) en art. 10.2 TRIPS-Verdrag (“*Verzamelingen van gegevens of ander materiaal, in machine-leesbare dan wel in andere vorm, die door de keuze of rangschikking van de stof een schepping van de geest vormen, worden als zodanig beschermd. Deze bescherming, die zich niet uitstrekt tot de gegevens of het materiaal zelf, laat de auteursrechten inherent aan de gegevens of het materiaal zelf onverlet.*”).

¹³⁶² Zie in dit verband: H.v.J. 1 maart 2012, C-604/10 (*Football Dataco et al. t. YAHOO UK*), r.o. 30 (Hierbij is op te merken dat de versie van dit arrest in het Engels, dat overigens de procestaal op dit punt veel duidelijker is dan de Nederlandse vertaling van dit arrest. In de Engelse versie luidt deze overweging: “*Firstly, it is apparent from reading Article 3(2) in conjunction with recital 15 of Directive 96/9 that the copyright protection provided for by that directive concerns the ‘structure’ of the database, and not its ‘contents’ nor, therefore, the elements constituting its contents.*”) In die zin ook: Cass. 11 mei 2001, *I.R.D.I.* 2002, p. 165.

¹³⁶³ H.v.J. 1 maart 2012, C-604/10 (*Football Dataco et al. t. YAHOO UK*), r.o. 32.

¹³⁶⁴ Conclusie van Advocaat Generaal P. MENGOZZI van 15 december 2001 in C-604/10 (*Football Dataco et al. t. YAHOO UK*), overweging 32 (“*...Met andere woorden, het toevoegen van een wezenlijke inhoud aan reeds bestaande gegevensitems – door deze gegevens in een databank in te voeren – kan een „keuze of [...] rangschikking” vormen die voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking kan worden genomen. Mijns*

uitgebreide ontleding van het onderscheid tussen deze beide fasen, verwijzen we opnieuw naar de bespreking van de interpretatie van de begrippen ‘verkrijging’, ‘controle’ en ‘presentatie’ als aanwijzingen rond de gerichtheid van investeringen in de databank waarbij, zoals aangegeven een zelfde onderscheid centraal staat. Ten slotte, is op te merken dat met name bijvoorbeeld LEISTNER reeds aangegeven heeft dat de zintuiglijk waarneembare kenmerken die de ‘keuze’ of de ‘rangschikking’ weergeven of incorporeren van de inhoud van een databank blijken uit het ‘Gewebe’, het ‘weefsel’, dat de gekozen en geordende concrete elementen van een databank samenhoudt¹³⁶⁵.

Specifiek in het licht van de uitdrukkelijk verwijzing die het databanken-auteursrecht maakt naar ‘*de rangschikking van de stof*’ binnen een ‘databank’ stelde zich in het verleden reeds de vraag welke soort zintuiglijk waarneembare kenmerken van een databank dan precies relevant zijn om deze rangschikking vast te stellen. In het geval van een niet-elektronische ‘databank’ is het nog vrij voor de hand liggend dat we ons in dit verband moeten richten naar de zintuiglijk waarneembare positie die elementen van de ‘databank’, ten gevolge van hun ordening in bijvoorbeeld tabellen en kolommen, tegenover elkaar zijn gaan innemen binnen de incorporatie van deze ‘databank’¹³⁶⁶, onder meer binnen de index of thesaurus¹³⁶⁷. In het geval van een elektronische ‘databank’ was het echter de vraag of we ons voor het identificeren van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die als weergave of incorporatie gelden van de rangschikking van de elementen binnen een databanken dienen te richten naar: het *interne* aspect van de databank, met name de ordening van elementen op locaties binnen een geheugendrager of geheugenapparaat, het *externe* aspect van de databank, dit wil zeggen de ordening van elementen zoals deze verschijnt aan de gebruiker van de databank, dan wel, het *conceptuele* of *logische* aspect van de databank, met name de ordening van elementen in het licht van de onderlinge relaties tussen hun eigenschappen die volgt uit de uitwerking van het logische ontwerp van de databank in een bepaald databankmodel¹³⁶⁸. In dit verband stellen we vast dat er binnen de rechtsleer een zekere consensus gegroeid is dat het databankmodel als maatstaf geldt voor de vaststelling van de ‘rangschikking’ van de elementen van een elektronische databank en dat dit databankmodel van een

inziens lijdt het namelijk geen twijfel dat, naar de geest van de richtlijn, het feit dat het invoeren van gegevens in een databank een aanvullende waarde of betekenis aan deze gegevens toevoegt, in het kader van een algehele beoordeling relevant kan zijn voor de toekenning van auteursrechtelijke bescherming aan deze databank. Dat is overigens precies het doel van de bepaling, die beoogt te beschermen wat een databank op willekeurige wijze aan de daarin ingevoerde uitgangsgegevens „toevoegt”. De elementen die de wedstrijden van een voetbalkampioenschap kenmerken maken evenwel allemaal deel uit van de basisgegevens, en zijn geen product van het invoeren van deze gegevens in de databank.”)

¹³⁶⁵ M. LEISTNER, “Der neue Rechtsschutz des Datenbankherstellers - Überlegungen zu Anwendungsbereich, Schutzvoraussetzungen, Schutzzumfang sowie zur zeitlichen Dauer des Datenbankherstellerrechts gemäß §§ 87a ff. UrhG”, *GRUR Int.* 1999, p. 821 (“*Eben dieses sich in der Auswahl und Anordnung manifestierende gedankliche "Gewebe" einer Sammlung ist es, welches auch die Richtlinie urheberrechtlich schützen will, sofern es eine persönliche geistige Schöpfung darstellt.*”).

¹³⁶⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: Cass. 11 mei 2001, *I.R.D.I.* 2002, p. 165 (“*Dat uit deze bepalingen voortvloeit dat de vorm, de structuur, de schikking of nog de voorstellingswijze van een databank kunnen worden beschermd door het auteursrecht ; dat deze bescherming niet de inhoud van de databank betreft, zijnde de data zelf, met name de werken, gegevens of elementen;*”); In die zin ook: H. VANHEES, “De juridische bescherming van databanken” (noot bij Brussel, 3 mei 2000), *I.R.D.I.* 2001, p. 41 (Onder verwijzing naar art. 5 Richtlijn Databanken waar uitdrukkelijk sprake is van “*de voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komende uitdrukkingvorm van de databank*”).

¹³⁶⁷ Vergelijk in die zin bijvoorbeeld: H. HABERSTUMPF, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz”, *GRUR* 2003, p. 21 (“*Index oder Thesaurus nehmen in einer Datenbanklösung insofern eine gewisse Sonderstellung ein, als sie für sich schon als eine Sammlung in der Sammlung aufgefasst werden können. Für sie kommt ein urheberrechtlicher Schutz in ihrer Einbindung in die Struktur, aber auch als selbstständiger Teil einer Datenbank in Betracht.*”); Zie ook Richtlijn Databanken, overweging 20: (“*Overwegende dat de bij deze richtlijn toegekende bescherming ook kan gelden voor de voor de werking of de raadpleging van sommige databanken noodzakelijke onderdelen, zoals de thesaurus en de indexeringsystemen;*”).

¹³⁶⁸ Zie voor deze vraagstelling bijvoorbeeld: A. WIEBE, “Rechtsschutz von Datenbanken und europäische Harmonisierung”, *Computerrecht* 1996, p. 201.

elektronische databank zich met name laat vaststellen aan de hand van bijvoorbeeld de concrete ‘metadata’ binnen de betrokken ‘databank’¹³⁶⁹.

In het kader van de uitdrukkelijk verwijzing die het databanken-auteursrecht maakt naar ‘de keuze van de stof’ binnen een ‘databank’ stelde zich reeds de vraag of dit impliceert dat het gekozen geheel van elementen dat de inhoud uitmaakt van de databank op zich genomen daadwerkelijk als basis kon fungeren voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van het databanken-auteursrecht. De vraag en ook de kritiek hierbij is dan met name of het gekozen geheel van elementen dat de inhoud uitmaakt van de databank nog wel raakt aan de ‘structuur’ van een ‘databank’ – het aspect waarop het databanken-auteursrecht focust – en niet veeleer raakt aan de ‘inhoud’ van een databank – het aspect dat zoals aangegeven centraal staat binnen het databankenrecht *sui generis*¹³⁷⁰. Niettemin, kunnen we niet om de vaststelling heen dat de regelgeving rond het databanken-auteursrecht ‘de keuze van de stof’ duidelijk naar voor schuift als een alternatief aanknopingspunt, naast ‘de rangschikking van de stof’, voor het toekennen van bescherming¹³⁷¹. In de rechtspraak werd ook reeds geoordeeld dat de overname van een groot aantal van de uitgekozen elementen binnen een ‘databank’ een inbreuk kan opleveren op de “*individuellen Auswahlkonzeption*” van de betrokken databank¹³⁷².

D. Uitsluiting rond kenmerken die noodzakelijk zijn voor het bereiken van een functie

In aanvulling van de hierboven besproken richtlijnen, is het ten slotte dus ook gebruikelijk om te aanvaarden dat doorheen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken telkens het volgende principe geldt: dat zintuiglijk waarneembare kenmerken die te danken zijn aan een ‘resultaat’ van inspanningen en die noodzakelijk blijken te zijn voor het vervullen van een functie niet in staat zijn om het toekennen van bescherming te verantwoorden of te genieten op grond van deze intellectuele rechten. Op rechtstheoretisch vlak, bestaat er daarbij, zoals vermeld, enige discussie of dit principe daarbij vast te knopen is: 1.) aan een toetsing rond het traceren van de ‘eigen, intellectuele schepping’ die vereist is voor het toekennen van bescherming¹³⁷³, 2.) aan het doorvoeren van de ‘vorm versus inhoud’-dichotomie¹³⁷⁴, dan wel, 3.) zoals wij hier

¹³⁶⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: H. HABERSTUMPF, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz”, *GRUR* 2003, p. 22 (“Die Anordnung der Elemente spiegelt sich in der Art und Weise wider, wie die aufzunehmenden Daten zu Datensätzen zusammengefasst, auf Tabellen verteilt und deren Beziehungen festgelegt werden. Das daraus resultierende Datenschema konkretisiert und verkörpert sich in separaten Dateien, in denen es für den Nutzer verborgen als so genannte Metadaten abgelegt ist.”) en M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p.78 e.v..

¹³⁷⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. EHMANN, „Datenbankurheberrecht, Datenbankherstellerrecht und die Gemeinschaft der Rechtsinhaber - Zugleich Besprechung von BGH Gedichttitelliste I und II“, *GRUR* 2008, p. 477 en P. TORREMANS, *Copyright law a handbook of contemporary research*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2007, p. 123 e.v..

¹³⁷¹ Zie: art. 3.1. Richtlijn Databanken en art. XI.186., lid 1 WER (oud art. 20bis, lid 1 Auteurswet).

¹³⁷² Zie met name: Bundesgerichtshof, 24 mei 2007, *GRUR* 2007, p. 685 (p. 687: “Auch dieser übernommene Teil ist so weitgehend Ausdruck der individuellen Auswahlkonzeption des Klägers, dass er noch einen gemäß § 4 UrhG selbständig schutzfähigen Teil seines Datenbankwerkes darstellt.”).

¹³⁷³ Zie in die zin bijvoorbeeld: H.v.J. 1 maart 2012, C-604/10 (Football Dataco et al. t. YAHOO UK), r.o. 38-39 (“Wat de samenstelling van een databank betreft, is aan dit oorspronkelijkheids criterium voldaan wanneer de maker ervan, bij de keuze of de rangschikking van de gegevens van deze databank, zijn creatieve vaardigheden op een originele manier tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzes (...) en zo in staat is zijn werk een „persoonlijke noot” te geven (...). Aan dit criterium is echter niet voldaan wanneer voor de samenstelling van de databank technische overwegingen, regels of beperkingen gelden die geen ruimte laten voor creatieve vrijheid (...).”) en Antwerpen 19 december 2005, A&M 2007, p. 85 (Waar het Hof stelt dat auteursrechtelijke bescherming zal worden uitgesloten wanneer een bepaalde uitvoering technisch noodzakelijk is of overwegend technisch bepaald is.); Zie in die zin, bijvoorbeeld, ook: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 a Gegenstand des Schutzes” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 35; H. HABERSTUMPF, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz”, *GRUR* 2003, p. 21.

¹³⁷⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: N. VON WERDT, *Ausgewählte Probleme zum Topographienrecht von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen. Der Schutzgegenstand und die Schutzvoraussetzungen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, p. 129; J. DREXL, “What is protected in a computer program?”

aannemen, aan een toetsing rond het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie moet danken aan een resultaat van inspanningen om in aanmerking te komen als basis voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming¹³⁷⁵. Op praktisch vlak, stellen we dan vast dat het *de facto* enigszins uiteenlopende concrete gevallen zijn waarin we, in de context van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis*, rekening moeten houden met dit principe dat zintuiglijk waarneembare kenmerken, die noodzakelijk zijn voor het bereiken van een functie, niet als basis kunnen fungeren om de toekenning van hun bescherming te verantwoorden en te genieten. In de context van het chipsrecht is in dit verband met name te denken aan een toepassing van dit principe ten aanzien van zintuiglijk waarneembare kenmerken van een ‘halfgeleiderproduct’ die noodzakelijk blijken te zijn om dit ‘halfgeleiderproduct’ in staat te stellen om de data, die het ontvangt in de vorm van binaire, elektronische spanningsverschillen, op te slaan of te onderwerpen aan bepaalde logische bewerkingen¹³⁷⁶. Bij computerprogramma’s is in dit verband rekening te houden met zintuiglijk waarneembare kenmerken, in het bijzonder van quasi-direct uitvoerbare manifestaties van computerprogramma’s of beschrijving ervan in code, die noodzakelijk kunnen zijn om een computersysteem een bepaald taak te laten uitvoeren¹³⁷⁷. In de context van het databanken-auteursrecht moeten we in het kader van het zonet vermelde principe dan met name rekening houden met zintuiglijk waarneembare kenmerken van de ‘keuze of de rangschikking van de stof’ binnen een ‘databank’, die noodzakelijk zijn gezien het opzet om op exhaustieve wijze informatie te verschaffen over het bestaan van een bepaalde soort elementen of die noodzakelijk zijn om bepaalde informatie te verschaffen rond de eigenschappen van de opgenomen elementen, bijvoorbeeld de onderlinge verbanden tussen hun eigenschappen¹³⁷⁸. In het kader van het databankenrecht *sui generis* werkt de zonet vermelde uitsluiting rond zintuiglijk waarneembare kenmerken die noodzakelijk zijn voor het vervullen van een functie, dan met name door in de opvatting dat het databankenrecht *sui generis* de betrokken rechthebbende geen bevoegdheid verleent ten aanzien van ‘elementen’ binnen een ‘databank’ waarrond geldt dat ze de enige bron vormen om bepaalde informatie te verschaffen, zogeheten ‘sole source data’¹³⁷⁹.

Voor al in de rechtsleer stellen we dan echter ook vast dat er enige discussie bestaat rond de zin en de wenselijkheid om in het kader van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken – intellectuele rechten die betrekking hebben op incorporaties van inspanningen die steeds gericht zijn op het

Copyright Protection in the United States and Europe”, in F-K BEIER en G. SCHRICKER (ed.), *IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law* (vol. 15), Weinheim en New York, VCH Verlagsgesellschaft, 1994, p. 78 e.v. en United States Court of Appeals, Second Circuit, 22 juni 1992, (*Computer Associates International v Altai*), 982 F.2d 693, p. 707 (“*This process entails examining the structural components at each level of abstraction to determine whether their particular inclusion at that level was “idea” or was dictated by considerations of efficiency, so as to be necessarily incidental to that idea; required by factors external to the program itself; or taken from the public domain and hence is nonprotectable expression.*”).

¹³⁷⁵ Vergelijk op dit punt, zoals aangegeven bijvoorbeeld: A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p.126-127; Vergelijk op dit punt ook: E. DERCLAYE, “L’arrêt *Softwarová* : une révolution en droit d’auteur ou une ‘erreur de jugement’?”, *Revue du Droit des Technologies de l’Information* 2011, p. 62 (“*En effet, la Cour confond (fusionne !) les deux critères de protection, la forme ou la différence entre idée et expression d’un côté et l’originalité de l’autre, lorsqu’elle dit: “lorsque l’expression desdites composantes est dictée par leur fonction technique, le critère de l’originalité n’est pas rempli, car les différentes manières de mettre en oeuvre une idée sont si limitées que l’idée et l’expression se confondent.”*”).

¹³⁷⁶ Zie in dit verband bijvoorbeeld: A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 124 e.v..

¹³⁷⁷ Vergelijk bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “UrHG § 69 a Gegenstand des Schutzes” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 35

¹³⁷⁸ Zie bijvoorbeeld: H.v.J. 1 maart 2012, C-604/10 (*Football Dataco et al. t. YAHOO UK*), r.o. 38-39 en H. HABERSTUMPF, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz”, *GRUR* 2003, p. 21.

¹³⁷⁹ Zie rond deze bezorgdheid bijvoorbeeld: E. DERCLAYE, “Database *Sui Generis* Right: What Is a Substantial Investment? A Tentative Definition”, *I.I.C.* 2005, p. 21 en G. WESTKAMP, “Protecting Databases Under US and European Law - Methodical Approaches to the Protection of Investments Between Unfair Competition and Intellectual Property Concepts”, *IIC* 2003, p. 783; Vergelijk ook: Evaluatie Richtlijn Databanken, p. 24: (“*There is a long-standing principle that copyright should not be extended to cover basic information or “raw” data. However, as evidenced by the ECJ’s differentiation between the “creation” of data and its obtaining demonstrate, the “sui generis” right comes precariously close to protecting basic information.*”).

vervullen van een *functionele* taak, anders dan het louter appelleren aan de zin voor esthetiek – een principe te gaan toepassen dat stelt dat zintuiglijk waarneembare kenmerken die noodzakelijk zijn voor het vervullen van een functie niet in staat zijn om het toekennen van hun bescherming te verantwoorden of te genieten.

Sommige rechtsleer geeft daarbij aan dat, ook in de context van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, het uiterst wenselijk is om vast te houden aan een principe dat uitsluit dat zintuiglijk waarneembare kenmerken die noodzakelijk zijn voor het vervullen van een functie in staat zouden zijn om het toekennen van bescherming te verantwoorden of te genieten op grond van deze intellectuele rechten. Het gegeven dat zintuiglijk waarneembare kenmerken in het licht van dit principe 'noodzakelijk' zijn voor het vervullen van een functie, verstaan de betrokken auteurs daarbij dan met name zo dat 'noodzakelijk' betekent dat er geen of geen redelijke alternatieven voorliggen voor een zintuiglijk waarneembare manifestatie met de betrokken zintuiglijke waarneembare kenmerken, om de betrokken functie te vervullen. In die lezing is deze uitsluiting rond zintuiglijk waarneembare kenmerken die noodzakelijk zijn voor het vervullen van een functie, volgens de betrokken auteurs, dan met name wenselijk, in de context van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, omdat dit het volgende toelaat: deze intellectuele rechten een bescherming laten verlenen die zich ook uitstrekt tot zintuiglijk waarneembare kenmerken die gericht zijn op het vervullen van een bepaalde functionele taak maar niettemin, via deze principiële uitsluiting, steeds in staat zijn om te vermijden dat de bescherming van de betrokken intellectuele rechten al te ver gaat in het verhinderen van de totstandkoming van substituten om de betrokken functionele taak te vervullen¹³⁸⁰.

Andere rechtsleer plaats daarentegen vraagtekens bij het aanvaarden, in de context van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, van een principe dat stelt dat zintuiglijk waarneembare kenmerken die noodzakelijk zijn voor het vervullen van een functie niet in staat zijn om het toekennen van hun bescherming te verantwoorden of te genieten¹³⁸¹. Met name als daarbij geldt dat de toepassing van deze uitsluiting rond noodzakelijke zintuiglijk waarneembare kenmerken te vermijden is door aan te tonen dat er alternatieve zintuiglijk waarneembare kenmerken bestaan om dezelfde functionele taak te vervullen, leidt dit volgens de betrokken auteurs immers tot een 'aansporen van het suboptimale'. De redenering hierbij is dan namelijk dat deze uitsluiting het, in het kader van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten, moeilijker maakt om bescherming te verkrijgen rond een 'resultaat' van inspanningen dat zintuiglijk waarneembare kenmerken aanlevert die dé oplossing blijken uit te maken rond een bepaald probleem in verband met het functioneren van chips, computerprogramma's en databanken, als het is om bescherming te verkrijgen rond een resultaat van inspanningen dat in deze context een willekeurig variatie aanlevert op bestaande kenmerken¹³⁸². Specifiek rond het databankenrecht *sui generis* werd in dit verband overigens ook reeds opgemerkt dat het niet echt opgaat om dit databankenrecht *sui generis* als een gevaar te zien voor het monopoliseren van zogeheten 'sole source data',

¹³⁸⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: N. VON WERDT, *Ausgewählte Probleme zum Topographienschutz von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen. Der Schutzgegenstand und die Schutzvoraussetzungen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, p. 129 e.v.; J. DREXL, "What is protected in a computer program? Copyright Protection in the United States and Europe", in F-K BEIER en G. SCHRICKER (ed.), *IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law* (vol. 15), Weinheim en New York, VCH Verlagsgesellschaft, 1994, p. 78 e.v..

¹³⁸¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: Zie bijvoorbeeld: R. STERN, "Determining Liability for Infringement of Mask Work Rights Under the Semiconductor Chip Protection Act", *Minnesota Law Review* 1985-1986, p. 300 ("It is unclear whether function dictating form is a real or only theoretical possibility for semiconductor chip products protected under the SCPA."); I. NOISHIKI, "The Scope of the Copyright Holder's Right to Adapt Computer Programs", *IIC* 1993, p. 210-211 ("The programs' expressions are directed not toward human eyes but toward central processing units (CPU), and are related automatically and immediately to predetermined purposes and the performance of functions related to such purposes. On this point of view, a computer program is a work in which expressions and functions are merged. ... Computer programs are themselves directed to the CPUs, and the merging of the expressions and functions in them has led to a new problem concerning the distinction between the expressions and their subject matters that are expressed.").

¹³⁸² Zie voor deze redenering bijvoorbeeld: G. LUNNEY, "Reexamining Copyright's Incentives-Access Paradigm", *Vanderbilt Law Review* 1996, p. 487 (Die zijn analyse ook toepasselijk blijkt te achten op de auteursrechtelijke bescherming van computerprogramma's); Zie in dit verband ook: J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Kluwer, Deventer, 2005, p. 69.

aangezien dit beschermingsregime de betrokken rechthebbende geen bevoegdheid verleent rond afzonderlijke elementen van de databanken¹³⁸³.

1.2.2. Relevante referentiegroep

Ten tweede stellen we vast dat de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, met het oog op de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming, ook richtlijnen geven rond het volgende punt: de afbakening van de relevante referentiegroep bij het doorvoeren van deze beoordeling¹³⁸⁴. Bij deze relevante referentiegroep gaat het, zoals aangegeven, om de groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties waarvan de zintuiglijk waarneembare kenmerken te vergelijken zijn met de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan het resultaat van inspanningen, waarrond te beoordelen is of dit al dan niet aanleiding geeft tot het toekennen van bescherming op grond van het betrokken intellectuele recht.

In dit onderdeel gaan we dieper in op de richtlijnen die betrokken *sui generis* intellectuele rechten bieden rond de afbakening van deze relevante referentiegroep. Eerst (A.) doen we dit voor het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht. Daarna (B.) doen we dit ook voor het databankenrecht *sui generis*. Door deze indeling willen we met name ruimte creëren om eventuele bijzonderheden aan het licht te laten komen die samenhangen met het gegeven dat het *sui generis* recht rond databanken als enige uitdrukkelijk geen intellectuele arbeid vereist voor het toekennen van zijn bescherming.

A. Chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht

Binnen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht volgen hun richtlijnen rond de afbakening van de relevante referentiegroep eveneens uit de aanvaarding dat een resultaat van inspanningen alvast een 'subjectieve nieuwheid' moet vertonen om te kunnen kwalificeren als het soort resultaat van inspanningen dat zij vereisen voor het toekennen van bescherming. Bij een dergelijke 'subjectieve nieuwheid' gaat het met name opnieuw om het vereiste dat het resultaat van inspanningen 'nieuw' moet zijn voor de persoon die de betrokken inspanningen leverde, rekening houdend met alle zintuiglijk waarneembare manifestaties die

¹³⁸³ Zie in die zin bijvoorbeeld: E. DERCLAYE, "Database Sui Generis Right: What Is a Substantial Investment? A Tentative Definition", *I.I.C.* 2005, p. 21 ("This is because the making of a database of pre-existing elements does not create a monopoly. These elements are still collectable by anyone interested in making an identical or similar database. ... The elements remain in the public domain, no matter how high or how low the threshold of substantiality is. ... Since the Directive only protects substantial investment in collecting - not creating - data, there is hardly ever a possibility to monopolise information."), M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 96/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz*, München, Verlag C.H. Beck, 2000, p.147; Vergelijk ook, bijvoorbeeld: H.v.J 9 oktober 2008 C-304/07 (*Directmedia Publishing t. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*), r.o. 51-53 ("Wat in de eerste plaats het recht op toegang tot de informatie betreft, moet evenwel worden opgemerkt dat het recht sui generis uitsluitend bescherming verleent tegen de opvraging en het hergebruik in de zin van artikel 7 van de richtlijn, maar niet tegen de raadpleging van een databank (...). De samensteller van een databank kan zich zeker een exclusief recht van toegang tot zijn databank voorbehouden of de toegang daartoe voorbehouden aan bepaalde personen (...), of deze toegang afhankelijk stellen van bijzondere voorwaarden, bijvoorbeeld van financiële aard. Wanneer de fabrikant van een databank evenwel de inhoud ervan voor derden toegankelijk maakt, zij het tegen betaling, kan hij zich niet op grond van zijn recht sui generis ertegen verzetten dat deze derden opzoeken in deze databank verrichten (...). Enkel wanneer de inhoud van deze databank of een substantieel deel ervan permanent of tijdelijk op een andere drager dient te worden overgebracht om in beeld te kunnen worden gebracht, kan voor een dergelijke raadpleging de toestemming van de houder van het recht sui generis vereist zijn, zoals blijkt uit punt 44 van de considerans van richtlijn 96/9.").

¹³⁸⁴ Bij de afbakening van deze relevante referentiegroep gaat het, zoals aangegeven, met name om de afbakening van de groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties waarvan de zintuiglijk waarneembare kenmerken te vergelijken zijn met de kenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan het resultaat van inspanningen bij de beoordeling of dit resultaat van inspanningen al dan niet aanleiding geeft tot het toekennen van bescherming op grond van het betrokken intellectuele recht.

deze persoon kende op het ogenblik van het leveren van deze inspanningen¹³⁸⁵. Binnen het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht is het in dit verband met name aanvaard dat hun vereisten rond het voorliggen van een ‘eigen, intellectuele schepping’ ook een dergelijke vereiste van een ‘subjectieve nieuwheid’ inhouden¹³⁸⁶. In het kader van het chipsrecht is het gebruikelijk om aan te nemen dat een dergelijk vereiste van een ‘subjectieve nieuwheid’ vervat ligt¹³⁸⁷ in het beschermingsvereiste dat uit de ‘topografie van een halfgeleiderproduct’ blijkt dat zij het voortbrengsel is van “*de eigen intellectuele inspanning van de maker en in de halfgeleiderindustrie niet algemeen bekend is*”¹³⁸⁸. In dit verband is op te merken dat binnen het chipsrecht de opvatting overheerst om ‘algemene bekendheid in de halfgeleiderindustrie’ niet te verstaan als een aanknopingspunt voor een vereiste rond absolute of objectieve nieuwheid maar eerder als een verdere precisering rond de drempel die een resultaat van inspanningen moet behalen, op het vlak van blijk geven van originaliteit, intellectuele arbeid dan wel kwalitatieve of kwantitatieve inspanningen, om in het licht van het chipsrecht te kunnen kwalificeren als een ‘eigen, originele intellectuele schepping’¹³⁸⁹.

In het kader van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht is het dus het zonet beschreven vereiste van ‘subjectieve nieuwheid’ dat telkens als leidraad dient voor het afbakenen van de relevante referentiegroep bij de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming. Bij deze beoordeling naar aanleiding van een bepaald resultaat van inspanningen dient deze relevante referentiegroep dus concreet alle zintuiglijk waarneembare manifestaties te omvatten die de betrokken persoon kende op het ogenblik van het leveren van dit resultaat van inspanningen.

De zonet beschreven afbakening van de relevante referentiegroep bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht heeft daarbij dan opnieuw de volgende implicaties. Indien een persoon reeds *kennis* had van bepaalde, bestaande zintuiglijk waarneembare kenmerken en vervolgens tot een incorporatie van inspanningen komt met voldoende gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken, geldt het volgende: zijn resultaat van inspanningen dat tot die voldoende gelijkende kenmerken leidde kan, in het kader van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht

¹³⁸⁵ Met betrekking tot het concept van ‘subjectieve nieuwheid’ binnen intellectuele rechten, bijvoorbeeld: A. KOPFF, "Die Schutzsysteme im Immaterialgüterrecht", *GRURInt* 1983, p. 354.

¹³⁸⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: G. VANDERSTICHELE, "Het oorspronkelijkheids criterium in het auteursrecht op databanken" (Noot bij H.v.J. 1 maart 2012, C-604/10 (*Football Dataco et al. t. YAHOO UK*), *I.R.D.I.* 2013, p. 95; G. WESTKAMP, *Der Schutz von Datenbanken und Informationssammlungen im britischen und deutschen Recht*, München, Verlag C.H. Beck, 2003, p. 56; Toelichting bij het Voorstel voor een Richtlijn van het Europese Parlement en de Raad betreffende de octrooieerbaarheid van in computers geïmplementeerde uitvindingen, COM(2002) 92 definitief, 2002/0047 (COD), Brussel, 20.02.2002, p. 9 (Met name waar rond het computerprogramma-auteursrecht gesteld wordt: "*Het beschermt evenmin tegen de ontwikkeling van een identiek of wezenlijk identiek programma zonder de wetenschap van een bestaand auteursrecht.*") B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 44 ("*Therefore, new and additional criteria, such as 'novelty' or 'complexity', cannot be applied.*").

¹³⁸⁷ Zie in die zin, bijvoorbeeld: A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 60; A. MEIJBOOM, "Das niederländische Gesetz über den Schutz von Halbleitertopographien", *GRURInt* 1988, p.925 ("*In der Gesetzesbegründung wird dazu festgestellt, daß es "das Kriterium der Originalität mit sich bringt, daß der zweite Ersteller einer Originaltopographie geschützt wird, soweit es sich um eine selbständige Schöpfung handelt"*") Onder verwijzing naar de Memorie van Toelichting bij de Nederlandse Chipswet, p. 20).

¹³⁸⁸ Art 2.2. Richtlijn Chips en art. XI.320. WER (oud art 2 Chipswet).

¹³⁸⁹ Zie die zin bijvoorbeeld: H. VANHEES, "Het Belgische sui generis beschermingsregime voor chips: een nieuw industrieel eigendomsrecht", *R.W.* 1989-1990, p. 1276 ("*Het vereiste dat de topografie niet algemeen bekend mag zijn, valt niet samen met het in onze octrooiwet voorkomende absolute nieuwheidsvereiste. Wel bestaat er enigszins een parallel tussen het vereiste van niet algemene bekendheid uit de chipswet, en het vereiste van uitvinderswerkzaamheid uit onze octrooiwet, maar het vereiste van uitvinderswerkzaamheid uit onze octrooiwet is wel veel absoluter en strenger dan het betrokken vereiste uit de chipswet.*"); T. DREIER, "Development of the Protection of Semiconductor Integrated Circuits", *IIC* 1988, p. 458 ("*...only the commonplace and the 'decoppered' topography are not eligible for protection, precisely because they neither require intellectual effort nor development expenditure, nor special costs of investment.*"); Uiteindelijk in diezelfde zin na een uitgebreide bespreking van de mogelijke interpretaties van ‘algemene bekendheid in de halfgeleiderindustrie’ en ‘eigen intellectuele inspanning van de maker’ en hun onderlinge verhouding: A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 54 e.v..

of het databanken-auteursrecht, niet kwalificeren als een ‘eigen, originele intellectuele schepping’ en dus geen aanleiding geven tot het toekennen van hun bescherming. Indien een persoon echter *geen kennis* had van bepaalde, bestaande zintuiglijk waarneembare kenmerken en vervolgens toch tot een incorporatie van inspanningen komt met voldoende gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken, geldt daarentegen het volgende: deze gelijkenis neemt niet weg dat zijn resultaat van inspanningen dat tot die voldoende gelijkende kenmerken leidde nog kan kwalificeren als een ‘eigen, originele intellectuele schepping’ binnen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht of het databanken-auteursrecht en aanleiding kan geven tot het toekennen van hun bescherming rond een, zogeheten ‘dubbelcreatie’¹³⁹⁰.

B. Databankenrecht *sui generis*

In het kader van het databankenrecht *sui generis* stellen we vast dat de afbakening van de relevante referentiegroep in de regel weinig aandacht krijgt en veeleer impliciet gebeurt met name bij de toetsing of voldaan is aan het vereiste van een in kwalitatief of kwantitatief substantiële investering rond het verkrijgen, controleren of presenteren van de inhoud van een concrete ‘databank’. In het kader van deze toetsing blijkt de rechtspraak en rechtsleer, de relevante referentiegroep, volgens ons, dan meer bepaald *de facto* als volgt af te bakenen: als de groep van concrete zintuiglijk waarneembare manifestaties waarvan een persoon daadwerkelijk vertrok om, op grond van eigen inspanningen, tot de inhoud van de betrokken concrete ‘databank’ te komen. Bij de toetsing of een concrete ‘databank’ aanleiding geeft tot het vervuld zijn van het vereiste van een substantiële investering in het verkrijgen, controleren of presenteren van de inhoud van een ‘databank’, blijkt het immers gebruikelijk om het verzamelde geheel van elementen dat de inhoud uitmaakt van deze concrete ‘databank’ specifiek te vergelijken met die concrete zintuiglijk waarneembare manifestaties die daadwerkelijk als basis dienden, om op grond van eigen, onafhankelijke inspanningen, tot het verzamelde geheel van elementen te komen dat de inhoud uitmaakt van deze concrete databank¹³⁹¹.

Belangrijk bij de zonet omschreven afbakening van de relevante referentiegroep die we vaststellen binnen het databankenrecht *sui generis* is dan met name dat deze ook aanstuurt op de volgende implicatie: de *kennis* die een persoon heeft van een bestaand, verzameld geheel van elementen, bijvoorbeeld in een ‘databank’ of een andere verzameling, vormt, op zich, geen obstakel voor zijn mogelijkheid om nog bescherming te verkrijgen op grond van het databankenrecht *sui generis* naar aanleiding van het maken van een latere ‘databank’ waarvan de inhoud dezelfde elementen omvat als dit bestaande, verzamelde geheel van elementen¹³⁹². Of deze latere ‘databank’ in dit geval nog aanleiding zal geven tot bescherming op grond van het databankenrecht *sui generis* zal daarbij integendeel afhangen van het antwoord op de volgende vraag: of de concrete zintuiglijk waarneembare manifestaties die deze persoon daadwerkelijk als uitgangspunt nam om tot het verzamelde geheel van dezelfde elementen te komen in zijn latere ‘databank’, om inderdaad tot dit verzamelde geheel te komen, hem nog een in kwalitatief of kwantitatief substantiële investering vroegen rond het verkrijgen, controleren of presenteren van de inhoud van die ‘databank’. Naarmate dat deze persoon tot zijn latere ‘databank’ kwam, door uit eerdere

¹³⁹⁰ Met betrekking tot de mogelijkheid van ‘dubbelcreaties’, zie bijvoorbeeld: Toelichting Initieel Voorstel Richtlijn Computerprogramma’s, p. 5-6 en, zij het eerder kritisch op dit punt, R. STERN, "Determining Liability for Infringement of Mask Work Rights Under the Semiconductor Chip Protection Act", *Minnesota Law Review* 1985-1986, p. 303 e.v.; Vergelijk op dit punt ook: P. NORDELL, "Das Kriterium der Doppelschöpfung im schwedischen Recht - Theorie und Praxis", *GRUR Int.* 1997, p. 115-116.

¹³⁹¹ Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld: H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 35 (“*In dit verband sluit de omstandigheid dat de samenstelling van een databank samenhangt met de uitoefening van een hoofdactiviteit in het kader waarvan de samensteller van de databank tevens degene is die de in deze databank opgenomen elementen heeft gecreëerd, als zodanig niet uit dat deze persoon aanspraak kan maken op de bescherming die het recht sui generis biedt, op voorwaarde dat hij aantoont dat de verkrijging van deze elementen of de controle dan wel de presentatie daarvan, in de in de punten 31 tot en met 34 van dit arrest weergegeven zin, een in kwantitatief dan wel kwalitatief opzicht substantiële investering heeft geleverd, los van de middelen die voor het creëren van deze elementen zijn aangewend.*”); In dezelfde zin ook: H.v.J. 9 november 2004, C-46/02 (*Fixtures Marketing t. Oy Veikkaus*), r.o. 39; H.v.J. 9 november 2004, C-338/02 (*Fixtures Marketing t. Svenska Spel*), r.o. 29 en H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 45.

¹³⁹² Vergelijk op dit vlak de mogelijkheid van niet-inbreukmakende ‘dubbelcreaties’ in de context van het *sui generis*-recht rond databanken, aangehaald in bijvoorbeeld: H.v.J. 5 maart 2009, C-545/07, (*Apis-Hristovich t. Lakorda*), r.o. 51.

‘databanken’ of eerdere verzamelingen van elementen, reeds verzamelde gehelen van dezelfde elementen over te nemen, zal het daarbij moeilijker worden voor deze persoon om aan te tonen dat tot zijn latere ‘databank’ komen hem inderdaad de substantiële investering vroeg rond het verkrijgen, controleren of presenteren van de inhoud ervan die het databankenrecht *sui generis* vereist voor het toekennen van bescherming. Indien hij deze reeds verzamelde gehelen van dezelfde elementen overnam uit een eerdere ‘databank’ kan dit onder omstandigheden zelfs inbreuk inhouden op de bescherming die deze eerder ‘databank’ geniet op grond van het databankenrecht *sui generis*. Niettemin, is het echter zo dat het toekennen van bescherming op grond van het databankenrecht *sui generis* niet uitgesloten is door het loutere feit dat de eigen, substantiële investeringen van een persoon in het verkrijgen, controleren of presenteren van de inhoud van zijn ‘databank’ resulteren in een identiek of gelijkend, verzameld geheel van elementen, als terug te vinden is in een eerdere ‘databank’ of een eerdere verzameling van elementen die deze persoon *kende* op het ogenblik van het vervaardigen van zijn latere ‘databank’¹³⁹³.

1.2.3. Verschillen

Ten derde stellen we vast dat de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, met het oog op de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming, ook richtlijnen geven rond het volgende punt: welke verschillen de zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan het te beoordelen resultaat van inspanningen moeten vertonen, tegenover de zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen de relevante referentiegroep, om te staven dat dit resultaat van inspanningen voortvloeit uit die inspanningen die vereist zijn voor het toekennen van bescherming. Deze richtlijnen rond de zonet vermelde, relevante verschillen die zij vereisen voor het toekennen van bescherming beperken de betrokken *sui generis* intellectuele rechten echter wel telkens tot het aangeven van het soort resultaat van inspanningen dat deze verschillen aannemelijk moeten maken.

In dit onderdeel gaan we nu dieper in op deze richtlijnen rond de relevante verschillen bij het toekennen van bescherming die deze *sui generis* intellectuele rechten naar voor schuiven. Eerst (A.) doen we dit voor het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht. Daarna (B.) doen we dit ook voor het databankenrecht *sui generis*. Door deze indeling willen we met name opnieuw ruimte creëren om eventuele bijzonderheden aan het licht te laten komen die samenhangen met het gegeven dat het *sui generis* recht rond databanken als enige uitdrukkelijk geen intellectuele arbeid vereist voor het toekennen van zijn bescherming.

A. Chips, computerprogramma’s en de structuur van databanken

Het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht geven hun richtlijnen rond de verschillen die zij voor het toekennen van hun bescherming vereisen tussen, enerzijds, de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan het te beoordelen resultaat van inspanningen en, anderzijds, de zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen de relevante referentiegroep, zoals gezegd, door aan te geven welk resultaat van inspanningen deze verschillen aannemelijk moeten maken. Het chipsrecht doet dit met name door uitdrukkelijk te bepalen dat het voor het toekennen van zijn bescherming, vereist dat uit de ‘topografie van een halfgeleiderproduct’ naar voor komt dat zij het voortbrengsel is van “*de eigen intellectuele inspanning van de maker en in de halfgeleiderindustrie niet algemeen bekend is*”¹³⁹⁴. Het computerprogramma-auteursrecht geeft deze richtlijnen door te stellen dat het pas zal overgaan tot het toekennen

¹³⁹³ Zie in die zin, bijvoorbeeld: T. EHMANN, „Datenbankurheberrecht, Datenbankherstellerrecht und die Gemeinschaft der Rechtsinhaber - Zugleich Besprechung von BGH Gedichttitelliste I und II“, *GRUR* 2008, p. 477 (“*Im Ergebnis liegt bezüglich der Gedichtsammlung keine Rechtsverletzung vor, da das Datenbankherstellerrecht nicht gegen die Entnahmen aus anderen Quellen nach Kenntnisnahme von der Datenbank der Klägerin schützt*”...“*Sofern also die Beklagte sich die Elemente selbst aus anderen Quellen zusammengesucht (beschafft), sie selbst überprüft und angeordnet hat, hat sie auch nicht in die Datenbank als Substrat der schutzwürdigen Investitionsleistung der Klägerin eingegriffen. Dies gilt selbst dann, wenn er wegen der Kenntnis der Datenbank der Kläger geringere Kosten im Rahmen ihrer Auswahlentscheidung hatte.*”) en J. REICHMAN, “Legal hybrids between the patent and copyright paradigms”, *Columbia Law Review*, 1994, p. 2496; Zie ook: R. HILTY, *Lizenzvertragsrecht. Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Sicht*, Bern, Stämpfli Verlag, 2001, p. 52.

¹³⁹⁴ Art 2.2. Richtlijn Chips en art. XI.320. WER (oud art 2 Chipswet).

van bescherming indien een computerprogramma laat blijken dat het: “oorspronkelijk is in die zin, dat het een eigen intellectuele schepping van de auteur is”¹³⁹⁵.” Het computerprogramma-auteursrecht geeft daarbij overigens uitdrukkelijk aan dat geen andere criteria te hanteren zijn om te bepalen of het programma voor bescherming in aanmerking komt¹³⁹⁶. Het databanken-auteursrecht, ten slotte, geeft zijn richtlijnen in dit verband door voor het toekennen van zijn bescherming uitdrukkelijk te vereisen dat de keuze of de rangschikking van de elementen van een ‘databank’ laten blijken dat zij “een eigen intellectuele schepping van de auteur vormen”¹³⁹⁷. Ook het databanken-auteursrecht geeft daarbij expliciet aan dat bij de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming geen andere criteria mogen gehanteerd worden dan oorspronkelijkheid in de zin van intellectuele schepping van de maker, met name geen kwalitatieve of esthetische criteria¹³⁹⁸.

De zonet aangehaalde soorten resultaten van inspanningen die het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht vereisen voor het toekennen van hun bescherming, blijken de rechtsleer en de rechtspraak daarbij dan met name opnieuw als aanknopingspunt te zien om aan te nemen, dat het toekennen van hun bescherming in een concreet geval, vraagt dat drie soorten kenmerken aannemelijk zijn rond het te beoordelen resultaat van inspanningen: 1.) het vertonen van een ‘subjectieve nieuwheid’¹³⁹⁹, 2.) het voortvloeien uit inspanningen van een bepaalde soort, in de regel, intellectuele arbeid waarvan het resultaat ook

¹³⁹⁵ Art. XI.295., lid 1, 1^e zin WER (oud art 2, lid 1, 1^e zin Wet Computerprogramma's) (“Een computerprogramma geniet bescherming indien het oorspronkelijk is in die zin, dat het een eigen intellectuele schepping van de auteur is.”); art 1.3., 1^e zin Richtlijn Computerprogramma's (“Een computerprogramma wordt beschermd wanneer het in die zin oorspronkelijk is, dat het een eigen schepping van de maker is.”) Hierbij is op te merken dat in de Nederlandstalige versie de eerste zin van art 1.3. Richtlijn Computerprogramma's enkel spreekt van “een eigen schepping van de maker”. In de Franse, Engelse en Duitse versie van art. 1.3., 1^e zin Richtlijn Computerprogramma's is daarentegen respectievelijk sprake van: “la création intellectuelle propre à son auteur”, “the author's own intellectual creation” en “Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers”.

¹³⁹⁶ Art 1.3. Richtlijn Computerprogramma's en art. XI.295., lid 1 WER (oud art 2, lid 1 Wet Computerprogramma's).

¹³⁹⁷ Art. 3.1. Richtlijn Databanken en art. XI.186., lid 1 WER (oud art. 20bis, lid 1 Auteurswet).

¹³⁹⁸ Zie: art 3.1. Richtlijn Databanken en Richtlijn databanken overweging 16 (“Overwegende dat bij de vaststelling of een databank in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming geen andere criteria mogen worden gehanteerd dan oorspronkelijkheid in de zin van intellectuele schepping van de maker; dat met name geen kwalitatieve of esthetische criteria mogen worden toegepast;”).

¹³⁹⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: G. VANDERSTICHELE, “Het oorspronkelijkheids criterium in het auteursrecht op databanken” (Noot bij H.v.J. 1 maart 2012, C-604/10 (*Football Dataco et al. t. YAHOO UK*), *I.R.D.I.* 2013, p. 95; M. MARQUARDT, “UrhG § 4 Sammelwerke und Datenbankwerke” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 5 (Met name waar de verwijst naar het beoordelingscriterium van § 2, lid 2 Duitse Auteurswet); G. WESTKAMP, *Der Schutz von Datenbanken und Informationssammlungen im britischen und deutschen Recht*, München, Verlag C.H. Beck, 2003, p. 56; Toelichting bij het Voorstel voor een Richtlijn van het Europese Parlement en de Raad betreffende de octrooieerbaarheid van in computers geïmplementeerde uitvindingen, COM(2002) 92 definitief, 2002/0047 (COD), Brussel, 20.02.2002, p. 9 (Met name waar rond het computerprogramma-auteursrecht gesteld wordt: “Het beschermt evenmin tegen de ontwikkeling van een identiek of wezenlijk identiek programma zonder de wetenschap van een bestaand auteursrecht.”) B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 44 (“Therefore, new and additional criteria, such as ‘novelty’ or ‘complexity’, cannot be applied.”) A. MEIJBOOM, “Das niederländische Gesetz über den Schutz von Halbleitertopographien”, *GRURInt* 1988, p. 925 (“In der Gesetzesbegründung wird dazu festgestellt, daß es “das Kriterium der Originalität mit sich bringt, daß der zweite Ersteller einer Originaltopographie geschützt wird, soweit es sich um eine selbständige Schöpfung handelt””) Onder verwijzing naar de Memorie van Toelichting bij de Nederlandse Chipswet, p. 20).

een bepaalde drempel behaalt¹⁴⁰⁰ en 3.) het gegeven dat een bepaalde mate van keuzevrijheid bestond bij het creëren van het betrokken resultaat van inspanningen¹⁴⁰¹.

Ook in de context van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht stellen we dan echter vast dat er binnen de rechtsleer en rechtspraak onduidelijkheid en onenigheid bestaat rond de precieze eigenschappen die een resultaat van inspanningen moet vertonen om te kunnen kwalificeren als het soort resultaten van inspanningen die deze intellectuele rechten vereisen voor het toekennen van bescherming.

Een eerste punt dat vragen doet rijzen in dit verband is dan opnieuw het bepalen van de precieze drempel die een resultaat van inspanningen moet behalen, op het vlak van blijk geven van originaliteit, intellectuele arbeid dan wel kwalitatieve of eventueel louter kwantitatieve inspanningen, om in het licht van deze intellectuele rechten te kunnen kwalificeren als een ‘eigen, originele intellectuele schepping’. Hierbij stellen we vast dat, zoals aangegeven, in de regel aangenomen wordt dat het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht voor het toekennen van hun bescherming vereisen dat een resultaat van inspanningen blijk geeft van een bepaalde mate van intellectuele arbeid¹⁴⁰². In de rechtsleer en rechtspraak zien we echter ook dat daarbij dan soms onenigheid of onduidelijkheid bestaat rond de vraag hoe hoog deze drempel aan intellectuele arbeid dan wel precies is die deze *sui generis* intellectuele rechten vereisen voor het toekennen van hun bescherming, bijvoorbeeld vergeleken met de vereisten die het auteursrecht en het octrooirecht stellen op dit

¹⁴⁰⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: G. VANDERSTICHELE, “Het oorspronkelijkheids criterium in het auteursrecht op databanken” (Noot bij H.v.J. 1 maart 2012, C-604/10 (*Football Dataco et al. t. YAHOO UK*), *I.R.D.I.* 2013, p. 92 e.v.; M. MARQUARDT, “UrhG § 4 Sammelwerke und Datenbankwerke” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 5; M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 a Gegenstand des Schutzes” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 32; L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 103; K. GARNETT, G. DAVIES, G. HARBOTTLE, *Copinger and Skone James on Copyright*, London, Sweet & Maxwell, 2005, p. 921; M. FLAMÉE en H. VANHEES, “Une Approche Européenne de la protection des chips”, *R.I.D.E.* 1989, p. 80; T. DREIER, “Die Entwicklung des Schutzes integrierter Halbleiterschaltkreise”, *GRUR Int* 1987, p. 657.

¹⁴⁰¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: H.v.J. 1 maart 2012, C-604/10 (*Football Dataco et al. t. YAHOO UK*), r.o. 38 (“Wat de samenstelling van een databank betreft, is aan dit oorspronkelijkheids criterium voldaan wanneer de maker ervan, bij de keuze of de rangschikking van de gegevens van deze databank, zijn creatieve vaardigheden op een originele manier tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzes (...) en zo in staat is zijn werk een „persoonlijke noot” te geven (...).”); M. MARQUARDT, “UrhG § 4 Sammelwerke und Datenbankwerke” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 5; J. DREXL, “What is protected in a computer program? Copyright Protection in the United States and Europe”, in F-K BEIER en G. SCHRICKER (ed.), *IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law* (vol. 15), Weinheim en New York, VCH Verlagsgesellschaft, 1994, p. 86; D. VERKADE, Boekbespreking: G. VANDENBERGHE, *Bescherming van computersoftware, een rechtsvergelijkend onderzoek*, *B.I.E.* 1984, p. 338; J. KEUSTERMANS, “The Intellectual Effort Requirement in Chip Protection Laws compared to the Originality Requirement in Copyright Law” in E. DOMMERING en W. KORTHALS (eds.), *Information law towards the 21st century*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 310; Toelichting bij het Voorstel Richtlijn Computerprogramma’s, p. 5 (“Zoals bij werken van letterkunde in het algemeen, dient er pas dan sprake te zijn van bescherming van een computerprogramma wanneer de keuze en het samenbrengen van deze elementen blijk geven van de creativiteit en bekwaamheid van de maker en zijn werk zich daardoor onderscheidt van dat van andere ontwerpers.”) Vergelijk ook: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 a Gegenstand des Schutzes” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 34 (“Individualität i. S. d. § 69 a Abs. 3 erfordert allerdings kein Herausragen aus der Masse des Alltäglichen mehr. Ausreichend soll nach Teilen der Rechtsprechung und Literatur eher statistische Einmaligkeit sein (...).”).

¹⁴⁰² Zie in die zin, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: G. VANDERSTICHELE, “Het oorspronkelijkheids criterium in het auteursrecht op databanken” (Noot bij H.v.J. 1 maart 2012, C-604/10 (*Football Dataco et al. t. YAHOO UK*), *I.R.D.I.* 2013, p. 92 e.v.; M. MARQUARDT, “UrhG § 4 Sammelwerke und Datenbankwerke” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 5; M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 a Gegenstand des Schutzes” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 32; L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 103; K. GARNETT, G. DAVIES, G. HARBOTTLE, *Copinger and Skone James on Copyright*, London, Sweet & Maxwell, 2005, p. 921; M. FLAMÉE en H. VANHEES, “Une Approche Européenne de la protection des chips”, *R.I.D.E.* 1989, p. 80; T. DREIER, “Die Entwicklung des Schutzes integrierter Halbleiterschaltkreise”, *GRUR Int* 1987, p. 657.

vlak¹⁴⁰³. Deze opvattingen rond het situeren van de mate aan intellectuele arbeid die de betrokken *sui generis* intellectuele rechten vereisen voor het toekennen van bescherming, zijn daarbij dan vaak ook te plaatsen tegen de achtergrond van het volgende gegeven: dat, zoals aangegeven, traditioneel geldt dat het Britse auteursrecht op het vlak van het voorliggen van intellectuele arbeid lagere vereisten stelt voor het toekennen van bescherming dan het continentaal-Europese auteursrecht¹⁴⁰⁴. Doorheen de standpunten rond de precieze drempel die een resultaat van inspanningen moet behalen om aanleiding te kunnen geven tot bescherming op grond van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, menen wij vast te stellen dat deze standpunten doorgaans impliciet teruggaan op een afweging rond de volgende vraag: welke ‘waarde’ het betrokken resultaat van inspanningen, door zijn aard en het behalen van een bepaalde drempel, moet vertonen opdat een garantie zou voorliggen dat de ‘verdiensten’ van het verlenen van de betrokken intellectueelrechtelijke bescherming errond ook de ‘tekortkomingen’ van deze bescherming overstijgen, met name op het vlak van het verhinderen van de totstandkoming van substituten¹⁴⁰⁵.

Een tweede punt van discussie is dan opnieuw in welke mate het gegeven dat een persoon blijkbaar keuzes diende te maken bij het vervaardigen van een incorporatie van inspanningen, een indicatie kan vormen om, in het kader van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, de ‘eigen, originele intellectuele schepping’ te aanvaarden die deze intellectuele rechten vereisen bij het toekennen van bescherming. Enerzijds is er in dit verband de opvatting dat, bij de beoordeling of sprake is van de vereiste ‘eigen, originele intellectuele schepping’ in deze context, veel belang te hechten is aan het gegeven of, bij het creëren van het betrokken resultaat van inspanningen, ‘persoonlijke’ of ‘creatieve keuzes’ plaatsvonden tussen meerdere alternatieven, om incorporaties van dit resultaat van inspanningen hun beoogde werking te geven¹⁴⁰⁶. Het

¹⁴⁰³ Zie in dit verband bijvoorbeeld: L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 103; M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 66 e.v.; S. LAI, “Database Protection in the United Kingdom: The New Deal and its Effects on Software Protection”, *E.I.P.R.* 1998, p. 32 e.v.; G. KARNELL, “European Originality. A Copyright Chimera” in J. KABEL en G. MOM (eds.), *Intellectual Property and information Law. Essays in honour of Herman Cohen Jehoram*, Den Haag, Kluwer, 1998, p. 74 e.v.; J. KEUSTERMANS, “The Intellectual Effort Requirement in Chip Protection Laws compared to the Originality Requirement in Copyright Law” in E. DOMMERING en W. KORTHALS (eds.), *Information law towards the 21st century*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 312 e.v.; H. VANHEES, “Het Belgische sui generis beschermingsregime voor chips: een nieuw industrieel eigendomsrecht”, *R.W.* 1989-1990, p. 1276.

¹⁴⁰⁴ Zie in dit verband: K. GARNETT, G. DAVIES, G. HARBOTTLE, *Copinger and Skone James on Copyright*, London, Sweet & Maxwell, 2005, p. 921; J. GASTER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken. Kommentar zur Richtlinie 96/6/EG mit Erläuterungen zur Umsetzung in das deutsche und österreichische Recht*, Keulen, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1999, p.48 e.v.; J. KEUSTERMANS, “The Intellectual Effort Requirement in Chip Protection Laws compared to the Originality Requirement in Copyright Law” in E. DOMMERING en W. KORTHALS (eds.), *Information law towards the 21st century*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 313 e.v.; B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 9 en p. 43.

¹⁴⁰⁵ In die zin bijvoorbeeld: T. EHMANN, “Datenbankurheberrecht, Datenbankherstellerrecht und die Gemeinschaft der Rechtsinhaber - Zugleich Besprechung von BGH ‚Gedichttitelliste I und II’” *GRUR* 2008, 474 e.v.; J. KEUSTERMANS, “The Intellectual Effort Requirement in Chip Protection Laws compared to the Originality Requirement in Copyright Law” in E. DOMMERING en W. KORTHALS (eds.), *Information law towards the 21st century*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 310 e.v. en A. LUCAS, “The Council Directive of 14 May 1991 concerning the Legal Protection of Computer Programs”, *E.I.P.R.* 1992, p. 28.

¹⁴⁰⁶ Zie bijvoorbeeld: H.v.J. 1 maart 2012, C-604/10 (Football Dataco et al. t. YAHOO UK), r.o. 38; H. HABERSTUMPF, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz”, *GRUR* 2003, p. 21; J. KEUSTERMANS, “The Intellectual Effort Requirement in Chip Protection Laws compared to the Originality Requirement in Copyright Law” in E. DOMMERING en W. KORTHALS (eds.), *Information law towards the 21st century*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 310; N. VON WERDT, *Ausgewählte Probleme zum Topographienschutz von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen. Der Schutzgegenstand und die Schutzvoraussetzungen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, p. 129; Toelichting bij het Voorstel Richtlijn Computerprogramma’s, p. 5 (“Zoals bij werken van letterkunde in het algemeen, dient er pas dan sprake te zijn van bescherming van een computerprogramma wanneer de keuze en het samenbrengen van deze elementen blijk geven van de creativiteit en bekwaamheid van de maker en zijn werk zich daardoor onderscheidt van dat van andere ontwerpers.”) Vergelijk ook: Antwerpen 19 december 2005, *A&M* 2007, p. 85.

voorliggen van deze keuzes, moet binnen deze opvatting dan met name garanderen dat het verlenen van de betrokken intellectueelrechtelijke bescherming, gezien de overblijvende alternatieven, niet ongerechtvaardigd ver gaat in het verhinderen van de totstandkoming van substituten¹⁴⁰⁷. In zoverre binnen deze opvatting gepreciseerd wordt dat te peilen is naar ‘persoonlijke’ of ‘creatieve keuzes’, geeft dit volgens ons de analyse weer dat niettemin vereist is dat de betrokken keuzes tussen alternatieven ook blijf geven van het behalen van een zekere drempel aan originaliteit of intellectuele arbeid opdat zij het voorliggen van een eigen, intellectuele schepping zouden kunnen motiveren¹⁴⁰⁸. Anderzijds treffen we daarentegen ook het standpunt aan dat de zonet beschreven focus op het voorliggen van keuzes tussen alternatieven, er in deze context al snel toe leidt om bij het traceren van een ‘eigen intellectuele schepping’ onvoldoende het volgende punt te toetsen: of het betrokken resultaat van inspanningen, door zijn aard en het behalen van een bepaalde drempel, ook de ‘waarde’ heeft die het toekennen van bescherming rechtvaardigt¹⁴⁰⁹. Een gerichtheid op de mate van keuzevrijheid die voorlag bij het creëren van een resultaat van inspanningen stelt zich immers opnieuw bloot aan de kritiek dat deze benadering er toe leidt om enkel intellectueelrechtelijke bescherming te verlenen naar aanleiding van suboptimale keuzes¹⁴¹⁰. DREXL bijvoorbeeld weerlegt deze kritiek echter in de context van het computerprogramma-auteursrecht. Deze auteur geeft toe dat het peilen naar het voorliggen van keuzevrijheid, bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van het computerprogramma’s, inderdaad niet gelijkloopt met het peilen naar die kenmerken van computerprogramma’s die bepalend zijn voor de kwaliteit van hun functioneren. In de vereiste van een ‘eigen, intellectuele schepping’ ook een vereiste lezen dat het resultaat van inspanningen een keuze inhield tussen alternatieven, laat volgens DREXL echter niettemin toe om in de praktijk een passende, evenwichtige mate van intellectueelrechtelijke bescherming te bereiken rond computerprogramma’s. De kenmerken van het computerprogramma waarrond wel alternatieven bestaan en die wel in staat zijn om een ‘eigen, intellectuele schepping’ te staven, zullen, volgens deze auteur, immers reeds volstaan om het computerprogramma een effectieve bescherming te verlenen tegen het letterlijk kopiëren ervan terwijl de specifieke kenmerken ervan waarrond geen alternatieven bestaan nog steeds vrij kunnen gebruikt worden om substitueerbare programma’s te creëren¹⁴¹¹.

B. Databankenrecht *sui generis*

Het databankenrecht *sui generis* geeft zijn richtlijnen rond de verschillen die het voor het toekennen van zijn bescherming vereist tussen, enerzijds, de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan het te beoordelen resultaat van inspanningen en, anderzijds, de zintuiglijk

¹⁴⁰⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: J. DREXL, “What is protected in a computer program? Copyright Protection in the United States and Europe”, in F-K BEIER en G. SCHRICKER (ed.), *IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law* (vol. 15), Weinheim en New York, VCH Verlagsgesellschaft, 1994, p. 86; D. VERKADE, Boekbespreking: G. VANDENBERGHE, *Bescherming van computersoftware, een rechtsvergelijkend onderzoek*, *B.I.E.* 1984, p. 338.

¹⁴⁰⁸ Uitdrukkelijk in die zin, bijvoorbeeld: United States Court of Appeals (First Circuit) 6 oktober 1994 (*Lotus v. Borland*), 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995), p. 816 (“*The fact that Lotus developers could have designed the Lotus menu command hierarchy differently is immaterial to the question of whether it is a “method of operation.” ...The “expressive” choices of what to name the command terms and how to arrange them do not magically change the uncopyrightable menu command hierarchy into copyrightable subject matter.*”); Vergelijk ook: H.v.J. 1 maart 2012, C-604/10 (*Football Dataco et al. t. YAHOO UK*), r.o. 38 (“*Wat de samenstelling van een databank betreft, is aan dit oorspronkelijkheids criterium voldaan wanneer de maker ervan, bij de keuze of de rangschikking van de gegevens van deze databank, zijn creatieve vaardigheden op een originele manier tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzes (...) en zo in staat is zijn werk een „persoonlijke noot” te geven (...).*”).

¹⁴⁰⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. QUAEDVLIEG, *Auteursrecht op techniek. De auteursrechtelijke bescherming van het technisch aspect van industriële vormgeving en computerprogrammatuur*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1987, p. 109 e.v..

¹⁴¹⁰ Zie voor deze redenering, bijvoorbeeld: P. HUGENHOLTZ, *Auteursrecht op informatie: auteursrechtelijke bescherming van feitelijke gegevens en gegevensverzamelingen in Nederland, de Verenigde Staten en West-Duitsland. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Deventer, Kluwer, 1989, p. 38.

¹⁴¹¹ Zie in die zin: J. DREXL, “What is protected in a computer program? Copyright Protection in the United States and Europe”, in F-K BEIER en G. SCHRICKER (ed.), *IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law* (vol. 15), Weinheim en New York, VCH Verlagsgesellschaft, 1994, p. 79-80.

waarneembare kenmerken binnen de relevante referentiegroep, zoals gezegd, eveneens door aan te geven welk resultaat van inspanningen deze verschillen aannemelijk moeten maken. Het databankenrecht *sui generis* doet dit met name door uitdrukkelijk te bepalen dat voor het toekennen van zijn bescherming, de ‘inhoud’ van een ‘databank’ moet getuigen van een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantiële investering in de verkrijging, de controle of de presentatie ervan¹⁴¹².

De kenmerken van een resultaat van inspanningen die aannemelijk moeten zijn opdat dit zou kunnen kwalificeren als een ‘in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantiële investering in de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van een databank’, hebben daarbij volgens ons met name betrekking op drie punten: (B.1.) de gerichtheid, (B.2.) de aard en (B.3.) de drempel van de betrokken investeringen of inspanningen. Meteen is echter op te merken dat de interpretatie van het begrip ‘in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantiële investering in de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van een databank’ reeds aanleiding tot behoorlijk wat discussie.

B.1. Gerichtheid van de investering

Het databankenrecht *sui generis* geeft aan dat het bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming enkel rekening houdt met investeringen in de ‘verkrijging’, de ‘controle’ of de ‘presentatie’ van de inhoud van een databank. Door deze noties (B.1.1.) ‘verkrijging’, (B.1.2.) ‘controle’ en (B.1.3.) ‘presentatie’ te interpreteren, heeft de rechtspraak en rechtsleer reeds enkele concrete richtlijnen aangereikt om te bepalen welke investeringen rond een concrete databank inderdaad ook relevant en voldoende zijn om aan het betrokken beschermingsvereiste te voldoen dat peilt naar een substantiële investering.

B.1.1. Verrijging

De interpretatie van de notie investeringen in de ‘verkrijging’ van de inhoud van een databank kreeg daarbij pas na veel discussie enige opheldering. Vooral in de Nederlandse rechtsleer en rechtspraak had zich in dit verband immers de zogenaamde ‘spin-off’-theorie ontwikkeld. Deze theorie werd in vele variaties verdedigd, maar hield niet zelden in dat, indien de hoofdactiviteit van een persoon een bepaalde verzameling van gegevens opleverde, bijna als regel het volgende gold: dat rond de databank die diezelfde persoon vervolgens als ‘spin-off’ wenste te maken rond de gegevens verkregen via deze hoofdactiviteit, geen sprake meer kon zijn van een substantiële investering en dus al evenmin van een bescherming op grond van het databankenrecht *sui generis*. Deze ‘spin-off’-theorie stuitte daarbij echter ook op veel tegenstand, onder meer omdat de toepassing ervan de incentive zou wegnemen om rond beschikbare verzamelingen gegevens ook databanken te produceren en publiek te maken. Het Europees Hof van Justitie heeft echter duidelijk gemaakt dat de specifieke notie ‘verkrijgen’ van de inhoud van een databank enkel vraagt om een onderscheid te maken tussen: enerzijds, middelen ingezet om bestaande elementen te verkrijgen en in de databank te verzamelen, en, anderzijds, middelen aangewend voor het creëren van de elementen die de inhoud gaan vormen van een databank¹⁴¹³. De inspanningen die een persoon leverde om de elementen te *creëren* die uiteindelijk dan de inhoud uitmaken van de databank, zijn volgens het Hof *niet* relevant voor de beoordeling of sprake is van een substantiële investeringen in het ‘verkrijgen’ van de inhoud van een databank. De middelen daarentegen die een persoon ingezet heeft om bestaande elementen te *verkrijgen* en in de databank te *verzamelen*, komen, volgens het Hof, wel in aanmerking als een investeringen in het ‘verkrijgen’ van

¹⁴¹² Zie in dit verband: art. 3, lid 1 Databankenwet: “*Het recht van de producenten van databanken is van toepassing op databanken in ongeacht welke vorm, waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering.*”; Zie ook art. 7.1. Richtlijn databanken: “*De Lid-Staten voorzien in een recht voor de fabrikant van een databank, waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering, om de opvraging en/of het hergebruik van het geheel of een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van die inhoud te verbieden.*”

¹⁴¹³ H.v.J. 9 november 2004, C-46/02 (*Fixtures Marketing t. Oy Veikkaus*), r.o. 49; H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 42; H.v.J. 9 november 2004, C-338/02 (*Fixtures Marketing t. Svenska Spel*), r.o. 37; H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 53.

de inhoud van een databank in de zin van het databankenrecht *sui generis*¹⁴¹⁴. Aan te nemen is dat het hierbij dan bijvoorbeeld gaat om het opzoeken, selecteren en invoegen van bestaande elementen in de databank.

Het Europees Hof van Justitie gaf in dit verband ook uitdrukkelijk aan dat het feit dat een persoon een databank maakt rond gegevens die hij zelf eerst creëerde in het kader van een hoofdactiviteit, op zich niet verhindert dat de databank van deze persoon nog aanleiding kan geven tot bescherming op grond van het databankenrecht *sui generis*. In een dergelijk geval is er volgens het Hof enkel rekening mee te houden dat deze persoon zijn inspanningen rond het creëren van de betrokken elementen niet in rekening kan brengen met het oog op de vaststelling van een substantiële investeringen in het ‘verkrijgen’ van de inhoud van zijn databank. De databank van deze persoon zal echter onverminderd bescherming kunnen genieten op grond van het databankenrecht *sui generis* indien deze databank niettemin blijkt geeft van een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantiële investering in de ‘controle’, in de ‘presentatie’ of, alsnog in de ‘verkrijging’ van de inhoud van een databank¹⁴¹⁵. Daarmee lijkt de ‘spin-off’-theorie dus zo goed als begraven¹⁴¹⁶.

Het zonet beschreven onderscheid dat het Hof van Justitie introduceerde tussen het ‘verkrijgen’ en het ‘creëren’ van elementen roept echter op zijn beurt vragen op. Het Hof gaf zelf immers weinig verdere aanwijzingen rond de criteria om dit onderscheid door te voeren in de praktijk. Ten eerste blijft er in de rechtsleer bijvoorbeeld discussie bestaan of bepaalde gegevens, bijvoorbeeld beursdata, nu bij nader inzicht te beschouwen zijn als verkregen of gecreëerde elementen¹⁴¹⁷. Ten tweede zal de fase van het creëren van elementen en de fase van het opnemen van deze elementen in de databank in de praktijk vaak overlappen¹⁴¹⁸.

Daarnaast stellen zich ook vragen rond de praktische implicaties van dit onderscheid tussen het ‘verkrijgen’ en het ‘creëren’ van elementen. Sommige auteurs geven aan dat dit onderscheid tussen het ‘verkrijgen’ en het ‘creëren’ van elementen ondernemingen vraagt om maatregelen te nemen waardoor duidelijk aan te tonen is dat de fase van het creëren van elementen chronologisch en in de concrete werkwijze duidelijk gescheiden is van andere inspanningen die eventueel kunnen kwalificeren als een investering in de ‘controle’ of de ‘presentatie’ van de inhoud van een databank¹⁴¹⁹. In de rechtsleer is echter ook reeds gesuggereerd dat het mogelijk zou zijn om het onderscheid tussen het ‘verkrijgen’ en het ‘creëren’ van elementen eenvoudig te omzeilen door onderscheiden rechtspersonen op te richten. Een eerste rechtspersoon creëert dan eerst de elementen om ze dan vervolgens over te dragen of in licentie te geven aan een tweede rechtspersoon die er een databank mee maakt. Voor deze tweede rechtspersoon zou de vergoeding om over de betrokken elementen te kunnen beschikken, binnen deze opvatting, dan te kwalificeren zijn als een investering in het verkrijgen van de inhoud van een databank¹⁴²⁰.

¹⁴¹⁴ H.v.J. 9 november 2004, C-46/02 (*Fixtures Marketing t. Oy Veikkaus*), r.o. 49; H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 42; H.v.J. 9 november 2004, C-338/02 (*Fixtures Marketing t. Svenska Spel*), r.o. 37; H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 53.

¹⁴¹⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 35 (“*In dit verband sluit de omstandigheid dat de samenstelling van een databank samenhangt met de uitoefening van een hoofdactiviteit in het kader waarvan de samensteller van de databank tevens degene is die de in deze databank opgenomen elementen heeft gecreëerd, als zodanig niet uit dat deze persoon aanspraak kan maken op de bescherming die het recht sui generis biedt, op voorwaarde dat hij aantoont dat de verkrijging van deze elementen of de controle dan wel de presentatie daarvan, in de in de punten 31 tot en met 34 van dit arrest weergegeven zin, een in kwantitatief dan wel kwalitatief opzicht substantiële investering heeft geleverd, los van de middelen die voor het creëren van deze elementen zijn aangewend.*”); In dezelfde zin ook: H.v.J. 9 november 2004, C-46/02 (*Fixtures Marketing t. Oy Veikkaus*), r.o. 39; H.v.J. 9 november 2004, C-338/02 (*Fixtures Marketing t. Svenska Spel*), r.o. 29 en H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 45.

¹⁴¹⁶ Zie in die zin ook A. BEUNEN, *Protection for databases: the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, p.125 (Die rond de ‘spin-off’-theorie uitdrukkelijk stelt: “*Yet, implicitly, the European Court has in our view rejected this theory by formulating an approach of its own.*”).

¹⁴¹⁷ Zie bijvoorbeeld: A. BEUNEN, *Protection for databases: the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, p. 126.

¹⁴¹⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. LEISTNER, “Court of Justice of the European Communities Grand Chamber, Decision November 9, 2004 - Case No. C-203/02 (The British Horseracing Board Ltd and Others v. William Hill Organization Ltd, „British Horseracing”) – Comment”, *IIC* 2005, p. 593-594.

¹⁴¹⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld; M. Davison en P. Hugenholtz, “Football fixtures, horse races and spin-offs: the ECJ domesticates the database right”, *E.I.P.R.* 2005, p. 115.

¹⁴²⁰ In die zin bijvoorbeeld: A. BEUNEN, *Protection for databases: the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, p.134-135

B.1.2. Controle

Voor de interpretatie dan van de notie investeringen in de ‘controle’ van de inhoud van een databank is ondertussen duidelijk dat de volgende richtlijn geldt. Dit begrip slaat op de inzet van middelen, bij de samenstelling van de databank of tijdens het functioneren ervan, die gericht zijn op het garanderen dat de elementen in de databank correct of betrouwbaar zijn. Ook in dit verband heeft het Hof van Justitie aangegeven dat inspanningen om de juistheid of betrouwbaarheid te garanderen van elementen, in de fase van het creëren van deze elementen, niet onder de notie vallen van investeringen in de ‘controle’ van de inhoud van een databank¹⁴²¹. Het moet zoals aangegeven dus gaan om inspanningen bij de samenstelling van de databank of tijdens het functioneren ervan. Ook hier geldt dat dit onderscheid tussen ‘controle’ bij creëren, enerzijds, en ‘controle’ bij het verzamelen en functioneren, anderzijds, in de praktijk niet steeds eenvoudig zal zijn¹⁴²². Het corrigeren of updaten van elementen binnen de databank zijn volgens verschillende auteurs goede voorbeelden van inspanningen die kwalificeren als een ‘controle’ van de inhoud van een databank¹⁴²³.

B.1.3. Presentatie

Voor de betekenis van de notie investeringen in de ‘presentatie’ van de inhoud van een databank is het volgende richtsnoer komen vast te staan. Deze notie verwijst naar de middelen aangewend om de elementen van de databank in te passen en te linken aan een systematische of methodische ordening en om het mogelijk te maken elk van hen, aan de hand van deze systematische of methodische ordening, terug te vinden¹⁴²⁴. De inspanningen die de rechtsleer als voorbeelden ziet van dergelijke investeringen in de ‘presentatie’ van de inhoud van een databank zijn erg uiteenlopend¹⁴²⁵. In de eerste plaats gaat het uiteraard bijvoorbeeld om de arbeid rond het ‘conceptuele ontwerp’, het ‘logische ontwerp’ en het ‘fysische ontwerp’ van de concrete databank¹⁴²⁶. Daarnaast haalt de

p.127 en M. Davison en P. Hugenholtz, “Football fixtures, horse races and spin-offs: the ECJ domesticates the database right”, *E.I.P.R.* 2005, p. 115; In dit verband is op te merken dat verschillende auteurs inderdaad aanvaarden dat licentievergoedingen om over elementen te kunnen beschikken inderdaad kunnen kwalificeren als een investering in het verkrijgen van deze elementen, zie bijvoorbeeld: M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 152; Uitdrukkelijk anders: S. KLOS, “Databankieren in een lawyer’s paradise. Enkele vragen rond het begrip Databank in de Databankenwet”, *IER* 2000, p. 7.

¹⁴²¹ H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 42. In dezelfde zin: H.v.J. 9 november 2004, C-46/02 (*Fixtures Marketing t. Oy Veikkaus*), r.o. 37; H.v.J. 9 november 2004, C-338/02 (*Fixtures Marketing t. Svenska Spel*), r.o. 27; H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 43.

¹⁴²² Zie in dit verband bijvoorbeeld: D. THUM, “UrhG § 87a Begriffsbestimmungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 37.

¹⁴²³ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. BEUNEN, *Protection for databases: the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, p.134-135; P. HUGENHOLTZ, “De Databankrichtlijn eindelijk aanvaard. Een zeer kritisch commentaar”, *Computerrecht* 1996, p. 135.

¹⁴²⁴ H.v.J. 9 november 2004, C-46/02 (*Fixtures Marketing t. Oy Veikkaus*), r.o. 37 (“Het begrip investering in de presentatie van de inhoud van de betrokken databank betreft op zijn beurt de middelen die worden aangewend om deze databank gegevens te kunnen laten verwerken, dat wil zeggen hetgeen is gedaan met het oog op de systematische of methodische ordening van de in deze databank opgenomen elementen en de organisatie van de afzonderlijke toegankelijkheid daarvan.”) Zie ook: H.v.J. 9 november 2004, C-338/02 (*Fixtures Marketing t. Svenska Spel*), r.o. 27; H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 43.

¹⁴²⁵ Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld: H. HABERSTUMPF, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz”, *GRUR* 2003, p. 26 (“Die Darstellung des Inhalts betrifft die Strukturierung des Materials und dessen Präsentation am Bildschirm. Der dafür anfallende Aufwand spiegelt sich im Wesentlichen in der Arbeit des Datenbankingenieurs und in den Kosten für den Erwerb oder die Programmierung der erforderlichen Computerprogramme wider.”).

¹⁴²⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: D. THUM, “UrhG § 87a Begriffsbestimmungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 38; Het conceptueel ontwerp bestaat er in wezen in om een deel van de realiteit te nemen en daarrond het volgende te doen: elementen identificeren binnen dit deel van de realiteit evenals eigenschappen van deze elementen en relaties tussen de

rechtsleer ook bijvoorbeeld de inspanningen aan om de elementen geschikt te maken om hen in te passen en te linken aan de ordening van de databank¹⁴²⁷. Hoewel hierrond enig discussie bestaat, geven verschillende auteurs ook aan dat de inspanningen die verband houden met het computerprogramma dat de databank beheert, in aanmerking komen als investeringen in de ‘presentatie’ van de inhoud van een databank¹⁴²⁸.

B.2. Aard van de investering

Daarnaast geeft het databankenrecht *sui generis* ook aan dat het bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming zowel rekening zal houden met *kwantitatief* substantiële als met *kwalitatief* substantiële investeringen in de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van een databank¹⁴²⁹. De regelgeving rond het databankenrecht *sui generis* geeft daarbij echter weinig verdere uitleg rond de betekenis van de noties kwalitatief en kwantitatief. De overwegingen bij de Richtlijn Databanken stellen in dit verband enkel het volgende: “Overwegende dat dit recht *sui generis* ten doel heeft om, voor de beperkte duur van het recht, een investering in de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van een databank te beschermen; dat deze investering een kwestie kan zijn van geld en/of tijd, moeite en energie;¹⁴³⁰”

Het gebrek aan houvast rond de interpretatie van de noties *kwantitatief* en *kwalitatief* in het kader van het beschermingsvereiste dat het databankenrecht *sui generis* stelt rond een substantiële investering heeft echter reeds tot heel wat onduidelijkheid en discussie geleid. Ten eerste was er in dit verband met name al de vraag of de verwijzing naar een in *kwalitatief* opzicht substantiële investering als aanknopingspunt kon dienen om een bescherming op grond van het databankenrecht *sui generis* te motiveren rond slechts enkele of zelfs afzonderlijke elementen van de ‘databank’ die cruciaal zijn voor de waardering die mensen hadden van de betrokken databank¹⁴³¹. Ten tweede stellen we vast dat de rechtsleer ook reeds de bezorgdheid uitte dat het databankenrecht

eigenschappen van deze elementen en, vervolgens, deze elementen, eigenschappen en relaties te vatten in een grafische weergave. Het ‘logische ontwerp’ is een beschrijving van de entiteiten die elementen zullen uitmaken van de databank, en van de ordening en structurering van elementen op grond van hun eigenschappen en de relaties tussen hun eigenschappen. Dit ‘logische ontwerp’ zet het ‘conceptueel ontwerp’ om in structuren die ook een implementatie toelaten binnen concrete databanken. Het fysische ontwerp is een ontwerp dat, gezien het ‘logische ontwerp’, het gekozen databankmodel en het specifiek computerprogramma om de databank te beheren, aangeeft welke geheugendragers of geheugenapparaten en welke organisatie van de opslag van en de toegang tot de data van de databank binnen deze geheugendragers of geheugenapparaten, te verkiezen zijn om de databank zo performant mogelijk te maken. Zie met betrekking tot deze ontwerparbeid, bijvoorbeeld: G. VOSSSEN, *Datenmodelle, Datenbanksprachen und Datenbankmanagementsysteme*, München, Oldenbourg, 2008, p. 55 e.v.; G. DE TRÉ, *Principes van databases*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2007, p. 59 e.v. G. POWELL, *Beginning database design*, Indianapolis, Wiley, 2006, p. 5; G. SIMSION en G. WITT, *Data modeling essentials*, Amsterdam en London, Morgan Kaufmann, 2005, p. 17.

¹⁴²⁷ Zie bijvoorbeeld: A. BEUNEN, *Protection for databases: the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, p. 136-137 en D. THUM, “UrhG § 87a Begriffsbestimmungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 38.

¹⁴²⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. SCHELLEKENS, “A database right in search results? – An intellectual property right reconsidered in respect of computer generated databases”, *Computer Law & Security Review* 2011, p. 620-629 en H. HABERSTUMPF, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz”, *GRUR* 2003, p. 26

¹⁴²⁹ Rechtsoverweging 40 bij de Richtlijn Databanken geeft hierbij overigens de volgende verduidelijking: “Overwegende dat dit recht *sui generis* ten doel heeft om, voor de beperkte duur van het recht, een investering in de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van een databank te beschermen; dat deze investering een kwestie kan zijn van geld en/of tijd, moeite en energie;”.

¹⁴³⁰ Richtlijn Databanken, overweging 40.

¹⁴³¹ Zie voor deze vraag bijvoorbeeld: E. DERCLAYE, “Database Sui Generis Right: What Is a Substantial Investment? A Tentative Definition”, *I.I.C.* 2005, p. 27; In de zin dat er rekening mee te houden is dat de betrokken verwijzing naar een in *kwalitatief* opzicht substantiële investering een dergelijke bescherming kan motiveren rond afzonderlijke elementen van de ‘databank’ op grond van het *databankenrecht sui generis*, bijvoorbeeld: M. DAVISON, *The legal protection of databases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 85.

sui generis een bescherming zou toekennen rond ideeën¹⁴³², aangezien aangenomen werd dat bijvoorbeeld inspanningen die aanleiding geven tot innovatieve of gebruiksvriendelijke mogelijkheden om de elementen van de databank te doorzoeken konden kwalificeren als een in *kwalitatief* opzicht substantiële investering¹⁴³³. Ten derde vroeg de rechtsleer zich ook reeds af of de verwijzing naar een in *kwalitatief* opzicht substantiële investering binnen het databankenrecht *sui generis*, als aanknopingspunt kon dienen om inspanningen rond de keuze of de rangschikking van de elementen van een ‘databank’ – zoals aangegeven het aspect van ‘databanken’ waarop het databanken-auteursrecht focust – tegelijk ook relevant te achten voor het motiveren van de toekenning van bescherming op grond van het databankenrecht *sui generis*¹⁴³⁴.

Het Europese Hof van Justitie heeft ondertussen reeds enkele punten van houvast geboden rond de interpretatie van de begrippen *kwantitatief* en *kwalitatief* als precisering van de substantiële investering die het databankenrecht *sui generis* vereist voor het toekennen van bescherming. Hierbij heeft dit Hof vooral verduidelijkt dat een *kwantitatieve* beoordeling van investeringen in dit verband verwijst naar middelen die te becijferen zijn terwijl de *kwalitatieve* beoordeling van investeringen in deze context slaat op niet-quantificeerbare inspanningen, zoals een intellectuele inspanning of energieverbruik¹⁴³⁵. Daarnaast menen we dat dit Hof indirect ook aangegeven heeft dat de verwijzing naar een in *kwalitatief* opzicht substantiële investering niet als aanknopingspunt kan fungeren om een bescherming op grond van het databankenrecht *sui generis* te motiveren rond afzonderlijke elementen van de ‘databank’. Dit blijkt volgens ons met name uit het feit dat het Hof, bij zijn interpretatie van de notie van een ‘in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van de inhoud’ van een ‘databank’ in het kader van de afbakening van de door het databankenrecht *sui generis* toegekende bescherming, uitdrukkelijk overweegt dat: “...de intrinsieke waarde van de opgevraagde of hergebruikte elementen geen relevant criterium is voor de beoordeling of het betrokken deel een substantieel karakter heeft.”¹⁴³⁶ Deze verduidelijkingen van het Hof nemen echter niet weg dat het antwoord op de vraag wat in deze context nu precies een *kwalitatieve* investering uitmaakt, zonder tegelijk ook een *kwantitatieve* investering te zijn, in belangrijke mate open blijft¹⁴³⁷. Meestal wordt

¹⁴³² Zie voor deze bezorgdheid: E. DERCLAYE, “Database Sui Generis Right: What Is a Substantial Investment? A Tentative Definition”, *I.I.C.* 2005, p. 28 (“...ideas can be protected by the sui generis right if they represent a qualitatively substantial investment. The sui generis right could thus be a way to protect ideas, which are unprotectable by other intellectual property rights such as patents, which protect ideas only under certain conditions (novelty, inventiveness and industrial application”). Echter – volgens ons zeer terecht – in de zin dat het databankenrecht *sui generis* geen bescherming toekent op het niveau van ideeën: M. SCHELLEKENS, “A database right in search results? – An intellectual property right reconsidered in respect of computer generated databases”, *Computer Law & Security Review* 2011, p. 628 (“The database right does not protect the elaborated idea behind a database either; it only protects the investment in realising the elaborated idea: the actual making of a database according to the elaborated idea”).

¹⁴³³ Zie in die zin bijvoorbeeld: D. THUM, “UrhG § 87a Begriffsbestimmungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 67 (Met name waar zij rond het criterium van een kwalitatieve investering stelt: “So soll diese sich zum einen aufgrund unternehmerischer Innovation in Form einer neuartigen Kombinations-, Darstellungs- und Einteilungsidee ergeben können, die dem Anwender neue Zusammenhänge und Nutzungsmöglichkeiten erschließt und damit schutzwürdig ist, auch wenn die Datenbank selbst ggfs. nur eine geringe Datenmenge enthält (...).”); Vergelijk op dit punt ook: Tribunal de grande instance Parijs 5 september 2001, *Légipresse* 2001, 219.

¹⁴³⁴ Zie in dit verband bijvoorbeeld: E. DERCLAYE, “Database Sui Generis Right: What Is a Substantial Investment? A Tentative Definition”, *I.I.C.* 2005, p. 27 (“Originality for a database subsists in the arrangement or in the selection, the choice of the elements. A qualitatively substantial investment can subsist in the choice of information, the ergonomics of access and use modes (the presentation). ... Consequently, a database that qualifies for copyright protection will almost invariably qualify for protection under the sui generis right.”) en M. DAVISON, *The legal protection of databases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 84.

¹⁴³⁵ Zie in die zin: H.v.J. 9 november 2004, C-46/02 (*Fixtures Marketing t. Oy Veikkaus*), r.o. 38 (“De investering in de samenstelling van de databank kan bestaan in menselijke, financiële of technische inspanningen of middelen, maar moet vanuit een kwantitatief of kwalitatief oogpunt substantieel zijn. Blijkens de overwegingen 7, 39 en 40 van de richtlijn ziet de kwantitatieve beoordeling op middelen die te becijferen zijn en de kwalitatieve beoordeling op niet-quantificeerbare inspanningen, zoals een intellectuele inspanning of energieverbruik.”) Zie ook: H.v.J. 9 november 2004, C-338/02 (*Fixtures Marketing t. Svenska Spel*), r.o. 28; H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 44.

¹⁴³⁶ H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 72.

¹⁴³⁷ Vergelijk in die zin ook bijvoorbeeld: D. THUM, “UrhG § 87a Begriffsbestimmungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 54.

aangenomen dat het criterium van een in *kwalitatief* substantiële investeringen vooral een aanvullende functie toekomt ten aanzien van het criterium van een in *kwantitatief* substantiële investeringen¹⁴³⁸.

B.3. Drempel van de investering

Ten slotte, geeft het databankenrecht *sui generis* ook aan dat het voor het toekennen van bescherming vereist dat de investering in de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van de concrete databank ‘substantieel’ is. De regelgeving rond het databankenrecht *sui generis* geeft daarbij echter weinig aanwijzingen rond de drempel aan relevante, kwantitatieve of kwalitatieve investeringen die moet overschreden worden om in deze context de vereiste substantiële investering te aanvaarden. De overwegingen bij de Richtlijn Databanken geven in dit verband enkel het voorbeeld dat de compilatie van meerdere vastleggingen van muziekuitvoeringen op een CD, geen voldoende substantiële investering vertegenwoordigt om aanleiding te geven tot bescherming op grond van het databankenrecht *sui generis*¹⁴³⁹. Ook het Europese Hof van Justitie, sprak zich nog niet uitdrukkelijk uit over de drempel waarop dit vereiste van een substantiële investering aanstuurt.

In de rechtsleer was er overigens reeds veel discussie rond de vraag of het beschermingsvereiste van een in kwalitatief of kwantitatief opzicht *substantiële* investering in het kader van het databankenrecht *sui generis*, te verstaan is als een vereiste dat eerder hoge investeringen dan wel enkel beperkte, niet-onbetekenende investeringen vraagt om vervuld te zijn. Daarbij was er bijvoorbeeld geen eensgezindheid of uit het voorbeeld dat de Richtlijnen Databanken aanhaalt van een compilatie-cd nu af te leiden is dat het betrokken vereiste van een substantiële investering een hoge dan wel een lage drempel hanteert¹⁴⁴⁰. Meer algemeen wordt de discussie rond de drempel die te lezen is in de betrokken notie van een ‘substantiële investering’ overigens doorgaans gevoerd in het licht van het volgende: hypothesen rond het effect dat te verwachten is van hoge dan wel lage drempels om een dergelijke substantiële investering te aanvaarden, op het eventuele monopoliseren van de informatie binnen databanken die, in het licht van de gehanteerde drempels, bescherming zouden genieten op grond van het databankenrecht *sui generis*. Opmerkelijk daarbij is dat de betrokken auteurs vaak zelf al aangeven dat vanuit deze optiek van informatiemonopolies, zowel hoge als lage drempels te bepleiten zijn. Enerzijds valt, volgens deze auteurs immers te argumenteren dat, door een hoge drempel aan investeringen te vereisen voor het toekennen van bescherming door het databankenrecht *sui generis*, verhoudingsgewijs minder databanken bescherming zullen genieten en het risico dus ook kleiner is dat informatie achter exclusieve rechten verdwijnt¹⁴⁴¹. Anderzijds halen de betrokken auteurs echter ook het argument aan dat, een hoge drempel aan investeringen vereisen voor het toekennen van bescherming door het databankenrecht *sui generis*, net informatiemonopolies in de hand werkt, in essentie, doordat de weinige ‘databanken’ die deze drempel wel halen, dan vrij de elementen kunnen overnemen uit die databanken die deze hoge drempel nog niet halen en deze andere databanken op die manier ook telkens uit

¹⁴³⁸ In die zin bijvoorbeeld: M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 154.

¹⁴³⁹ Zie Richtlijn Databanken, overweging 19: (“*Overwegende dat de compilatie van meerdere vastleggingen van muziekuitvoeringen op een CD normaliter niet binnen het toepassingsgebied van de richtlijn valt, niet alleen omdat zij als compilatie niet aan de voorwaarden voldoet om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen, maar ook omdat zij niet een voldoende substantiële investering vertegenwoordigt om onder het recht sui generis te vallen;*”).

¹⁴⁴⁰ Zie in dit verband : E. DERCLAYE, “Database Sui Generis Right: What Is a Substantial Investment? A Tentative Definition”, *I.I.C.* 2005, p. 6-7 en G. WESTKAMP, “Protecting Databases Under US and European Law – Methodical Approaches to the Protection of Investments Between Unfair Competition and Intellectual Property Concepts”, *IIC* 2003, p. 781-782.

¹⁴⁴¹ Zie in dit verband, bijvoorbeeld: G. WESTKAMP, “Protecting Databases Under US and European Law - Methodical Approaches to the Protection of Investments Between Unfair Competition and Intellectual Property Concepts”, *IIC* 2003, p. 782 (“...it is apparent that a higher threshold would lessen the danger of information monopolies by creating a broader public domain.”) en M. LEISTNER, “Legal Protection for the Database Maker - Initial Experience from a German Point of View”, *IIC* 2002, p.451 (“...the important objection that setting a low level for the required investment constitutes a risk of the monopolization of public-domain information argues in favor of a more strict construction of the concept of substantiality.”).

de markt kunnen concurreren¹⁴⁴². Los nog van het feit dat deze discussie en argumentatie in het licht van informatiemonopolies dus niet tot sluitende conclusies leidt rond de aangewezen drempel om de vereiste substantiële investering te aanvaarden voor het toekennen van bescherming op grond van het databankenrecht *sui generis*, menen wij echter, in navolging van DERCLAYE dat deze discussie het volgende punt over het hoofd ziet: dat het databankenrecht *sui generis* niet aan de basis kan liggen van exclusieve rechten over de afzonderlijke elementen die de inhoud van een databank uitmaken, laat staan van de informatie die deze elementen weergeven¹⁴⁴³.

Ondanks de zonet aangehaalde discussie, stellen we echter vast dat de meerderheidsopvatting de ondertussen in bestaat om aan te nemen dat een lage drempel te hanteren is om te beoordelen of een investering in de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van de concrete databank, ‘substantieel’ is¹⁴⁴⁴. Verschillende auteurs stellen dat dit vereiste van ‘substantieel’ zijn, op te vatten is als een *de minimis* criterium dat de grens trekt bij daadwerkelijk lage investeringen¹⁴⁴⁵.

¹⁴⁴² Zie voor dit argument, bijvoorbeeld: G. WESTKAMP, “Protecting Databases Under US and European Law - Methodical Approaches to the Protection of Investments Between Unfair Competition and Intellectual Property Concepts”, *IIC* 2003, p. 782 (“Yet, it could be argued that the danger of such monopolies is likewise increased by a high threshold. Less extensive protection could perhaps enable manufacturers of extensive databases to avail themselves freely of information from smaller collections. Gradually, this might operate as a barrier to entry: larger database manufacturers could obtain data at no cost, thereby reducing their necessary investment and offering the same information, enriched and combined with other discreet sets of data. Apparently, there is danger of monopolies in this scenario.”) en M. LEISTNER, “Legal Protection for the Database Maker - Initial Experience from a German Point of View”, *IIC* 2002, p.451; Vergelijk ook: H. SENDROWSKI, “Zum Schutzrecht ‚sui generis‘ an Datenbanken”, *GRUR* 2005, p. 373 (“Ziel der Richtlinie sei nicht die Diskriminierung kleinerer Datenbanken.”).

¹⁴⁴³ Zie: E. DERCLAYE, “Database Sui Generis Right: What Is a Substantial Investment? A Tentative Definition”, *I.I.C.* 2005, p. 21 (“The main argument advocating a high threshold is that if the threshold is high, the danger of information monopolies is reduced and the public domain is broader. However, this argument is weak, if not totally flawed. This is because the making of a database of pre-existing elements does not create a monopoly. These elements are still collectable by anyone interested in making an identical or similar database. Like copyright and unlike patent law, the sui generis right is only an anti-copying right.”).

¹⁴⁴⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. BEUNEN, *Protection for databases: the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, p. 145 en E. DERCLAYE, “Database Sui generis Right: What Is a Substantial Investment? A Tentative Definition”, *I.I.C.* 2005, p. 21.

¹⁴⁴⁵ In die zin bijvoorbeeld: D. THUM, “UrhG § 87a Begriffsbestimmungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 55; Vergelijk ook: Conclusie van Advocaat-Generaal Stix-Hackl van 8 juni 2008, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), overweging 55 (“The Directive requires an absolute lower threshold for investments worthy of protection as a sort of *de minimis* rule.”).

1.2.4. Abstractie

Ten vierde is het gebruikelijk om aan te nemen dat de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, met het oog op de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming, ook richtlijnen geven rond het volgende punt: het *niveau van abstractie* waarop, bij het toekennen van bescherming, rekening te houden is met het gegeven dat de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie van inspanningen dankt aan het te beoordelen resultaat van inspanningen, verschillen vertonen tegenover de zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen de relevante referentiegroep, die staven dat het betrokken resultaat van inspanningen voortvloeit uit die inspanningen die vereist zijn voor het toekennen van bescherming.

In dit onderdeel gaan we nu dieper in op deze richtlijnen rond de relevante graad van abstractie bij het toekennen van bescherming die deze *sui generis* intellectuele rechten naar voor schuiven. Eerst (A.) doen we dit voor het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht. Daarna (B.) doen we dit ook voor het databankenrecht *sui generis*. Door deze indeling willen we met name opnieuw ruimte creëren om eventuele bijzonderheden aan het licht te laten komen die samenhangen met het gegeven dat het *sui generis* recht rond databanken als enige uitdrukkelijk geen intellectuele arbeid vereist voor het toekennen van zijn bescherming.

A. Chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht

In het kader van het chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht is het met name opnieuw de aanvaarding van het principe van een 'vorm versus inhoud'-dichotomie die telkens als aanknopingspunt geldt voor de richtlijnen die deze intellectuele rechten bieden rond de relevante graad van abstractie bij de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming. Deze 'vorm versus inhoud'-dichotomie houdt, zoals aangegeven, ook hier telkens in essentie in dat de bescherming die deze intellectuele rechten verlenen naar aanleiding van een resultaat van inspanningen, zich in beginsel richt naar de concrete vormgeving die voortvloeit uit dit resultaat van inspanningen en niet aan de orde is voor de inhoud of de abstracte ideeën die voortvloeien uit de betrokken inspanningen¹⁴⁴⁶. In het computerprogramma-auteursrecht is het in dit verband overigens gebruikelijk om aan te nemen dat de 'vorm versus inhoud'-dichotomie die dit recht beheerst een uitdrukkelijke neerslag gevonden heeft in de bepaling dat de ideeën en beginselen die aan enig element van een computerprogramma ten grondslag liggen, met inbegrip van de ideeën en beginselen die aan de interfaces daarvan ten grondslag liggen, uitdrukkelijk uitgesloten zijn van de bescherming door het computerprogramma-auteursrecht¹⁴⁴⁷. Binnen het chipsrecht geldt dat de 'vorm versus inhoud'-dichotomie die dit recht beheerst expliciet bevestigd wordt door de bepaling dat de bescherming die het chipsrecht voorziet, zich niet uitstrekt tot andere in de topografie belichaamde concepten, processen, systemen, technieken of gecodeerde informatie, dan

¹⁴⁴⁶ Zie: M.-C. JANSSENS en S. VAN DE MOSSELAER, "Het arrest SAS Institute: een toepassing van de idee-expressie dichotomie op computerprogrammatuur", *SEW* 2013, p. 234-239; M. GRÜTZMACHER, "UrhG § 69 a Gegenstand des Schutzes" in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 22 ("Entsprechend erstreckt sich der Urheberschutz gem. § 69 a Abs. 2 nur auf die Ausdrucksform, während die Ideen und Grundsätze vom Schutz ausgenommen bleiben."); A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, 394 p. 124 e.v.; N. VON WERDT, *Ausgewählte Probleme zum Topographienschutz von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen. Der Schutzgegenstand und die Schutzvoraussetzungen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, p. 129; Vergelijk ook: T. EHMANN, "Datenbankurheberrecht, Datenbankherstellerrecht und die Gemeinschaft der Rechtsinhaber - Zugleich Besprechung von BGH 'Gedichttitelliste I und II'" *GRUR* 2008, p. 475 ("Selbst wenn man die Auswahl von 14 Anthologien aus tausenden für schöpferisch hält, müsste auch gerade diese schöpferische Leistung im konkreten Datenbankwerk ihre wahrnehmbare Formgestaltung gefunden haben, in der die Individualität des Urhebers zum Ausdruck kommt.") en H. VANHEES, "De juridische bescherming van databanken" (noot bij Brussel, 3 mei 2000), *I.R.D.I.* 2001, p. 41 ("Dit blijkt ook zeer duidelijk uit art. 5, aanhef richtlijn databanken, waar bepaald wordt dat de maker van een databank een aantal exclusieve rechten bezit m.b.t. de voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komende uitdrukkingvorm van de databank.").

¹⁴⁴⁷ Art 1.2. Richtlijn Computerprogramma's en art. XI.295., lid 2 WER (oud art 2, lid 2 Wet Computerprogramma's). Zie bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, "UrhG § 69 a Gegenstand des Schutzes" in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 22.

de topografie zelf¹⁴⁴⁸. In het databanken-auteursrecht kunnen we eventueel aannemen dat de ‘vorm versus inhoud’-dichotomie binnen dit recht tot uiting komt in het feit dat art. 5 Richtlijn Databanken uitdrukkelijk stelt dat de voorbehouden handelingen binnen het databanken-auteursrecht gelden: “...met betrekking tot de voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komende uitdrukkingsvorm van de databank...”¹⁴⁴⁹

We stellen echter vast dat er discussie bestaat rond de inhoud van de richtlijnen die het chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht daarbij, in het licht van de betrokken ‘vorm versus inhoud’-dichotomie, naar voor schuiven rond de relevante graad van abstractie bij de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming. Doorheen de rechtsleer en rechtspraak treffen we in dit verband vooral twee opvattingen aan.

In de eerste plaats is er met name het standpunt dat het chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht vragen om bij de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming enkel aandacht te hebben voor het niveau van abstractie van de concrete vormgeving en met andere woorden dus om het niveau van abstractie van uitgewerkte of abstracte ideeën buiten beschouwing te laten. Binnen het databanken-auteursrecht wordt in die zin vaak verdedigd dat de beoordeling rond het toekennen van bescherming naar aanleiding van de eigen, intellectuele schepping rond de keuze of de rangschikking van de elementen van een databank, zich niet te richten heeft naar de criteria die deze keuze of rangschikking beheersen maar, respectievelijk, naar de concreet in deze databank opgenomen en dus gekozen elementen, en, naar de daadwerkelijk ordening die binnen deze databank blijkt te bestaan tussen die concrete elementen¹⁴⁵⁰. Binnen het chipsrecht vinden we zelfs in de regel de opvatting terug dat het toekennen van bescherming op grond van dit recht zich dient te richten naar de concrete vormgeving die de ‘topografie van een halfgeleider product’ kenmerkt, met name in de zin van het voor deze topografie kenmerkende driedimensionale patroon van een halfgeleiderproduct¹⁴⁵¹. Daarbij blijkt het dan met name gebruikelijk om, zoals aangegeven, aan te nemen dat de concrete vormgeving van het betrokken driedimensionale patroon van een halfgeleiderproduct, de topografie ervan, getypeerd is: is zowel door de vorm van de afzonderlijk schakelcomponenten binnen dit halfgeleiderproduct, als door de situering en ordening van deze schakelcomponenten binnen dit halfgeleiderproduct, als door de manier waarop deze schakelcomponenten binnen dit halfgeleiderproduct met elkaar verbonden zijn tot een schakeling¹⁴⁵². Ook in het kader van het

¹⁴⁴⁸ Art 8 Richtlijn Chips en art. XI.321. WER (oud art. 3 Chipswet). Zie ook: A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, 394 p. 133.

¹⁴⁴⁹ Zie in dit verband met name de inleidende zin van art. 5 Richtlijn Databanken met betrekking tot de verleende exclusieve rechten, die luidt: “De maker van een databank heeft, met betrekking tot de voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komende uitdrukkingsvorm van de databank, het exclusieve recht te verrichten of toe te staan: ...”; In die richting bijvoorbeeld ook: H. VANHEES, “De juridische bescherming van databanken” (noot bij Brussel, 3 mei 2000), *I.R.D.I.* 2001, p. 41.

¹⁴⁵⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. QUAEDVLIEG, “Onafhankelijk, geordend en toegankelijk: het object van het databankenrecht in de richtlijn”, *AMI* 2000, p. 183; Vergelijk, zoals aangegeven, ook: T. EHMANN, “Datenbankurheberrecht, Datenbankherstellerrecht und die Gemeinschaft der Rechtsinhaber - Zugleich Besprechung von BGH ‘Gedichttitelliste I und II’” *GRUR* 2008, p. 475 (“Selbst wenn man die Auswahl von 14 Anthologien aus tausenden für schöpferisch hält, müsste auch gerade diese schöpferische Leistung im konkreten Datenbankwerk ihre wahrnehmbare Formgestaltung gefunden haben, in der die Individualität des Urhebers zum Ausdruck kommt.”); H. HABERSTUMPF, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz”, *GRUR* 2003, p. 22 (“Schutzgegenstand ist die schöpferisch strukturierte Sammlung, die im logischen Datenmodell einer Datenbank konkretisiert ist. Allgemeine Ideen oder Grundsätze, etwa die in der Informationstheorie entwickelten Verfahren zur Entwicklung und Strukturierung von Datenbanken, die einem konkreten Modell zu Grunde liegen, werden vom Schutz nicht erfasst.”) en H. VANHEES, “De juridische bescherming van databanken” (noot bij Brussel, 3 mei 2000), *I.R.D.I.* 2001, p. 41 (“Dit blijkt ook zeer duidelijk uit art. 5, aanhef richtlijn databanken, waar bepaald wordt dat de maker van een databank een aantal exclusieve rechten bezit m.b.t. de voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komende uitdrukkingsvorm van de databank.”).

¹⁴⁵¹ Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld: R. WERUM, *Der Schutz von Halbleiterzeugnissen der Mikroelektronik im deutschen Rechtssystem*, Frankfurt am Main, Verlag Peter lang, 1990, p. 84 (“Ausschließlich geschützt ist die Topographie in ihrer äußerlich-rezeptiven Erscheinungsform.”).

¹⁴⁵² Zie in die zin bijvoorbeeld: N. VON WERDT, *Ausgewählte Probleme zum Topographieschutz von mikroelektronischen Halbleiterzeugnissen. Der Schutzgegenstand und die Schutzvoraussetzungen*, Zürich,

computerprogramma-auteursrecht vinden we in die zin het standpunt terug dat dit recht vraagt om bij de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming enkel rekening te houden met de concrete vorm, de concrete 'uitdrukkingswijze', van het betrokken computerprogramma. Binnen deze opvatting is het dan met name gebruikelijk om aan te nemen dat de concrete uitdrukkingswijze of vorm van het computerprogramma getypeerd is door de opeenvolging van binaire toestanden binnen zintuiglijk waarneembare manifestaties die de instructies belichamen van dit computerprogramma of door de beschrijvingen van de instructies van een computerprogramma in doelcode of broncode, in beide gevallen, met inbegrip van de onderlinge ordening die daarbij vast te stellen is tussen delen van deze code of delen van deze opeenvolging van binaire toestanden¹⁴⁵³.

Binnen deze opvatting die er voor pleit om de relevante graad van abstractie, bij het toekennen van het chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht, telkens te beperken tot de concrete vormgeving, moeten dan met name twee argumenten de wenselijkheid staven van deze benadering. Een eerste argument, dat we met name aantreffen in de context van chips en computerprogramma's, is dat, in de regel, de inspanningen om hen te doen functioneren gericht zijn op het ontwikkelen van een bepaalde concrete vormgeving die cruciaal is voor hun functioneren, bijvoorbeeld een bepaalde layout van schakelementen of een bepaalde code, en dat in dergelijke gevallen de ontwikkelde concrete vormgeving daarom ook de passende leidraad vormt voor een

Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, p. 65 ("Damit stellen wir zusammenfassend fest: Die Topographie ist das Muster, das sich aus der Anordnung von Bausteinen zu einer integrierten Schaltung ergibt, wobei die Anordnung der Bausteine oder die Form der Bausteine oder beide zusammen das Muster bestimmen.").

¹⁴⁵³ Zie in die zin bijvoorbeeld: D. KARJALA, "A Coherent Theory for the Copyright Protection of Computer Software and Recent Judicial Interpretations", *U.Cin.L.Rev.* 1997-1998, p. 65-66 ("... , there exists a social policy basis for protecting computer programs, notwithstanding their functional nature, under copyright. That policy, however, also clearly indicates how copyright protection in programs and their interfaces should be limited to avoid upsetting the careful balance between copyright and patent that has evolved over time. The short answer is that the program copyright should protect only the literal code and mechanical or electronic translations of code."); G. LUNNEY, "Lotus v. Borland: Copyright and Computerprograms", *Tulane Law Review* 1995-1996, 2431-2432 (Die aangeeft dat een "undue copying advantage" bij computerprogramma's reeds kan vermeden door een optreden ten aanzien van mechanisch of bijna exact kopiëren van code.); E. ULMER en G. KOLLE, "Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen", *GRURInt* 1982, p. 494 e.v. (o.a.: p.497: "Unzweifelhaft ist aber, daß jedenfalls das konkrete wissenschaftliche Werk in seinem Aufbau, in der Fülle seiner Gedanken und Beispiele und ihrer Beziehung zueinander geschützt ist. Kurz gefaßt: Geschützt ist das durch Inhalt und Form bestimmte Gewebe des Werkes. Der Schutz erstreckt sich dabei, urheberrechtlichen Grundsätzen entsprechend, auch auf die Bearbeitungen, wie Übersetzungen, Kürzungen und andere Umgestaltungen, unter der Voraussetzung, daß die wesentlichen Züge des Werkes übernommen werden. Für die Computerprogramme ergibt sich daraus, daß die abstrakten Elemente, auf denen die Programme beruhen, die mathematischen Prinzipien, die Regelmethode, der in der Fachsprache sogenannte "Algorithmus" als solche, keine geschützten Werke sind. Wie bereits dargestellt, gehen aber die algorithmischen Lösungselemente unmittelbar in die konkrete Gestalt des Programms ein und sind infolgedessen mitbestimmend für das individuelle Gepräge des Programms. In ihrer konkreten Verschmelzung mit dem einzelnen Programm werden sie daher vom Urheberrechtsschutz miterfaßt. Die Benutzung des Algorithmus ist frei, wird aber bei einer allein darauf aufbauenden, eigenständigen Programmschöpfung nicht dazu führen, daß jüngeres und geschütztes Programm in ihren wesentlichen Zügen identisch sind."); Vergelijk ook: M. GRÜTZMACHER, "UrhG § 69 a Gegenstand des Schutzes" in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 23-25 ("Die Ausdrucksform erfasst neben den Programmdateien des Maschinen-, Objekt- oder Quellcodes (...) vor allem die innere Struktur und Organisation des Computerprogramms. Eine wahrnehmbare Ausdrucksform des Computerprogramms kann auf allen Entwicklungsstufen vorliegen (...). Dem Urheberschutz zugänglich sind auf der Ebene des Programmcodes und der niedrigsten Abstraktion zunächst die konkrete Sammlung, Auswahl und Gliederung der Befehle (...). Abzugrenzen ist diese Leistung vom nicht schutzfähigen Algorithmus im engeren Sinne (...). Die konkrete Befehlsfolge und -auswahl entspricht dem, was teils – wenn auch sprachlich unpräzise – als Implementationsalgorithmus bezeichnet wird (...). Der BGH hat (noch zum alten Recht) zu verstehen gegeben, dass er nicht nur den Programmcode, sondern auch das Gewebe des Computerprogramms für schutzfähig hält (...).") en T. DREIER, "UrhG § 69 a Gegenstand des Schutzes" in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 21 ("Schutzfähig ist zunächst das Programm in seiner konkreten Form. Der Schutz besteht jedoch nicht allein gegen die bloße 1: 1-Kopie, sondern darüber hinaus auch gegen die Übernahme mit unwesentlichen Abweichungen in der Codeform sowie gegen die Übernahme für das Programm wesentlicher inhaltlicher Strukturelemente, wie sie etwa in der besonderen Gliederung des Programmablaufs, der Anordnung der einzelnen Programmelemente und ihrem Zusammenwirken zum Ausdruck kommen.").

intellectueelrechtelijke bescherming rond het creëren van chips en computerprogramma's¹⁴⁵⁴. Een tweede argument is dat in de context van chips, computerprogramma's en de structuur van databanken een intellectueelrechtelijke bescherming die een hoger niveau van abstractie als leidraad neemt dan de concrete vormgeving er al snel zou toe leiden dat de betrokken bescherming ongerechtvaardigd ver gaat in het verhinderen van de totstandkoming van substituten¹⁴⁵⁵.

In de tweede plaats is er echter de opvatting dat bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van het chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht een variabele graad van abstractie te hanteren is die zich weliswaar nooit richt naar het 'abstracte idee' maar wel kan variëren van een 'concrete vormgeving' tot het 'uitgewerkte idee'. In het chipsrecht is deze opvatting nog vrij zelden¹⁴⁵⁶. Ook in

¹⁴⁵⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: Zie in die zin bijvoorbeeld: N. VON WERDT, *Ausgewählte Probleme zum Topographienschutz von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen. Der Schutzgegenstand und die Schutzvoraussetzungen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, p. 65 ("Die Topographie von integrierten Schaltungen – verstanden als das Muster, das sich aus der Anordnung von Bausteinen zu einer integrierten Schaltung ergibt – eignet sich hervorragend als Schutzobjekt: Es erfasst als Einziges sämtliche heute bekannten Möglichkeiten der funktionellen Integration, die letztlich die schutzbegründenden Gestaltungsmerkmale einer Topographie ausmachen.") en E. ULMER en G. KOLLE, "Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen", *GRURInt* 1982, p. 494 ("Für die Software-Entwicklung ist daraus abzuleiten, daß praktisch alle für die Werkeigenschaft der Computerprogramme wichtigen Umstände und Merkmale früherer Entwicklungsstufen in das angestrebte Endprodukt, das betriebsfertige Programm, einfließen. Grundsätzlich kann gesagt werden, daß individuelle Entscheidungen, Lösungswege und andere bedeutsame Elemente im Programm wiederkehren, ihm innewohnen, auch wenn sie in äußerlich anderer Form in Erscheinung treten, z. B. als diskrete, nicht unmittelbar wahrnehmbare Darstellung im Maschinencode auf einem Datenträger."); Vergelijk ook: Toelichting Voorstel Richtlijn Computerprogramma's, p. 5 ("De creativiteit, bekwaamheid en vindingrijkheid waarvan sprake is, komen tot uiting in de wijze waarop het programma wordt uitgewerkt. De door een computerprogramma te vervullen taken moeten worden omschreven en alle mogelijke manieren waarop dit resultaat kan worden bereikt, moeten worden onderzocht. Uit de diverse oplossingen moet een keuze worden gemaakt en er moet worden nagegaan via welke opeenvolgende stappen het eindresultaat kan worden bereikt. De wijze waarop deze stappen worden uitgedrukt, zijn bepalend voor de specifieke kenmerken van het programma, zoals snelheid, doeltreffendheid en zelfs stijl. Een programma, heeft een structuur, met afdelingen en onderafdelingen, waardoorheen de informatie stroomt. Zoals bij andere werken van letterkunde ligt ook bij een computerprogramma een inherente logica ten grondslag aan de wijze waarop de diverse bewerkingsstappen worden voorgesteld. Deze bewerkingsstappen — de algoritmen — waaruit het programma is opgebouwd, dienen niet als zodanig tegen ongeoorloofde vereenvoudiging te worden beschermd. Zij zijn het equivalent van de woorden waarmee een dichter of romanschrijver zijn literaire werk scheidt, of van wat de penseelstreken zijn voor een schilder of de toonladders voor een componist.").

¹⁴⁵⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: H.v.J. 2 mei 2012, C-324/09 (SAS Institute v. World Programming), r.o. 40 ("Zoals de advocaat-generaal in punt 57 van zijn conclusie aangeeft, zou immers de mogelijkheid worden geboden om ideeën te monopoliseren ten koste van de technische vooruitgang en de industriële ontwikkeling indien werd erkend dat de functionaliteit van een computerprogramma auteursrechtelijk kan worden beschermd. Bovendien blijkt uit punt 3.7 van de motivering van het voorstel voor richtlijn 91/250 [COM(88) 816] dat het belangrijkste voordeel van de auteursrechtelijke bescherming van computerprogramma's is dat de bescherming alleen de specifieke uitdrukkingwijze van het werk betreft en aldus andere auteurs in voldoende mate vrijlaat om soortgelijke of zelfs identieke programma's tot stand te brengen, mits zij zich van plagiaat onthouden.") Zie ook: J. MARLY, "Der Schutzgegenstand des urheberrechtlichen Softwareschutzes", *GRUR* 2012, p. 776-777 ("Zu Recht wird im Schrifttum hervorgehoben, die Abgrenzung stelle keine ontologische Frage dar, kein Streit über Begrifflichkeiten, sondern müsse wertend nach dem Freihaltebedürfnis beantwortet werden. ... Dabei muss zunächst berücksichtigt werden, dass der Urheberrechtsschutz nur die Ausdrucksform schützt. Der Grund hierfür ist, um erneut mit dem Generalanwalt beim EuGH Bot zu sprechen, dass die Originalität eines urheberrechtlichen Werkes, die den Rechtsschutz begründet, nicht in einer Idee liegt, die keinen Schutz genießt, sondern die schutzbegründende Originalität findet sich in der Form des Ausdrucks dieser Idee. Darüberhinaus muss die Notwendigkeit der Verhinderung einer Monopolisierung von abstrakten Gedanken und Ideen sowie die erwünschte Standardisierung in die Betrachtung mit einbezogen werden, zumal der 9. Erwägungsgrund zur Softwarerichtlinie ausdrücklich hervorhebt, dass sich die Gemeinschaft zur Förderung der internationalen Standardisierung verpflichtet fühlt.").

¹⁴⁵⁶ Vergelijk echter: A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p.130 ("Applying the interpretation above, the idea/expression principle rationalises a policy decision as to whether there may be infringement by a second IC implementing essentially the same function as the protected IC in a different physical form. That is to say, the principle rationalises a determination as to

het databankenrecht wordt een dergelijke benadering niet vaak uitdrukkelijk voorgestaan maar is er bijvoorbeeld wel reeds rechtspraak die het volgende geoordeeld heeft: dat dit recht voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming weliswaar abstracte ideeën buiten beschouwing laat maar niettemin rekening houdt met het bijzonder concept dat de keuze van elementen beheerst¹⁴⁵⁷. Het is vooral in het kader van het computerprogramma-auteursrecht dat de opvatting verdedigd wordt dat, bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van dit recht, een variabele graad van abstractie te hanteren is die reikt van het niveau van abstractie van de concrete vormgeving tot het uitgewerkte idee¹⁴⁵⁸. Binnen deze opvatting in het kader van het computerprogramma-auteursrecht is het evengoed uitgesloten dat de algoritmes, abstracte rekenregels of programmeermethoden die in een computerprogramma vervat liggen, de leidraad vormen voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van het computerprogramma-auteursrecht¹⁴⁵⁹. Deze opvatting neemt echter wel aan dat bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van het computerprogramma-auteursrecht, naast de concrete vormgeving van een computerprogramma zoals hierboven vermeld, ook de volgende aspecten van een computerprogramma relevant kunnen zijn, die zich eerder situeren op het niveau van het uitgewerkte idee: de innerlijke structuur en organisatie van het computerprogramma, de programmeertaal van het computerprogramma zolang het niet gaat om de daaraan ten gronde liggende ideeën en de logica die het computerprogramma kenmerkt¹⁴⁶⁰.

In het kader van het computerprogramma-auteursrecht stellen we dan vast dat de voorstanders van het hanteren van een variabele graad van abstractie bij het toekennen van bescherming veelal het volgende soort tests naar voorschrijven om in dit verband de passende graad van abstractie te bepalen: tests die in wezen de quasi-direct uitvoerbare manifestatie of beschrijving in bron- of doelcode van het computerprogramma analyseren op steeds hogere niveaus van abstractie en daarbij telkens nagaan of de kenmerken van deze incorporaties van het computerprogramma, bekeken op het betrokken niveau van abstractie, nog in staat zijn om het toekennen van

what constitutes sufficient similarity between two IC read-only memory ('ROM') devices storing essentially the same information, or two IC logic devices implementing essentially the same logic, when the physical layout of each is not identical."

¹⁴⁵⁷ Zie met name: Bundesgerichtshof, 24 mei 2007, *GRUR* 2007, p. 685 (p. 687: "*Der urheberrechtliche Schutz der Gedichttitelliste als Datenbankwerk im Sinne des § 4 Abs. 2 UrhG bezieht sich nicht auf eine abstrakte wissenschaftliche Idee, sondern auf die besondere Konzeption bei der Auswahl der Gedichttitel. Diese ist gekennzeichnet durch die Entscheidung des Klägers, die "wichtigsten" Gedichte der Zeit zwischen 1730 und 1900 anhand weniger Anthologien, ausgesucht unter Tausenden solcher Sammlungen, sowie anhand der Bibliographie von Dühmert zu ermitteln und dabei ein statistisches Kriterium anzuwenden. Dieses Kriterium bestand in der Mindestzahl von drei Abdrucken (oder der Nennung in der Bibliographie von Dühmert). Die so ermittelten Gedichttitel konnten nach der unterschiedlichen Zahl von Abdrucken der Gedichte in weitere Gruppen eingeteilt werden. Im Hinblick darauf, dass der Schutz des Datenbankwerkes auf dieser Konzeption beruht, ist es - entgegen der Ansicht der Revision - ohne Bedeutung, dass mehr als die Hälfte der in die Gedichttitel-liste aufgenommenen Titel auch in dem bibliographischen Werk von Dühmert genannt sind.*"), Vergelijk op dit punt ook: P. TORREMANS, *Copyright law a handbook of contemporary research*, Edward Elgar Publishing, 2007, p. 123 e.v..

¹⁴⁵⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. STROWEL en E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données multimédia. Droit belge, européen et comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, p. 204; E. DERCLAYE, "Software Copyright Protection: Can Europe learn from American case law?" *E.I.P.R.* 2000, p. 58 e.v.; J. DREXL, "What is protected in a computer program? Copyright Protection in the United States and Europe", in F-K BEIER en G. SCHRICKER (ed.), *IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law* (vol. 15), Weinheim en New York, VCH Verlagsgesellschaft, 1994, p. 79 e.v.; Vergelijk ook: M. GRÜTZMACHER, "UrhG § 69 a Gegenstand des Schutzes" in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 27 ("*Entgegen anderer Auffassung (...) ist dementsprechend die Programmlogik prinzipiell schutzfähig, soweit sie nicht mit den dem Programm zugrunde liegenden Ideen und Grundsätzen gleichgesetzt werden kann (...).*").

¹⁴⁵⁹ Zie bijvoorbeeld: A. STROWEL en E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données multimédia. Droit belge, européen et comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, p. 204 en J. DREXL, "What is protected in a computer program? Copyright Protection in the United States and Europe", in F-K BEIER en G. SCHRICKER (ed.), *IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law* (vol. 15), Weinheim en New York, VCH Verlagsgesellschaft, 1994, p. 81 en 87.

¹⁴⁶⁰ Zie bijvoorbeeld: A. STROWEL en E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données multimédia. Droit belge, européen et comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, p. 192 e.v.; Vergelijk ook de bespreking bij: M. GRÜTZMACHER, "UrhG § 69 a Gegenstand des Schutzes" in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 27.

bescherming te verantwoorden en genieten, veelal in het licht van het voorliggen van keuzevrijheid bij het creëren van deze kenmerken¹⁴⁶¹. De te hanteren graad van abstractie bij het toekennen van bescherming op grond van het computerprogramma-auteursrecht, is volgens deze tests dan met name het niveau van abstractie waarop de kenmerken van de betrokken incorporaties van het computerprogramma inderdaad nog het toekennen van bescherming kunnen verantwoorden. De inspiratiebron voor dergelijke tests is daarbij dan in de regel de ‘abstraction-filtration-comparison’-test die sommige Amerikaanse rechtspraak reeds hanteerde om inbreuk vast te stellen in het licht van de auteursrechtelijke bescherming rond computerprogramma’s¹⁴⁶². Deze ‘abstraction-filtration-comparison’-test is opgezet als een toepassing van de ‘vorm versus inhoud’-dichotomie in de context van computerprogramma’s en omvat concreet drie stappen. De eerste stap van deze test houdt in dat het computerprogramma ontleed wordt op onderscheiden niveaus van abstractie, waarbij de concrete code van het computerprogramma het laagste niveau van abstractie vormt en de functie van het computerprogramma het hoogste niveau van abstractie uitmaakt¹⁴⁶³. De tweede stap van de ‘abstraction-filtration-comparison’-test bestaat er dan in om op de onderscheiden niveaus van abstractie die kenmerken van het computerprogramma weg te filteren die geen ‘vorm’ kunnen uitmaken in de zin van de ‘vorm versus inhoud’-dichotomie die in aanmerking komt voor bescherming, hetzij omdat zij gedecteerd zijn door het vervullen van een functie, hetzij omdat zij bepaald zijn door externe factoren hetzij omdat zij tot het publieke domein behoren¹⁴⁶⁴. De derde stap van de ‘abstraction-filtration-comparison’-test bestaat er dan in om de kenmerken van het computerprogramma die de filteroperatie in de tweede stap doorstaan hebben, te vergelijken met de kenmerken van het computerprogramma waarvan beweerd wordt dat het inbreuk maakt¹⁴⁶⁵.

¹⁴⁶¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: E. DERCLAYE, “Software Copyright Protection: Can Europe learn from American case law?” *E.I.P.R.* 2000, p. 58 e.v. en J. DREXL, “What is protected in a computer program? Copyright Protection in the United States and Europe”, in F-K BEIER en G. SCHRICKER (ed.), *IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law* (vol. 15), Weinheim en New York, VCH Verlagsgesellschaft, 1994, p. 78 e.v.; Vergelijk ook: A. STROWEL en E. DERCLAYE, *Droit d’auteur et numérique: logiciels, bases de données multimédia. Droit belge, européen et comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, p. 205.

¹⁴⁶² Zie bijvoorbeeld: United States Court of Appeals (Second Circuit) 22 juni 1992, (*Computer Associates International v Altai*), 982 F.2d 693; Uitgebreid met betrekking tot deze ‘abstraction-filtration-comparison’-test, bijvoorbeeld: D. KARJALA, “A Coherent Theory for the Copyright Protection of Computer Software and Recent Judicial Interpretations”, *U.Cin.L.Rev.* 1997-1998, p. 77 e.v.; S. ELAND, “The Abstraction-Filtration Test: Determining Non-Literal Copyright Protection for Software”, *Vill. L. Rev.* 1994, p. 665 e.v.; O. MARTYNIUK, “Abstraction-Filtration-Comparison Analysis and the Narrowing Scope of Copyright Protection for Computer Programs”, *U. Cin. L. Rev.* 1994-1995, p. 1333 e.v.; P. SAMUELSON, R. DAVIS, M. D. KAPOR en J.H. REICHMAN, “A manifesto concerning the legal protection of computer programs”, *Colum. L. Rev.* 1994, p. 2359 e.v..

¹⁴⁶³ United States Court of Appeals, Second Circuit, 22 juni 1992, (*Computer Associates International v Altai*), 982 F.2d 693, p. 707 (“As applied to computer programs, the abstractions test will comprise the first step in the examination for substantial similarity. Initially, in a manner that resembles reverse engineering on a theoretical plane, a court should dissect the allegedly copied program’s structure and isolate each level of abstraction contained within it. This process begins with the code and ends with an articulation of the program’s ultimate function. ... At the lowest level of abstraction, a computer program may be thought of in its entirety as a set of individual instructions organized into a hierarchy of modules. At a higher level of abstraction, the instructions in the lowest-level modules may be replaced conceptually by the functions of those modules. At progressively higher levels of abstraction, the functions of higher-level modules conceptually replace the implementations of those modules in terms of lower-level modules and instructions, until finally, one is left with nothing but the ultimate function of the program.... A program has structure at every level of abstraction at which it is viewed. At low levels of abstraction, a program’s structure may be quite complex; at the highest level it is trivial.”).

¹⁴⁶⁴ Het Court of Appeals omschrijft de filteroperatie en de daarbij gehanteerde criteria als volgt: “This process entails examining the structural components at each level of abstraction to determine whether their particular inclusion at that level was “idea” or was dictated by considerations of efficiency, so as to be necessarily incidental to that idea; required by factors external to the program itself; or taken from the public domain and hence is nonprotectable expression.” United States Court of Appeals, Second Circuit, 22 juni 1992, (*Computer Associates International v Altai*), 982 F.2d 693, p. 707.

¹⁴⁶⁵ United States Court of Appeals, Second Circuit, 22 juni 1992, (*Computer Associates International v Altai*), 982 F.2d 693, p.710 (“The third and final step of the test for substantial similarity that we believe appropriate for non-literal program components entails a comparison.”).

Binnen de hierboven aangehaalde opvattingen die er voor pleiten om bij het toekennen van bescherming, op grond van het chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht of databanken-auteursrecht, een relevante graad van abstractie te hanteren die de concrete vormgeving overstijgt is de analyse dan expliciet of impliciet de volgende: dat dit onder omstandigheden te rechtvaardigen is in het licht van het aanwendingsscala van het betrokken resultaat van inspanningen en niet per se moet resulteren in een ongerechtvaardigd verhinderen van de totstandkoming van substituten¹⁴⁶⁶.

Tot slot, merken we hier dan ook nog op dat het, volgens ons, niet geheel duidelijk is of en in welke mate het Europese Hof van Justitie bij zijn interpretatie van de notie ‘computerprogramma’, ‘uitdrukkingswijze van een computerprogramma’ en ‘voorbereidend materiaal van een computerprogramma’, ook stelling genomen heeft rond de vraag of een variabele graad van abstractie te hanteren is bij het toekennen van bescherming op grond van het computerprogramma-auteursrecht. Enerzijds is het natuurlijk zo dat het Hof een duidelijk grens gesteld heeft aan het hanteren van een variabele graad van abstractie in dit verband, met name door te stellen dat de volgende elementen van een computerprogramma geen ‘uitdrukkingswijze’ kunnen vormen ervan: de functionaliteit van een computerprogramma, de programmeertaal en de indeling van gegevensbestanden die in het kader van een computerprogramma worden gebruikt teneinde de functies daarvan te benutten¹⁴⁶⁷. Anderzijds heeft het Hof echter ook ruimte gelaten om, in het licht van het hierboven besproken criterium van ‘leiden tot het computerprogramma dan wel de reproductie ervan’ met het oog op het vaststellen van de ‘uitdrukkingswijze’ van een computerprogramma, niet alleen aandacht te hebben voor de bron- of doelcode van het computerprogramma¹⁴⁶⁸. Ook hier stellen we dan vast dat Het Europees Hof van Justitie een belangrijke vraag opengelaten heeft rond de praktische toepassing van het betrokken criterium van ‘leiden tot het computerprogramma dan wel de reproductie ervan’: welke norm of meer concrete criteria moeten we hanteren om te bepalen of een zintuiglijk waarneembare manifestatie in staat is om te ‘leiden tot het computerprogramma dan wel de reproductie ervan’.

B. Het databankenrecht *sui generis*

Binnen het databankenrecht *sui generis* stellen we vast dat ook het bepalen van de relevante graad van abstractie bij de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming vaak weinig aandacht krijgt en vaak enkel impliciet aan de orde is, met name dus bij de toetsing of voldaan is aan het vereiste van een in kwalitatief of kwantitatief substantiële investering rond het verkrijgen, controleren of presenteren van de inhoud van een concrete ‘databank’. In het kader van deze toetsing blijkt het volgens ons dan met name *de facto* gebruikelijk om aan te nemen dat de volgende graad van abstractie ten aanzien van een ‘databank’ relevant is bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van het databankenrecht *sui generis*: het niveau van de concrete elementen die, als gevolg van een bepaald resultaat van inspanningen, samen de inhoud uitmaken van de betrokken ‘databank’. Het

¹⁴⁶⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. STROWEL en E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données multimédia. Droit belge, européen et comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, p. 204; E. DERCLAYE, “Software Copyright Protection: Can Europe learn from American case law?” *E.I.P.R.* 2000, p. 58 e.v.; J. DREXL, “What is protected in a computer program? Copyright Protection in the United States and Europe”, in F-K BEIER en G. SCHRICKER (ed.), *IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law* (vol. 15), Weinheim en New York, VCH Verlagsgesellschaft, 1994, p. 79 e.v.; Vergelijk ook: Bundesgerichtshof, 24 mei 2007, *GRUR* 2007, p. 685 (p. 687).

¹⁴⁶⁷ H.v.J. 2 mei 2012, C-324/09 (SAS Institute v. World Programming), r.o. 46 (“Bijgevolg moet op de eerste tot en met de vijfde vraag worden geantwoord dat artikel 1, lid 2, van richtlijn 91/250 aldus moet worden uitgelegd dat noch de functionaliteit van een computerprogramma, noch de programmeertaal en de indeling van gegevensbestanden die in het kader van een computerprogramma worden gebruikt om bepaalde van de functies van dat programma te kunnen benutten, een uitdrukkingswijze van dit programma vormen en uit dien hoofde worden beschermd door het auteursrecht op computerprogramma’s in de zin van deze richtlijn.”).

¹⁴⁶⁸ Zie: H.v.J. 2 mei 2012, C-324/09 (SAS Institute v. World Programming), r.o. 35 (“In een arrest dat na de indiening van het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing is uitgesproken, heeft het Hof artikel 1, lid 2, van richtlijn 91/250 aldus uitgelegd dat het voorwerp van de door deze richtlijn verleende bescherming ziet op de uitdrukkingswijze, in welke vorm dan ook, van een computerprogramma, zoals de bron- en de doelcode, die de mogelijkheid bieden om het computerprogramma te reproduceren in verschillende computertalen (...).”) en H.v.J. 22 december 2010, C-393/09 (*Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury*), r.o. 35 e.v..

is met andere woorden op het niveau van het concrete verzamelde geheel van elementen dat de inhoud uitmaakt van de betrokken ‘databank’ dat na te gaan is of daaruit een in kwalitatief of kwantitatief substantiële investering blijkt rond het verkrijgen, controleren of presenteren van de inhoud van deze ‘databank’¹⁴⁶⁹. Indien de aggregatie-prestatie die aanleiding gaf tot het verzamelde geheel van elementen dat de inhoud vormt van een concrete ‘databank’ inderdaad kwalificeert als een dergelijke substantiële investering, dan kent het databankenrecht *sui generis* een bescherming toe die zich richt naar de belichaming van deze ‘aggregatie-prestatie’ binnen het concrete, geheel of gehelen van verzamelde elementen binnen de betrokken databank. De rechtsleer neemt in dit verband vaak aan dat het databankenrecht *sui generis* geen bescherming toekent op een hoger niveau van abstractie, indien zou blijken dat de aggregatie-prestatie die kwalificeert als een in kwalitatief of kwantitatief substantiële investering blijkt rond het verkrijgen, controleren of presenteren van de inhoud van deze ‘databank’ ook aanleiding gaf tot een resultaat van inspanningen, bijvoorbeeld een bepaald uitgewerkt of abstract idee, dat toepassing kan vinden in andere ‘databanken’. Ook in een dergelijk geval, richt het databankenrecht *sui generis* het toekennen van bescherming enkel naar de daadwerkelijke uitwerking van het betrokken idee, zoals deze tot uiting komt in het verzamelde geheel van elementen dat de inhoud uitmaakt van de betrokken concrete ‘databank’¹⁴⁷⁰.

¹⁴⁶⁹ Vergelijk in die zin ook bijvoorbeeld: M. SCHELLEKENS, “A database right in search results? – An intellectual property right reconsidered in respect of computer generated databases”, *Computer Law & Security Review* 2011, p. 628.

¹⁴⁷⁰ Zie in die zin, bijvoorbeeld: M. SCHELLEKENS, “A database right in search results? – An intellectual property right reconsidered in respect of computer generated databases”, *Computer Law & Security Review* 2011, p. 628 (“Every database created begins with an idea about what database should be created. This idea is further elaborated into more specific ideas about how to build up the database and present it. Does the acceptance of extraction by regeneration unduly encroach upon the freedom to create databases along these basic ideas? On the one hand, the database right does not protect the global idea behind a database, for example the idea to make a weather database for Europe. On the other hand, the contents of a weather database can be protected by a database right. In between, lays the partially elaborated idea for a database: the intellectual idea of a certain collection, such as a selection criterion, or the intellectual idea of a certain presentation, such as a format, or the intellectual idea of certain verification, such as a verification procedure. The database right does not protect the elaborated idea behind a database either; it only protects the investment in realising the elaborated idea: the actual making of a database according to the elaborated idea. Infringement therefore subsists in extracting the contents and reutilising them.”); Vergelijk ook: E. DERCLAYE, “Database Sui Generis Right: What Is a Substantial Investment? A Tentative Definition”, *I.I.C.* 2005, p. 29 (“It seems that, although the definition of a database is broad, the Directive’s draftsmen did not intend to target the protection of (business) ideas or know-how but rather of information. The Directive speaks of the information market, information products and information storage and processing systems (recitals 3, 9, 10, 47). Of course, in the broadest possible sense, ideas and know-how are also information. But this sense is surely not the sense of information as used in these recitals. Additionally, as a matter of sound intellectual property policy, single ideas and single pieces of know-how should not be protected (if they do not achieve patentability standards).”).

1.3. Wenselijkheid

Op grond van de vorige twee onderdelen bespreken we nu concreet of de wenselijkheid van de ‘specialisatie’, doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, kan volgen uit het volgende: de verschillende invulling die zij, in vergelijking met het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen rond parasitaire mededinging, geven aan de typische parameters binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’ die de beoordeling beheersen rond het toekennen van hun bescherming. Daarbij gaan we dus met name na of deze *sui generis* intellectuele rechten op dit vlak een verschillende aanpak hanteren die, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, te analyseren is als een mogelijk argument om de wenselijkheid te staven, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, van de specialisatie die zij doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht. Dit betekent dus dat we de betrokken beschermingsregimes bij deze analyse evalueren als middelen om de specifieke soort investeringsbescherming te verlenen die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van de intellectuele rechten en het ingrijpen tegen parasitaire mededinging.

Onze bespreking in dit verband omvat twee fasen. Eerst (1.3.1.) inventariseren we de verschillen die vast te stellen zijn tussen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, enerzijds, en het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen rond ‘parasitaire mededinging’, anderzijds, op het vlak van de invulling die zij geven aan de parameters die de beoordeling beheersen rond het toekennen van hun bescherming. Daarna (1.3.2.) bespreken we of de vastgestelde verschillen op dit vlak, binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, duiden op een wenselijke specialisatie doorgevoerd door de betrokken *sui generis* intellectuele rechten.

1.3.1. Overzicht van de ‘specialisatie’ doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten

Het ligt niet steeds voor de hand om te bepalen *of en in welke mate* in de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, in vergelijking met het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen rond ‘parasitaire mededinging’, nu daadwerkelijk een verschillende invulling te lezen is van de parameters die de beoordeling beheersen rond het toekennen van hun bescherming. De reden hiervoor is dat er, zoals hierboven aan bod kwam, vaak discussie bestaat rond de interpretatie die te geven is aan de concrete bepalingen en beginselen rond het toekennen van bescherming, binnen de betrokken beschermingsregelingen. Deze discussie zorgt dan ook voor onduidelijkheid rond de precieze invulling die de betrokken beschermingsregelingen, via deze concrete bepalingen en beginselen, geven aan de parameters die de beoordeling beheersen rond het toekennen van hun bescherming.

Op het vlak van het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie moet danken aan een resultaat van inspanningen om in aanmerking te komen als basis voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming, worden we immers meteen al met moeilijkheden geconfronteerd rond het in kaart brengen van de eventuele verschillende aanpak die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken hanteren. In dit verband is het immers nog voor de hand liggend om vast te stellen dat de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken er bij hun richtlijnen in dit verband een duidelijk andere formulering op nahouden als bijvoorbeeld het octrooirecht en het auteursrecht. Op het vlak van hun formulering verschillen de aanwijzingen die we op dit punt, zoals aangegeven, aantreffen in het kader van de noties ‘topografie van een halfgeleiderproduct’, ‘computerprogramma’, ‘keuze en rangschikking van de elementen van een databank’ en ‘verkrijging, controle of presentatie van de inhoud van een databank’, in elk geval van de minimale aanwijzingen die we in dit verband terugvinden in het kader van de noties ‘uitvinding’ en ‘werk’.

We stoten echter op erg veel punten van discussie en onzekerheid rond de interpretatie van de relevante bepalingen, als we proberen om, binnen het geldende recht, precies in kaart te brengen in welke mate de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, onderling en in vergelijking met het auteursrecht en het octrooirecht, telkens een verschillende aanpak hanteren op het vlak van het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie moet danken aan een resultaat van inspanningen om in aanmerking te komen als basis voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming. Zoals aangegeven, is de precieze inhoud van het ‘databanken’-begrip immers nog altijd niet vrij van discussie. Hetzelfde geldt, zoals besproken, ook voor de afbakening van de notie ‘verkrijging, controle of presentatie van de inhoud van een

databank' in het kader van het databankenrecht *sui generis* en rond de precieze aanwijzingen die binnen het computerprogramma-auteursrecht vervat liggen in de noties 'computerprogramma', 'uitdrukkingwijze van een computerprogramma' en het 'voorbereidend materiaal van een computerprogramma'. Daarnaast stellen we, zoals aangegeven, ook vast dat er verschillende opvattingen bestaan rond de manier waarop de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken dienen om te gaan met het gegeven dat zintuiglijk waarneembare kenmerken als noodzakelijk te beschouwen zijn met het oog op het vervullen van een bepaalde functionele taak, een gegeven dat het niet eenvoudig maakt om hun aanpak op dit punt te vergelijken met deze die het auteursrecht op dit vlak hanteert. In het kader van het auteursrecht, bijvoorbeeld, stellen we in het kader van de discussie rond de zogeheten 'domeinvraag' van het auteursrecht, eveneens niet altijd even duidelijk is in welke bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare manifestaties, inherent ongeschikt zijn om als relevante referentie-incorporatie te fungeren met het oog op het toekennen van auteursrechtelijke bescherming.

De afbakening van de relevante referentiegroep bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming, is wellicht het punt waarrond de vaststelling het eenvoudigst is of de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken blijf geven van een eigen benadering. In dit verband stellen we immers vast dat het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht zich voor de afbakening van de betrokken relevante referentiegroep, net als het auteursrecht, richten naar het concept van 'subjectieve nieuwheid' en deze relevante referentiegroep dus concreet alle zintuiglijk waarneembare manifestaties laten omvatten die een persoon *kende* op het ogenblik van het leveren van het resultaat van inspanningen waarrond te beoordelen is of dit aanleiding geeft tot het toekennen van bescherming. Binnen het databankenrecht *sui generis* daarentegen menen we, zoals aangegeven, te mogen aannemen dat het *de facto* gebruikelijk is om aan te nemen dat dit beschermingsregime de relevante referentiegroep als volgt bepaalt: als de groep van concrete zintuiglijk waarneembare manifestaties waarvan een persoon daadwerkelijk vertrok om, op grond van eigen inspanningen, tot de inhoud van de betrokken concrete 'databank' te komen. Deze afbakening van de relevante referentiegroep doet het databankenrecht *sui generis* daarbij dan afwijken van zijn gerichtheid op het concept van een intellectueelrechtelijke bescherming en eerder gelijkenissen vertonen met de benadering die het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging', zoals aangegeven, hanteert op dit punt.

Met betrekking tot de relevante verschillen die voor het toekennen van bescherming vereist zijn tegenover de relevante referentiegroep, is het echter al opnieuw minder voor de hand liggend om te bepalen in welke mate de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken blijf geven van een verschillende aanpak. Het is immers met name niet eenvoudig om vast te stellen in welke mate het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, met hun norm van een 'eigen intellectuele schepping' dan inderdaad, zoals sommigen zoals gezegd wenselijk achten, een andere drempel hanteren als het auteursrecht op dit vlak. Rond het databankenrecht *sui generis* maken de hierboven beschreven interpretatievragen rond het vereiste van een 'in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantiële investering' het al evenmin voor de hand liggen om de eventuele eigen aanpak van dit beschermingsregimes op dit punt precies te situeren tegenover bijvoorbeeld het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging' of het auteursrecht.

Tenslotte, is het evenmin eenvoudig om vast te stellen in welke mate de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken blijf geven van een verschillende benadering op het vlak van de te hanteren graad van abstractie bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming. Het is daarbij met name moeilijk om de eventuele eigen aanpak op dit punt binnen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht te situeren tegenover de benadering die het auteursrecht kenmerkt op dit vlak, omdat we, zoals aangegeven, binnen elk van deze intellectuele rechten op discussie stoten rond de volgende vraag: de mate waarin zij voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming ook een hoger niveau van abstractie relevant achten dan de concrete vormgeving. In het kader van het databankenrecht *sui generis* stellen we vast dat we al bij al over relatief weinig aanwijzingen beschikken rond de graad van abstractie die dit beschermingsregime relevant acht voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming.

In het licht van de zonet aangehaald discussiepunten, is het dus moeilijk om exact de 'specialisatie' in kaart te brengen die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, door de invulling die zij geven aan de parameters die de beoordeling

beheersen rond het toekennen van hun bescherming. Welke ‘specialisatie’, welke eigen aanpak deze *sui generis* intellectuele rechten op dit vlak met zich meebrengen binnen het intellectuele eigendomsrecht is uiteindelijk sterk afhankelijk van de interpretatie die precies gegeven wordt aan de betrokken bepalingen en beginselen die het toekennen van bescherming beheersen binnen deze *sui generis* intellectuele rechten en binnen de overige beschermingsregimes binnen het intellectuele eigendomsrecht.

1.3.2. Evaluatie van de ‘specialisatie’ doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten

Vervolgens evalueren we nu of de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, in vergelijking met het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, blijk geven van een verschillende aanpak rond het sturen van de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming waarrond het volgende geldt: binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, is dit verschil in benadering te analyseren als een mogelijk argument om de wenselijkheid te staven, van de specialisatie die deze *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht. Daarbij gaan we dus in wezen na of deze *sui generis* intellectuele rechten op dit vlak blijk geven van een verschillende inhoud of mate van precisering van gedragsvoorschriften waarvan aannemelijk is dat deze een bijdrage levert tot een meer gerechtvaardigde regeling die opweegt tegen de juridische inspanningen die deze *sui generis* intellectuele rechten veroorzaken door de hogere graad van differentiatie van gedragsvoorschriften die zij teweegbrengen binnen het intellectuele eigendomsrecht.

Om de zonet omschreven evaluatie uit te voeren, achten we het dan met name aangewezen om ons te focussen op de volgende vraag: of de concrete bepalingen en beginselen van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken de nodige aanknopingspunten en interpretatieruimte bieden om aan te nemen dat zij, op het vlak van het sturen van de beoordeling rond het toekennen van bescherming, een aanpak *kunnen* hanteren die verschilt van deze binnen het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen rond ‘parasitaire mededinging’ en die, binnen de focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, ook de wenselijkheid van hun ‘specialisatie’ kan helpen verantwoorden. Deze benadering moet met name toelaten om, bij de beoogde evaluatie, de hierboven aangehaalde moeilijkheid te neutraliseren dat de vele discussiepunten rond de interpretatie van deze *sui generis* intellectuele rechten het vaak allerm minst eenvoudig maken om een eenduidig beeld te verkrijgen rond de invulling die deze *sui generis* intellectuele rechten geven aan de parameters die de beoordeling beheersen rond het toekennen van hun bescherming.

Als referentiepunt om bij de zonet beschreven evaluatie de *mogelijke* invulling te beoordelen die de interpretatie van de concrete bepalingen en beginselen van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken toelaat van de parameters die de toekenning van bescherming beheersen, richten we ons dan met name naar het volgende: de hierboven besproken theoretische modellen van een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht die de betrokken *sui generis* intellectuele rechten volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dienen te implementeren opdat hun ingrijpen een *valabele* en *noodzakelijke* differentiatie zou uitmaken van de concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, met het oog op een, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht gericht op het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Rond (A.1.) het chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht richten we ons daarbij dus met name naar het theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving gebonden is aan een concrete vormgeving. In het geval van (A.2.) het databanken *sui generis* is onze leidraad dan met name het theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’.

A. De sui generis intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en de structuur van databanken

Volgens de systematiek rond 'imitatievoordeel' dienen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht dus het theoretische model te implementeren van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving, gebonden is aan een concrete vormgeving. De motivatie hiervoor is, zoals aangegeven, in wezen dat bij chips, computerprogramma's en de structuur van databanken vaak sprake is van resultaten van *intellectuele* arbeid die gericht zijn op het bedenken van bepaalde vormkenmerken die hen geschikt moeten maken om een bepaalde functionele taak te vervullen en dat deze resultaten van intellectuele arbeid kwetsbaar zijn voor 'imitatievoordeel'.

In wat volgt, bespreken we nu hoe de concrete bepalingen en beginselen die, binnen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, de beoordeling sturen rond het toekennen van hun bescherming, zo te verstaan zijn dat deze intellectuele rechten zo goed mogelijk de opdracht vervullen van het implementeren van het zonet vermelde theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving, gebonden is aan een concrete vormgeving. Daarbij geven we dan met name aan welke interpretatie van deze concrete bepalingen en beginselen maakt dat hun aanwijzingen zo goed mogelijk aansluiten bij de concrete invulling die zij, volgens de systematiek rond 'imitatievoordeel' ook behoren te geven aan de parameters binnen de 'denkoperatie rond verschillen' die de beoordeling rond het toekennen van bescherming beheerst, om bij het sturen van deze beoordeling passend rekening te houden: 1.) met de algemene richtlijnen die deze systematiek in dit verband voorschrijft voor het afstellen van het ingrijpen van intellectuele rechten en 2.) met de accenten die bij een afstelling volgens deze richtlijnen aan de orde zijn om tot een implementatie te komen van het specifieke theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving, gebonden is aan een concrete vormgeving. Bij deze bespreking geven we dan ook telkens aan in welke mate de zonet beschreven, volgens de systematiek rond 'imitatievoordeel', meest wenselijke interpretatie van de concrete bepalingen en beginselen van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, rond het toekennen van hun bescherming, ook vraagt om aan te nemen dat deze *sui generis* intellectuele rechten, bij het toekennen van hun bescherming, een verschillende benadering hanteren, in vergelijking met het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging', waarrond het volgende geldt: binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond 'imitatievoordeel', is dit verschil in benadering te analyseren als een mogelijk argument om de wenselijkheid te staven, van de specialisatie die deze *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht.

A.1. Zintuiglijk waarneembare kenmerken van een relevante referentie-incorporatie

Met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van het toekennen van zijn bescherming, via de denkoperatie rond 'verschillen', dient een intellectueel recht zich volgens de systematiek rond 'imitatievoordeel', zoals aangegeven, aan de volgende richtlijn te houden bij zijn invulling van de parameter rond de vereiste zintuiglijk waarneembare kenmerken van een relevante referentie-incorporatie: het intellectuele recht behoort deze parameter zo in te vullen dat het, langs deze weg, als basis voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming vereist dat die zintuiglijk waarneembare kenmerken voorliggen die te danken zijn aan het te beoordelen resultaat van inspanningen die ook nodig zijn als basis om, via de uitvoering van de 'denkoperatie rond verschillen', zo objectief mogelijke hypothesen te kunnen formuleren rond de vraag of het betrokken resultaat van inspanningen daadwerkelijk een resultaat van intellectuele arbeid vroeg van de soort waarop het betrokken intellectuele recht het toekennen van zijn bescherming afstelt, met name een resultaat van intellectuele arbeid met een bepaald 'aanwendingsscala' binnen bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties. Voor het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht betekent dit volgens de systematiek rond 'imitatievoordeel' dan met name dat zij concreet het volgende moeten doen in het kader van deze richtlijn, toegepast op het omzetten van het hierboven besproken theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van *intellectuele arbeid* waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving gebonden is aan een concrete

vormgeving: als basis voor de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming vereisen dat alle zintuiglijk waarneembare kenmerken voorliggen die nodig zijn om, via de uitvoering van de ‘denkoperatie rond verschillen’, zo objectief mogelijke hypothesen te kunnen formuleren rond de vraag of deze kenmerken een ‘resultaat’ van intellectuele arbeid vroegen met een ‘aanwendingsscala’ in zintuiglijk waarneembare kenmerken met een functionele beleving dat gebonden is aan een concrete vormgeving.

Op grond van de zonet beschreven richtlijn, afgesteld in het licht van het te implementeren theoretische model, behoren het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht als basis voor de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming, dus in de eerste plaats te vereisen dat sprake is van, aan een resultaat van inspanningen, te danken zintuiglijk waarneembare kenmerken die een geschiktheid verlenen tot het vervullen van een functionele taak. Hierbij is dan concreet te denken aan die zintuiglijk waarneembare kenmerken die te danken zijn aan een resultaat van inspanningen die chips, computerprogramma’s en de structuur van databanken geschikt maken om hun taak te vervullen op het vlak van, respectievelijk, het opslaan of bewerken van data, een computersysteem taken laten uitvoeren en informatie verschaffen rond het bestaan en de eigenschappen van de elementen in een databank.

In dit verband is dan echter meteen ook op te merken dat de hierboven beschreven richtlijn op zich, nog geen aanknopingspunt biedt om een onderscheid te maken naargelang het gaat om zintuiglijk waarneembare kenmerken die het functioneren van chips, computerprogramma’s of de structuur van databanken mogelijk maken. Met het oog op het implementeren van het hierboven besproken theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van *intellectuele arbeid* waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving gebonden is aan een concrete vormgeving, kunnen we ons zoals aangegeven zelfs de vraag stellen of een afzonderlijke implementatie van ditzelfde model naargelang het gaat om chips, computerprogramma’s of de structuur van databanken wel een *noodzakelijke* differentiatie uitmaakt van beschermingsregimes binnen het intellectuele eigendomsrecht. Op dit punt is het echter nog voorbarig om al tot conclusies te komen in dit verband. We moeten er immers rekening mee houden dat deze differentiatie wenselijk kan blijken om toe te laten dat het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht een eigen, verschillende aanpak hanteren op een ander punt van de afstelling van hun ingrijpen, dan op het specifieke punt dat hier aan de orde is, met name het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken van welk soort relevante referentie-incorporatie zij vereisen als basis voor de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming.

Daarnaast is in dit verband ook op te merken dat de hierboven besproken richtlijn *niet* vraagt van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht om het volgende te doen: zintuiglijk waarneembare kenmerken die te danken zijn aan een resultaat van inspanningen, *a priori* en in het algemeen, niet-relevant te achten als basis voor de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming omdat deze kenmerken noodzakelijk zouden zijn voor het vervullen van een bepaalde functionele taak. De verklaring hiervoor is dan met name dat de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ aanneemt dat in het licht van het streven om ‘imitatievoordeel’ te traceren en te vermijden, nu eenmaal niet uit te sluiten is dat dergelijk ‘imitatievoordeel’ zich ook voordoet ten aanzien van zintuiglijk waarneembare kenmerken die noodzakelijk zijn voor het vervullen van een bepaalde functionele taak. Om in deze context niettemin te verhinderen dat het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht in concrete gevallen ongerechtvaardigd ver zouden gaan in het verhinderen van de totstandkoming en aanwending van substituten, rekent de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ veeleer op andere mechanismen. Een eerste dergelijk mechanisme is daarbij met name dat zintuiglijk waarneembare kenmerken die noodzakelijk zijn voor het vervullen van een bepaalde functie, geen aanleiding zullen geven tot bescherming op grond van deze intellectuele rechten, met name bij gebrek aan een bescherming motiverend resultaat van *intellectuele arbeid*, in zoverre het hierbij gaat om zintuiglijk waarneembare kenmerken waarrond geldt dat de persoon, die deze kenmerken tot stand bracht, deze kenmerken reeds kende op het ogenblik dat hij deze tot stand bracht. Op dit punt speelt dan met name het hierboven besproken onvermogen om nog *intellectuele arbeid* te leveren gericht op het bedenken van reeds gekende kenmerken. Omdat aan te nemen is dat een persoon bij het ontwikkelen van de structuur van een databank reeds *kennis* heeft van een alfabetische of numerieke ordening, is ook uit te sluiten dat hij bescherming motiverende *intellectuele arbeid* leverde rond het bedenken van een alfabetische of numerieke ordening in het kader van de structuur van de betrokken databank.

Een tweede mechanisme in dit verband is dan dat, zelfs indien zintuiglijk waarneembare kenmerken die noodzakelijk zijn voor het vervullen van een bepaalde functie, aanleiding geven tot bescherming op grond van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, nog altijd het volgende aan te nemen is: dat ook de bescherming op grond van deze intellectuele rechten, zoals we later uitvoeriger bespreken, in principe geen *de minimis*-overname verhindert van deze kenmerken, met name dus een overname die enkel aanleiding geeft tot een niet-substantiële gelijkenis. In het licht van de doelstelling om te vermijden dat het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, ongerechtvaardigd ver zouden gaan in het verhinderen van de totstandkoming en aanwending van substituten kan het volgens de systematiek rond 'imitatievoordeel' dus reeds in belangrijke mate nuttig zijn om aan te nemen dat deze intellectuele rechten ook een *de minimis*-overname toelaten, zelfs van zintuiglijk waarneembare kenmerken die het toekennen van hun bescherming motiveren¹⁴⁷¹. Een derde mechanisme in dit verband, is volgens de systematiek rond 'imitatievoordeel' dan met name de tussenkomst van het mededingingsrecht¹⁴⁷². In specifieke concrete omstandigheden waarin *ex post* blijkt dat het voor de uitoefening van een bepaalde activiteit onontbeerlijk is om een aanwending te kunnen maken van een bepaald resultaat van inspanningen dat aanleiding gaf tot bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht, laat het mededingingsrecht immers het volgende toe: de rechthebbende van de betrokken bescherming er toe dwingen om dwanglicenties te verlenen rond het aanwenden van zijn resultaat van inspanningen¹⁴⁷³. Een dergelijke inzet van het mededingingsrecht als een *ex post* toetsing die, in het licht van de concrete feitelijke omstandigheden, nagaat of het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht ongerechtvaardigd ver gaat in het verhinderen van de totstandkoming en aanwending van substituten, acht de systematiek rond 'imitatievoordeel' dan met name aangewezen vanuit haar hierboven

¹⁴⁷¹ Zie in dit verband: T. VINJE, "Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität", *GRURInt* 1992, p. 259 ("Zunächst dürfte die lediglich "de minimis"-Übernahme selbst identischer Codebestandteile unter keinem der europäischen Urheberrechtsgesetze eine Verletzung darstellen. Dazu ein Beispiel: Die Version, 2.0 von Microsoft Word benutzte ein ungewöhnliches Mittel, um bei einem PC das Vorhandensein eines Enhanced Graphics Adapter (EGA) festzustellen. Es suchte nämlich innerhalb von IBM's EGA BIOS danach, ob die Buchstaben "IBM" im Copyrightvermerk erscheinen. ... Mag die Bezeichnung "IBM" möglicherweise auch Ausdruck sein, so sollte die Übernahme derart kleiner Teile selbst identischen Codes ein kompatibles Programm nicht im urheberrechtlichen Sinne "im wesentlichen ähnlich" machen."); en High Court of Justice (Chancery Division) 15 April 1999, (*Cantor Fitzgerald International v. Tradition*), R.P.C. 2000, p. 95 (r.o. 74-75: "A program expressed in a computer language must not contain any errors of syntax (or it will not compile) and it must contain no semantic errors. These considerations might suggest that every part of a computer program is essential to its performance, and so every part, however small, is a "substantial part" of the program. There is some authority that such an approach is correct. ...It seems to me, with all respect, that this reasoning would result in any part of any computer program being substantial since without any part the program would not work, or at best not work as desired. It seems to me with all respect that such an approach is simplistic."); Vergelijk in dit verband, bijvoorbeeld ook: K. GARNETT, G. DAVIES, G. HARBOTTLE, *Copinger and Skone James on Copyright*, London, Sweet & Maxwell, 2005, p. 381 ("On the other hand, it has never been the law that copying of any part of a work, no matter how small, is unlawful; copyright should not be allowed to become an instrument of oppression and extortion. Some use of a copyright work is clearly permissible, for the Act does not prohibit use of 'any' part, even if that part was the product of skill and labour, only a 'substantial part'. It is in arriving at the dividing line that the difficulty arises."); Vergelijk echter ook: B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 82 ("There may, of course, be insubstantial similarities between code based on information derived by decompilation and the original code, since those parts of the two programs will be achieving the same function. However, the similarities must be insubstantial and the result, not of copying protectable expression, but as a consequence of the 'merger doctrine' explained above, or merely co-incidental similarity.");

¹⁴⁷² Het mededingingsrecht slaat hierbij op de rechtstak die het bewaren van de effectieve mededinging op de markt nastreeft door op te treden tegen restrictieve mededingingspraktijken en door een controle uit te oefenen op concentraties van ondernemingen.

¹⁴⁷³ Zie in die verband bijvoorbeeld: H. SPEYART, "Het Microsoft-arrest: enkele nieuwe inzichten over misbruik bij licentieweigering", *IER* 2008, p. 1 e.v.; A. HEINEMANN, "The contestability of IP-protected markets", J. DREXL (ed.), *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*, Cheltenham o.a., Edward Elgar Publishing, 2008, p.54 e.v.; S. VAN LOON, "Licentieweigering door Microsoft. Innovatiebelemmering of rechtmatige uitoefening van het intellectuele eigendomsrecht?", *AMI* 2007, p. 166-173; J. DREXL, "Intellectual Property and Antitrust Law - IMS Health and Trinko - Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases", *IIC* 2004, p. 788 e.v..

besproken analyse dat: indien het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht inderdaad afgesteld is volgens de aanwijzingen van de ‘imitatieoordeel’-benadering en dit ingrijpen toch een rol speelt bij het verlenen van monopolie macht, de oorzaak van deze monopolie macht niet zozeer toe te schrijven is aan het betrokken ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht maar veeleer aan specifieke omstandigheden in de betrokken markt, bijvoorbeeld de specifieke omstandigheid dat mensen door het bestaan van netwerkeffecten erg weinig zaken als substituten ervaren voor de incorporaties van het ‘resultaat’ van inspanningen dat bescherming geniet op grond van het intellectuele eigendomsrecht¹⁴⁷⁴. Bij deze analyse gaat de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ er met name van uit dat haar afstelling van het intellectuele eigendomsrecht om dit, met zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften, enkel te laten ingrijpen waar en in de mate dat dit nodig is om ‘imitatieoordeel’ te vermijden, in beginsel, steeds een rechtvaardiging vindt het streven naar een passende internalisatie van positieve effecten en het verhinderen van het ‘stelen’ van inspanningen en, zoals aangegeven, pas bij te sturen is als er ook daadwerkelijke indicaties zijn dat een bepaalde bijsturing nodig is om, in het concrete geval, tot een gerechtvaardigd ingrijpen te komen¹⁴⁷⁵. Om de gevallen te identificeren waarin een bepaalde bijsturing nodig is van een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht dat reeds ‘getrimd’ is puur op het vermijden van ‘imitatieoordeel’, om *in concreto* te verhinderen dat dit ingrijpen ongerechtvaardigd ver zou gaan in het verhinderen van de totstandkoming en de aanwending van substituten, biedt het mededingingsrecht, met zijn *ex post* toetsing van de betrokken feitelijke omstandigheden, volgens de systematiek rond imitatieoordeel, een uitgelezen middel. Indien daarbij in de praktijk blijkt dat het mededingingsrecht niet exact of performant genoeg blijkt om de zonet vermelde bijsturing door te voeren dan vraagt dit volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ om te sleutelen aan het ingrijpen van het mededingingsrecht. Het zou volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ echter onwenselijk zijn om, met het oog op de mogelijke bijsturing die in specifieke concrete gevallen nodig is om te vermijden dat het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht ongerechtvaardigd ver gaat in het verhinderen van de totstandkoming en de aanwending van substituten, het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht meteen *a priori* en in het algemeen een afstelling te geven die in de weg kan staan van een consequent optreden tegen ‘imitatieoordeel’.

In het kader van de hierboven beschreven richtlijn, acht de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ het, met het oog op het te implementeren theoretische model, dan in de tweede plaats ook belangrijk dat het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, als basis voor de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming, ook het volgende behoren te vereisen: zintuiglijk waarneembare kenmerken die voortvloeien uit het te beoordelen resultaat van inspanningen die ook, voldoende aannemelijk en precies, blijk geven van de daadwerkelijke geschiktheid tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken is aan het te beoordelen resultaat van inspanningen. Deze richtlijn formuleert de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan, zoals aangegeven, met name vanuit de redenering dat waken over de ‘basiscausaliteit’ van het ingrijpen van een intellectueel recht gericht op het vermijden van ‘imitatieoordeel’, vraagt dat dit intellectuele recht zich bij de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming een zo objectief mogelijk referentiepunt verschaft om te bepalen 1.) of het te beoordelen resultaat van inspanningen inderdaad behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen toelaat waarrond ‘imitatieoordeel’ mogelijk is en 2.) welke aanwending van gelijkende kenmerken om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten dan wel in eerste instantie als indicatie kan gelden om ‘imitatieoordeel’ te traceren ten aanzien van dit resultaat van inspanningen. Vanuit die overweging acht de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ het dan met name aangewezen om aan te nemen dat het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht enkel bereid zijn om eventueel over te gaan tot het toekennen van hun bescherming naar aanleiding van een resultaat van inspanningen, indien dit resultaat van inspanningen reeds uitgewerkt werd tot concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen een incorporatie van inspanningen die, als zodanig of door een louter

¹⁴⁷⁴ Vergelijk op dit punt, zoals aangegeven: J. DREXL, “Intellectual Property and Antitrust Law - IMS Health and Trinko - Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases”, *IIC* 2004, p. 805 (“*This leads to an important conclusion: the copyright is not the cause of IMS Health’s dominant position even in the market for the copyright in the brick structure. The problem is that the lock-in effect excludes any other method of collecting data from the relevant market.*”).

¹⁴⁷⁵ Anders echter: J. SCHOVSBO, “As If Made for Each Other - Intellectual Property Rights and Protection of Compatible Products”, *IIC* 1998, p. 510 e.v..

mechanische omzetting zonder verder denkwerk, kan functioneren als respectievelijke chip, computerprogramma of structuur van een databank. Het is volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan met name in de zonet vermelde zin dat bijvoorbeeld het hierboven besproken criterium te lezen is van ‘leiden tot het computerprogramma dan wel de reproductie ervan’ met het oog op het afbakenen van de begrippen ‘uitdrukkingwijze van een computerprogramma’ en ‘voorbereidend materiaal van een computerprogramma’¹⁴⁷⁶. Meer algemeen acht de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ het dus echter onwenselijk om het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht reeds bescherming te laten toekennen naar aanleiding van incorporaties van inspanningen die tot stand komen in de ontwerpfase rond chips, computerprogramma’s of databanken maar die dus nog niet geconcretiseerd zijn tot zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen een incorporatie van inspanningen die, als zodanig of door een louter mechanische omzetting zonder verder denkwerk, kan functioneren als respectievelijke chip, computerprogramma of structuur van een databank. De zonet omschreven incorporaties van inspanningen uit de ontwerpfase bieden volgens de systematiek rond imitatievoordeel dan immers, in de eerste plaats, een onvoldoende objectief referentiepunt om na te gaan welke aanwending van gelijkende kenmerken om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten inderdaad als indicatie kan gelden om ‘imitatievoordeel’ te traceren ten aanzien van het resultaat van inspanningen om tot een bepaalde chip, een bepaald computerprogramma of een bepaalde structuur van een databank te komen. In de tweede plaats, neemt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ ook aan dat, in zoverre de zonet omschreven incorporaties van inspanningen uit de ontwerpfase de symbolische weergave vormen van abstracte of uitgewerkte ideeën die aan de basis liggen van de uiteindelijke chip, het resulterende computerprogramma of de uiteindelijke structuur van een databank, dit ook betekent dat het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht bescherming laten verlenen naar aanleiding van dergelijke incorporaties van inspanningen uit de ontwerpfase het volgende doet: een onwenselijk aanknopingspunt creëren om deze intellectuele rechten, indirect, eventueel bescherming te laten verlenen op een hoger niveau van abstractie dan de concrete vormgeving.

A.2. Relevante referentiegroep

Bij de invulling van de parameter rond de relevante referentiegroep, binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’, dient een intellectueel recht zich, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, zoals aangegeven, aan de volgende richtlijn te houden met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van het toekennen van zijn bescherming: de relevante referentiegroep zo afbakenen dat deze alle zintuiglijk waarneembare manifestaties omvat die de persoon die het te beoordelen resultaat van inspanningen leverde, kende op het ogenblik van het leveren van dit resultaat van inspanningen. Exact deze richtlijn rond de afbakening van de relevante referentiegroep behoren het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, ook aan te houden met het oog op het implementeren van het hierboven besproken theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van *intellectuele arbeid* waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving gebonden is aan een concrete vormgeving. De achterliggende redenering hierbij vanuit het streven om imitatievoordeel te vermijden is dan, zoals aangegeven, in wezen dat een persoon die *zelfstandig* tot een resultaat van intellectuele arbeid komt, dit wil dus zeggen met name *zonder kennis* van een eerdere incorporatie van inspanningen, ook niet steunt op ‘imitatievoordeel’ maar zich integendeel zelf geconfronteerd ziet met het risico op ‘imitatievoordeel’ rond zijn resultaat van intellectuele arbeid¹⁴⁷⁷. In die zin is het, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’,

¹⁴⁷⁶ Wat het naar voor schuiven van dit criterium betreft, zie zoals aangegeven: H.v.J. 2 mei 2012, C-324/09 (SAS Institute v. World Programming), r.o. 35 (“*In een arrest dat na de indiening van het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing is uitgesproken, heeft het Hof artikel 1, lid 2, van richtlijn 91/250 aldus uitgelegd dat het voorwerp van de door deze richtlijn verleende bescherming ziet op de uitdrukkingwijze, in welke vorm dan ook, van een computerprogramma, zoals de bron- en de doelcode, die de mogelijkheid bieden om het computerprogramma te reproduceren in verschillende computertalen (...)*”) en H.v.J. 22 december 2010, C-393/09 (*Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury*), r.o. 35 e.v..

¹⁴⁷⁷ Vergelijk op dit punt W. GORDON, "Intellectual Property" in P. CAN en M. TUSHNET (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 624 (*For example, some have questioned the fairness of the rule adopted by most countries that gives patent owners the power to enjoin even coincidental and independent invention. Yet ‘fairness’ is a slippery concept. The Lockean proviso provides one fruitful logic*

dus wenselijk dat in de vereiste van een ‘eigen intellectuele schepping’ binnen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, zoals aangegeven, gewoonlijk ook een vereiste van een ‘subjectieve nieuwheid’ wordt die dan als leidraad dient voor een afbakening van de relevante referentiegroep in de zonet vermelde zin. Voor het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht zou het, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, dus ook niet meteen een valabele optie zijn om op het vlak van de afbakening van de relevante referentiegroep een andere aanpak te hanteren dan het auteursrecht.

A.3. Verschillen

Met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van het toekennen van zijn bescherming, via de denkoperatie rond ‘verschillen’, dient een intellectueel recht zich volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, zoals aangegeven, aan de volgende richtlijn te houden bij zijn invulling van de betrokken parameter rond verschillen: een intellectueel recht moet deze parameter zo invullen dat het, langs deze weg, voor het toekennen van zijn bescherming vereist dat de zintuiglijk waarneembare kenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan een bepaald resultaat van inspanningen, tegenover de zintuiglijk waarneembare kenmerken van manifestaties binnen de relevante referentiegroep, tot op het voor het betrokken intellectuele recht relevante niveau van abstractie, verschillen vertonen waarrond aannemelijk is dat het intellectuele arbeid vroeg om tot deze verschillen te komen. Bij de invulling van deze parameter rond verschillen komt het er volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dus, zoals aangegeven, in wezen op aan om, weliswaar in interactie met de overige parameters binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’, aan te sturen op de volgende, bipolaire beoordeling: de betrokken verschillen maken *wel* aannemelijk dat ze intellectuele arbeid vroegen of maken *niet* aannemelijk dat ze intellectuele arbeid vroegen. Deze richtlijn dienen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, ook aan te houden met het oog op het implementeren van het hierboven besproken theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van *intellectuele arbeid* waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving gebonden is aan een concrete vormgeving. De achterliggende redenering hierbij is dan met name, zoals aangegeven, dat achterhalen of sprake is van een resultaat van intellectuele arbeid weliswaar onontbeerlijk is om te achterhalen of het ingrijpen van een intellectueel recht dat in de regel steunt op een ‘inbreuk’-test rond door ‘ontlening’ – *kennis* dus – te verklaren *gelijkenis*, ook toelaat om passend ‘imitatievoordeel’ te neutraliseren, maar dat een meer gedetailleerde beoordeling rond de kenmerken van het aan de mens interne bewustzijnsfenomeen *intellectuele arbeid*, ook inherent steunt op subjectieve appreciaties. In die zin acht de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ het dus aangewezen om aan te nemen dat de notie ‘eigen, intellectuele schepping’ binnen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, weliswaar in interactie met hun specifieke invulling van de overige parameters binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’, aanstuurt op de volgende, bipolaire beoordeling: de betrokken verschillen maken *wel* aannemelijk dat ze intellectuele arbeid vroegen of maken *niet* aannemelijk dat ze intellectuele arbeid vroegen. Op dat vlak dienen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dus in wezen aan te sturen op dezelfde benadering, dezelfde bipolaire beoordeling, als ook het octrooirecht en het auteursrecht doen tegen de achtergrond van hun specifieke invulling van de overige parameters binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’.

for examining this aspect of patent doctrine. When a patent owner is entitled to restrain a third party who happens to have independently duplicated his work, the restraint leaves the third party without ‘enough and as good’. Therefore if the patent rule is to be justified in fairness terms, investigation is needed into whether there is empirical support for alternative formulations of fairness, such as whether all persons involved in a patent race consent to the winner-take-all patent system—or, perhaps, whether the short duration of patents suffices to keep ‘enough, and as good’ for the re-inventor.”)

A.4. Abstractie

Bij de invulling van de parameter rond de relevante graad van abstractie binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’, behoort een intellectueel recht zich, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, zoals aangegeven, aan de volgende richtlijn te houden met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van het toekennen van zijn bescherming: het intellectueel recht moet deze parameter zo invullen dat het, langs deze weg, voor het toekennen van zijn bescherming vereist dat de toetsing of de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan een bepaald resultaat van inspanningen, tegenover de zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen de relevante referentiegroep, verschillen vertonen waarrond aannemelijk is dat ze intellectuele arbeid vroegen, doorgevoerd wordt op het niveau van abstractie van de ‘vormgeving’ dan wel op het niveau van abstractie van het ‘uitgewerkte idee’, naargelang rond dit intellectuele recht de initiële beleidskeuze gemaakt werd om dit bescherming te laten verlenen rond en af te stellen op ‘resultaten’ van intellectuele arbeid waarvan het ‘aanwendingsscala’ te situeren is op, respectievelijk, het niveau van de concrete ‘vormgeving’ dan wel het niveau van het ‘uitgewerkte idee’. Voor het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht betekent dit volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan met name dat zij concreet het volgende moeten doen in het kader van deze richtlijn, zoals deze toepassing vindt op het omzetten van het hierboven besproken theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van *intellectuele arbeid* waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving gebonden is aan een concrete vormgeving: aangeven dat bij de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming enkel het niveau van abstractie van de concrete vormgeving relevant is en niet het niveau van abstractie van de uitgewerkte of abstracte ideeën. Voor de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, volgt dit dan met name rechtstreeks uit haar, hierboven besproken, analyse dat het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht zich naar het betrokken theoretische model dienen te richten om een *valabele* en *noodzakelijke* ‘differentiatie’ door te voeren in de concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht. Het belang om bij het toekennen van bescherming te filteren op resultaten van *intellectuele arbeid* waarvan de toepassing gebonden is aan een concrete vormgeving, is vanuit die optiek dan met name, zoals aangegeven, dat de afbakening van de toegekende bescherming binnen de betrokken intellectuele rechten ook afgesteld is om op passende wijze, met name met voldoende oog voor de ‘basiscausaliteit’ van het betrokken ingrijpen¹⁴⁷⁸, ‘imitatievoordeel’ te traceren en te neutraliseren rond deze resultaten van *intellectuele arbeid*.

Volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ is het relevante niveau van abstractie ten aanzien van zintuiglijk waarneembare kenmerken bij het toekennen en afbakenen van de intellectueelrechtelijke bescherming op grond van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, dus de ‘concrete vormgeving’ die zich laat vaststellen in het licht van concrete zintuiglijk waarneembare manifestaties dan wel het ‘weefsel’ dat zintuiglijk waarneembare manifestaties samenhoudt. Het zonet vermelde ‘weefsel’ heeft daarbij dan niet noodzakelijk een afzonderlijk zintuiglijk waarneembaar bestaan maar laat zich niettemin vaststellen op grond van de concrete zintuiglijk waarneembare manifestaties die het samenhoudt¹⁴⁷⁹. Het specifieke ‘weefsel’ is daarbij dus gebonden aan en bepaald door de concrete zintuiglijk waarneembare manifestaties die het samenhoudt. Dit maakt dat het ‘weefsel’ dus ook niet gelijkstaat met een uitgewerkt idee om zintuiglijk waarneembare manifestaties

¹⁴⁷⁸ Bij dit principe van ‘basiscausaliteit’ gaat het er dan zoals aangegeven om te bereiken dat de concrete gevallen waarin een persoon zich kan beroepen op het ingrijpen van dit intellectuele recht, gelijke tred houden met de concrete gevallen waarin de inspanningen van deze persoon ook daadwerkelijk aan de basis liggen van, respectievelijk, een toegenomen geschiktheid van schaarse middelen tot behoeftebevrediging dan wel iets wat te beschouwen is als de ‘vrucht’ van zijn arbeid.

¹⁴⁷⁹ GRÜTZMACHER merkt hierbij terecht op dat een precieze definitie van de notie ‘weefsel’, in het Duits ‘Gewebe’, in deze context onontbeerlijk is. Zie: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 a Gegenstand des Schutzes” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 25 (“*Gleichwohl ist nicht zu verkennen, dass die Feststellung, das Gewebe des Programms sei geschützt, noch nicht besagt, was das Gewebe eines Programms ausmacht und wann ein Abstraktionsgrad erreicht ist, bei dem kein Schutz mehr besteht.*”).

te verbinden¹⁴⁸⁰. Het komt er volgens ons dus bijvoorbeeld concreet op neer dat het ‘weefsel’, voorgesteld door “-” tussen “a-a” niet hetzelfde is als het weefsel tussen “A-A”. Anders zou het ‘weefsel’ immers overeenkomen met het uitgewerkte idee om letters te verbinden door “-”. Rond het chipsrecht neemt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan met name aan dat het niveau van abstractie van de ‘concrete vormgeving’, als relevant niveau van abstractie voor het verlenen en afbakenen van zijn bescherming, zich uitsluitend te richt heeft naar de vorm van de afzonderlijk schakelcomponenten binnen een halfgeleiderproduct, de situering en ordening van deze schakelcomponenten binnen dit halfgeleiderproduct, en de manier waarop deze schakelcomponenten binnen dit halfgeleiderproduct met elkaar verbonden zijn tot een schakeling¹⁴⁸¹. Binnen het computerprogramma-auteursrecht is volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ aan te nemen dat het niveau van abstractie van de ‘concrete vormgeving’, als relevant niveau van abstractie voor het verlenen en afbakenen van zijn bescherming, enkel getypeerd is door de opeenvolging van binaire toestanden binnen zintuiglijk waarneembare manifestaties die de instructies belichamen van dit computerprogramma of door de beschrijvingen van de instructies van een computerprogramma in doelcode of broncode, in beide gevallen, met inbegrip van de onderlinge ordening die daarbij vast te stellen is tussen delen van deze code of delen van deze opeenvolging van binaire toestanden¹⁴⁸². In

¹⁴⁸⁰ Voor een gelijkaardige benadering, vergelijk bijvoorbeeld: C. BERKING, “Die Unterscheidung von Inhalt und Form im Urheberrecht” in M. Reh binder, (ed.) *Schriftenreihe des Archivs für Urheber- und Medienrecht (UFITA)*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, p. 155 e.v..

¹⁴⁸¹ Zie in die zin, zoals aangegeven, bijvoorbeeld ook: N. VON WERDT, *Ausgewählte Probleme zum Topographenschutz von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen. Der Schutzgegenstand und die Schutzvoraussetzungen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, p. 65 (“Damit stellen wir zusammenfassend fest: Die Topographie ist das Muster, das sich aus der Anordnung von Bausteinen zu einer integrierten Schaltung ergibt, wobei die Anordnung der Bausteine oder die Form der Bausteine oder beide zusammen das Muster bestimmen.”).

¹⁴⁸² Zie in die zin, zoals aangegeven, bijvoorbeeld ook: D. KARJALA, “A Coherent Theory for the Copyright Protection of Computer Software and Recent Judicial Interpretations”, *U.Cin.L.Rev.* 1997-1998, p. 65-66 (“... there exists a social policy basis for protecting computer programs, notwithstanding their functional nature, under copyright. That policy, however, also clearly indicates how copyright protection in programs and their interfaces should be limited to avoid upsetting the careful balance between copyright and patent that has evolved over time. The short answer is that the program copyright should protect only the literal code and mechanical or electronic translations of code.”); G. LUNNEY, “Lotus v. Borland: Copyright and Computer Programs”, *Tulane Law Review* 1995-1996, 2431-2432 (Die aangeeft dat een “undue copying advantage” bij computerprogramma’s reeds kan vermeden door een optreden ten aanzien van mechanisch of bijna exact kopiëren van code.); E. ULMER en G. KOLLE, “Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen”, *GRURInt* 1982, p. 494 e.v. (o.a.: p.497: “Unzweifelhaft ist aber, daß jedenfalls das konkrete wissenschaftliche Werk in seinem Aufbau, in der Fülle seiner Gedanken und Beispiele und ihrer Beziehung zueinander geschützt ist. Kurz gefaßt: Geschützt ist das durch Inhalt und Form bestimmte Gewebe des Werkes. Der Schutz erstreckt sich dabei, urheberrechtlichen Grundsätzen entsprechend, auch auf die Bearbeitungen, wie Übersetzungen, Kürzungen und andere Umgestaltungen, unter der Voraussetzung, daß die wesentlichen Züge des Werkes übernommen werden. Für die Computerprogramme ergibt sich daraus, daß die abstrakten Elemente, auf denen die Programme beruhen, die mathematischen Prinzipien, die Regelmethode, der in der Fachsprache sogenannte “Algorithmus” als solche, keine geschützten Werke sind. Wie bereits dargestellt, gehen aber die algorithmischen Lösungselemente unmittelbar in die konkrete Gestalt des Programms ein und sind infolgedessen mitbestimmend für das individuelle Gepräge des Programms. In ihrer konkreten Verschmelzung mit dem einzelnen Programm werden sie daher vom Urheberrechtsschutz miterfaßt. Die Benutzung des Algorithmus ist frei, wird aber bei einer allein darauf aufbauenden, eigenständigen Programmschöpfung nicht dazu führen, daß jüngeres und geschütztes Programm in ihren wesentlichen Zügen identisch sind.”); Vergelijk ook: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 a Gegenstand des Schutzes” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 23-25 (“Die Ausdrucksform erfasst neben den Programmdateien des Maschinen-, Objekt- oder Quellcodes (...) vor allem die innere Struktur und Organisation des Computerprogramms. Eine wahrnehmbare Ausdrucksform des Computerprogramms kann auf allen Entwicklungsstufen vorliegen (...). Dem Urheberschutz zugänglich sind auf der Ebene des Programmcodes und der niedrigsten Abstraktion zunächst die konkrete Sammlung, Auswahl und Gliederung der Befehle (...). Abzugrenzen ist diese Leistung vom nicht schutzfähigen Algorithmus im engeren Sinne (...). Die konkrete Befehlsfolge und -auswahl entspricht dem, was teils – wenn auch sprachlich unpräzise – als Implementationsalgorithmus bezeichnet wird (...). Der BGH hat (noch zum alten Recht) zu verstehen gegeben, dass er nicht nur den Programmcode, sondern auch das Gewebe des Computerprogramms für schutzfähig hält (...).”) en T. DREIER, “UrhG § 69 a Gegenstand des Schutzes” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 21 (“Schutzfähig ist zunächst das Programm in seiner konkreten

het kader van het databanken-auteursrecht is volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ aan te nemen dat het niveau van abstractie van de ‘concrete vormgeving’, als relevant niveau van abstractie voor het verlenen en afbakenen van zijn bescherming, enkel getypeerd is door de daadwerkelijke, zintuiglijk waarneembare ordening tussen de specifieke elementen die opgenomen zijn binnen de databank¹⁴⁸³. Volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ is dus aan te nemen dat de betrokken bepalingen en beginselen binnen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht dus vragen om de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van deze intellectuele rechten strikt te richten naar een lager niveau van abstractie dan het niveau van abstractie dat het octrooirecht en, onder omstandigheden, het auteursrecht als leidraad naar voor schuiven op dit punt.

A.5. Besluit

Op grond van de bespreking rond de vorige punten, kunnen we dan, ten slotte, overgaan tot een besluit rond de vraag of aan te nemen is dat het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, op het vlak van het sturen van de toekenning van hun bescherming, een verschillende benadering hanteren, in vergelijking met het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, waarrond het volgende geldt: binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, is dit verschil in benadering te analyseren als een mogelijk argument om de wenselijkheid te staven, van de specialisatie die deze *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht. Op dit punt gaan we dus met andere woorden over tot een conclusie rond de vraag of de zonet vermelde *sui generis* intellectuele rechten, specifiek op het vlak van het sturen van de toekenning van hun bescherming, blijf geven van het volgende: een verschillende inhoud of mate van precisering van gedragsvoorschriften waarvan aannemelijk is dat deze een bijdrage levert tot een meer gerechtvaardigde regeling die opweegt tegen de juridische inspanningen die deze *sui generis* intellectuele rechten veroorzaken door de hogere graad van differentiatie van gedragsvoorschriften die zij teweegbrengen binnen het intellectuele eigendomsrecht. Bij ons besluit in dit verband achten we het dan met name aangewezen om ons te richten naar de specialisatie die het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, mits een passende interpretatie, mogelijk maken binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht en om deze mogelijke specialisatie te beoordelen in twee fasen.

In een eerste fase, menen we dan te kunnen concluderen dat, binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht inderdaad steeds toelaten om hen te verstaan als de uitdrukking van een soort ingrijpen van intellectueelrechtelijke bescherming dat, op het vlak van het sturen van de beoordeling rond het toekennen van bescherming, een wenselijke specialisatie doorvoert, binnen het intellectuele eigendomsrecht, ten aanzien van het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’. Uit de bespreking hierboven menen we immers te mogen besluiten dat de aanwijzingen die het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht geven rond het toekennen van hun bescherming, mits een passende interpretatie, ook inderdaad toelaten om deze intellectuele rechten als volgt te analyseren: als de implementatie

Form. Der Schutz besteht jedoch nicht allein gegen die bloße 1: 1-Kopie, sondern darüber hinaus auch gegen die Übernahme mit unwesentlichen Abweichungen in der Codeform sowie gegen die Übernahme für das Programm wesentlicher inhaltlicher Strukturelemente, wie sie etwa in der besonderen Gliederung des Programmablaufs, der Anordnung der einzelnen Programmelemente und ihrem Zusammenwirken zum Ausdruck kommen.”).

¹⁴⁸³ Zie in die zin, zoals aangegeven, bijvoorbeeld ook: A. QUAEDVLIEG, “Onafhankelijk, geordend en toegankelijk: het object van het databankenrecht in de richtlijn”, *AMI* 2000, p. 183; H. HABERSTUMPF, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz”, *GRUR* 2003, p. 22 (“*Schutzgegenstand ist die schöpferisch strukturierte Sammlung, die im logischen Datenmodell einer Datenbank konkretisiert ist. Allgemeine Ideen oder Grundsätze, etwa die in der Informationstheorie entwickelten Verfahren zur Entwicklung und Strukturierung von Datenbanken, die einem konkreten Modell zu Grunde liegen, werden vom Schutz nicht erfasst.*”) en H. VANHEES, “De juridische bescherming van databanken” (noot bij Brussel, 3 mei 2000), *I.R.D.I.* 2001, p. 41 (“*Dit blijkt ook zeer duidelijk uit art. 5, aanhef richtlijn databanken, waar bepaald wordt dat de maker van een databank een aantal exclusieve rechten bezit m.b.t. de voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komende uitdrukkingvorm van de databank.*”).

van het theoretisch model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving, gebonden is aan een concrete vormgeving, een theoretisch model dus waarvan de implementatie volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, zoals aangegeven, te beschouwen is als een *valabele* en *noodzakelijke* differentiatie in de concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, met het oog op een, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht *maar* waarvan de implementatie zich volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ niet of niet even duidelijk en consequent laat realiseren aan de hand van het octrooirecht, het auteursrecht of het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’. Belangrijk hierbij is dan met name de vaststelling dat het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht kunnen gelezen worden als intellectuele rechten die het toekennen van hun bescherming afhankelijk maken van het voorliggen van de specifieke combinatie van feitelijke gegevens dat sprake is van een resultaat van *intellectuele arbeid* waarvan de toepassing in zintuiglijk waarneembare kenmerken met een *functionele* beleving *gebonden* is aan een concrete *vormgeving*. In deze interpretatie voorzien deze *sui generis* intellectuele rechten dan immers in een ingrijpen rond feitelijke situaties, ten aanzien waarvan een, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, ook een wezenlijk anders afgesteld ingrijpen vraagt, als het geval is ten aanzien van de feitelijke situaties waarrond het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ een ingrijpen voorzien. Het gegeven dat het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht dus tegenover het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ een dergelijke differentiatie van gedragsvoorschriften doorvoeren in het licht van onderscheiden feitelijke situaties die, binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond imitatieoordeel, ook een dergelijk wezenlijk onderscheiden ingrijpen vragen, maakt volgens ons dan ook aannemelijk dat deze differentiatie van gedragsvoorschriften het volgende doet: een bijdrage leveren tot meer gerechtvaardigde investeringsbeschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht die hoger is als de toename van juridische inspanningen die zij teweegbrengt om beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht toepassing te laten vinden.

In een tweede fase, menen we dan echter ook te kunnen concluderen dat, binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, niet meteen argumenten te vinden zijn, specifiek in de aanwijzingen die het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht geven op het vlak van het sturen van de toekenning van hun bescherming, om aan te nemen dat het naast elkaar bestaan van deze *sui generis* intellectuele rechten een wenselijke specialisatie doorvoert binnen het intellectuele eigendomsrecht. Op grond van de bespreking hierboven rond het toekennen van bescherming op grond van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, liggen volgens ons immers nog niet meteen argumenten voor om het volgende aan te nemen: dat één van de zonet vermelde intellectuele rechten een ingrijpen voorziet rond feitelijke situaties, ten aanzien waarvan een optimaal ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, ook inderdaad een wezenlijk anders afgesteld ingrijpen vraagt, als het geval is ten aanzien van de feitelijke situaties waarrond de beide andere, zonet vermelde intellectuele rechten een ingrijpen voorzien. Geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ moeten we, zoals aangegeven, zelfs eerder aannemen dat, in het licht van de theoretische modellen die volgens deze systematiek als leidraad kunnen dienen voor *valabele* en *noodzakelijk* differentiaties van concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht in wezen éénzelfde model behoren te implementeren, met name het theoretisch model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving, gebonden is aan een concrete vormgeving. Vanuit deze analyse is dan ook aan te nemen dat sterk te betwijfelen is of het naast elkaar bestaan van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, als volgt te analyseren is: als een hogere differentiatie van gedragsvoorschriften waarvan een bijdrage te verwachten is tot een meer gerechtvaardigde investeringsbeschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht die hoger is als de toename van juridische inspanningen die zij teweegbrengt om beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht toepassing te laten vinden. Een besluit in dit verband is, zoals aangegeven, echter voorbarig, aangezien we op dit punt nog niet nagingen of de wenselijkheid van specialisatie die het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht

doorvoeren, ook tegen over elkaar, *in concreto* niet alsnog te beargumenteren is in het licht van de volgende elementen van hun ingrijpen: hun afbakening van het ‘object’ waarover zij een exclusieve bevoegdheid verlenen, hun afbakening van de exclusieve bevoegdheid die ze verlenen over het ‘object’ of, in het geval van het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht, de uitdrukkelijk bepalingen die zij voorzien om ‘reverse engineering’ te regelen.

B. Het databankenrecht *sui generis*

Volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ behoort het databankenrecht *sui generis*, zoals gezegd, het theoretische model te implementeren van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’. De motivatie hiervoor is, zoals aangegeven, in wezen het gegeven dat er rekening mee te houden is dat de aggregatie-prestatie rond de inhoud van een databank vaak teruggaat op *handenarbeid*. Dit gegeven zorgt er voor dat passend optreden tegen ‘imitatievoordeel’ rond deze aggregatie-prestatie waaraan de inhoud van een databank zijn geschiktheid dankt om kennis te verschaffen rond het bestaan en de eigenschappen van de verzamelde elementen, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, dus om een ingrijpen vraagt dat het theoretische model implementeert van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’. Een dergelijk passend optreden tegen ‘imitatievoordeel’ rond deze aggregatie-prestatie laat zich volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, strikt genomen, niet realiseren in het kader van een intellectueelrechtelijke bescherming.

In wat volgt, bespreken we nu hoe de concrete bepalingen en beginselen die, binnen het databankenrecht *sui generis*, de beoordeling sturen rond het toekennen van hun bescherming, zo te verstaan zijn dat dit intellectuele recht alsnog zo goed mogelijk de opdracht vervult van het implementeren van het zonet vermelde theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’. Daarbij geven we dan met name aan welke interpretatie van deze concrete bepalingen en beginselen maakt dat hun aanwijzingen met het oog op de beoordeling rond het toekennen van bescherming, alsnog zo goed mogelijk aansluiten bij de richtlijnen die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ voorschrijft voor het afstellen van het toekennen van bescherming bij het implementeren van het theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’. Dat we de betrokken concrete bepalingen en beginselen hierbij verstaan als aanwijzingen rond de uit te voeren ‘denkoperatie rond verschillen’, die nochtans typisch de beoordeling rond het toekennen van bescherming door intellectuele rechten beheerst, volgt daarbij dan met name uit het feit dat we nu eenmaal moeilijk om de vaststelling heen kunnen dat het databankenrecht *sui generis* zijn aanwijzingen geeft vanuit het concept van een intellectueelrechtelijke bescherming. Daarbij geven we in dit onderdeel dan ook telkens aan in welke mate de zonet beschreven interpretatie van de concrete bepalingen en beginselen van het databankenrecht *sui generis* rond het toekennen van zijn bescherming, die volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ wenselijk is, ook vraagt om aan te nemen dat het databankenrecht *sui generis*, bij het toekennen van zijn bescherming, een verschillende benadering hanteert, in vergelijking met het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, waarrond het volgende geldt: binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, is dit verschil in benadering te analyseren als een mogelijk argument om de wenselijkheid te staven, van de specialisatie die deze *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht.

B.1. Relevante referentie-incorporatie

Met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van het toekennen van zijn bescherming, dient het databankenrecht *sui generis* zich, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, alvast aan de volgende richtlijn te houden, bij het aanduiden van het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken van welk soort relevante referentie-incorporatie, het vereist als basis voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming: het databankenrecht *sui generis* behoort langs deze weg met name aan te geven dat het als basis voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming vereist dat die zintuiglijk waarneembare kenmerken voorliggen die te danken zijn aan het te beoordelen resultaat van inspanningen die ook nodig zijn om zo objectief mogelijke hypothesen te kunnen formuleren 1.) rond de vraag of het betrokken resultaat van inspanningen inderdaad aan de basis ligt van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen en het voorwerp kan uitmaken van ‘imitatievoordeel’ en 2.) rond de vraag welke aanwending van gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten als eerste indicatie kan gelden om

‘imitatievoordeel’ te traceren ten aanzien van dit resultaat van inspanningen. Deze richtlijn gaat daarbij dan met name terug op de analyse dat de implementatie van het hierboven besproken theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, zoals aangegeven, vraagt om de volgende zintuiglijk waarneembare kenmerken te vereisen van een incorporatie van inspanningen, als voorwaarde om handelingen die teruggaan op het kopiëren van deze incorporatie van inspanningen eventueel te verbieden als ‘parasitair kopiëren’: zintuiglijk waarneembare kenmerken die 1.) voldoende aannemelijk maken dat het gaat om een incorporatie van een resultaat van inspanningen dat inderdaad behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen toelaat en waarrond ‘imitatievoordeel’ mogelijk is en 2.) voldoende aannemelijk maken welke aanwending van gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten als eerste indicatie kan gelden om ‘imitatievoordeel’ te traceren ten aanzien van dit resultaat van inspanningen.

In zoverre het databankenrecht *sui generis* het hierboven besproken theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’ dient te implementeren, biedt dit model het databankenrecht *sui generis* dan echter weinig houvast rond het precieze soort zintuiglijk waarneembare kenmerken van welke precieze soort relevante referentie-incorporatie, dit beschermingsregime, in de context van databanken, moet vereisen als basis voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming. Dit volgt dan met name uit het feit dat dit theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’ zijn tussenkomst, zoals aangegeven, in wezen stuurt door een typering van de concrete begeleidende omstandigheden rond zintuiglijk waarneembare handelingen die teruggaan op het kopiëren van een incorporatie inspanningen en slechts in ondergeschikte mate door een typering van de kenmerken van de betrokken incorporaties van inspanningen. Met het oog op het implementeren van het betrokken theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’, kunnen we ons zoals aangegeven overigens de vraag stellen of een implementatie van ditzelfde model die zich toespitst op de aggregatie-prestatie rond de inhoud van ‘databanken’ wel een *noodzakelijke* differentiatie uitmaakt van beschermingsregimes binnen het intellectuele eigendomsrecht. Op dit punt is het echter wederom nog voorbarig om al tot conclusies te komen in dit verband. We moeten er immers ook in dit geval rekening mee houden dat deze differentiatie wenselijk kan blijken om toe te laten dat het databankenrecht *sui generis*, in vergelijking met het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, een eigen, verschillende aanpak kan hanteren op een ander punt van de afstelling van zijn ingrijpen, dan op het specifieke punt dat hier aan de orde is, met name het soort zintuiglijk waarneembare kenmerken van welk soort relevante referentie-incorporatie dit beschermingsregime vereist als basis voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming.

In zoverre gegeven is dat het databankenrecht *sui generis* als basis voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming vraagt dat sprake is van zintuiglijk waarneembare kenmerken van een ‘databank’ die voortvloeien uit inspanningen rond de ‘verkrijging, de controle of de presentatie’ van de inhoud ervan¹⁴⁸⁴, is op dit punt veeleer het volgende aan de orde: aangeven in welke mate de hierboven besproken, bestaande interpretaties rond deze noties te verenigen zijn met het implementeren van het betrokken theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’. Vanuit die invalshoek stellen we dan met name vast dat de hierboven besproken, gebruikelijke interpretaties rond de basis die dit beschermingsregime vereist voor de beoordeling rond het toekennen van bescherming in termen van het vereiste soort zintuiglijk waarneembare kenmerken van een bepaald soort relevante referentie-incorporatie, in grote lijnen verdedigbaar en niet onlogisch is, geredeneerd vanuit het theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’. Het verzamelde geheel van elementen dat kwalificeert als een ‘databank’ en dat aan de inspanningen rond het ‘verkrijgen, controleren en presenteren’ van dit verzamelde geheel van elementen een bepaald geschiktheid ontleent om te functioneren als ‘systeem voor de opslag en de verwerking van informatie’, zal immers in vele gevallen een typisch voorbeeld vormen van het soort incorporaties van inspanningen ten voordele waarvan net de implementatie van het theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’ een ingrijpen voorziet met het oog op het vermijden van ‘imitatievoordeel’: een incorporatie van inspanningen die zintuiglijk waarneembare kenmerken en een daaraan gekoppelde geschiktheid tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dankt aan een resultaat van *handenarbeid* en waarrond zich een mogelijkheid voordoet om bij het overnemen van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die voortvloeien uit de betrokken handenarbeid ‘imitatievoordeel’ te realiseren. De aggregatie-prestatie

¹⁴⁸⁴ Art. 7.1. Richtlijn Databanken en art. XI.306., lid 1 WER (oud art. 3, lid 1 Wet Databanken).

die resulteert in het verzamelde geheel van elementen dat de inhoud uitmaakt van een ‘databank’ is, ook als het hierbij gaat om *handenarbeid*, nu eenmaal kwetsbaar ten aanzien van handelingen waarbij personen, door de overname van het geaggregeerde geheel, ‘imitatievoordeel’ realiseren ten belope van het uitsparen van de inspanningen om dit geheel te aggregeren. Het gegeven dat het databankenrecht *sui generis* zijn bescherming toespitst op inspanningen rond het ‘verkrijgen, controleren en presenteren’ van elementen van een databank en niet uitbreidt tot inspanningen rond het creëren van elementen van een databank is vanuit die optiek dan nog tot op zekere hoogte verdedigbaar in het licht van de volgende overwegingen: dat het, in het licht van de brede waaier aan zintuiglijk waarneembare manifestaties die ‘elementen’ kunnen zijn van een ‘databank’, niet opgaat om aan te nemen dat zich rond de resultaten van inspanningen om deze elementen te creëren telkens een even grote en courante kwetsbaarheid voordoet ten aanzien van ‘imitatievoordeel’ als het geval is bij de aggregatie-prestatie om tot het verzamelde geheel van elementen te komen dat de ‘databank’ mee zijn geschiktheid verleent om informatie te verschaffen rond het bestaan en de eigenschappen van de daarin opgenomen ‘elementen’.

B.2. Relevante referentiegroep

Bij het afbakenen van een relevante referentiegroep voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, behoort het databankenrecht *sui generis* zich, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, aan de volgende richtlijn te houden, met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van het toekennen van zijn bescherming: de relevante referentiegroep zo afbakenen dat deze alle zintuiglijk waarneembare manifestaties omvat waarvan een persoon daadwerkelijk vertrok om, op grond van eigen inspanningen, tot het verzamelde geheel van elementen te komen dat de inhoud uitmaakt van deze concrete databank¹⁴⁸⁵. Deze richtlijn gaat daarbij dan met name terug op de analyse van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dat het databankenrecht *sui generis* bij het implementeren van het hierboven besproken theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitaire kopiëren’, in elk geval ook in staat moet zijn om rekening te houden met resultaten van *handenarbeid* die toepassing vinden in het verzamelde geheel van elementen dat de inhoud uitmaakt van een concrete databank. Vanuit die optiek is het volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan ook niet nuttig dat het databankenrecht *sui generis* voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming zou vragen om een vergelijking door te voeren met wat een persoon op het ogenblik van het leveren van de aggregatie-prestatie rond de inhoud van een databank reeds kende. Met het oog op het traceren van resultaten van *handenarbeid* om tot het verzamelde geheel van elementen te komen dat de inhoud uitmaakt van een concrete databank, dient het databankenrecht *sui generis*, zoals aangegeven, veeleer te vragen om een vergelijking door te voeren tussen het resulterende, verzamelde geheel van elementen en de zintuiglijk waarneembare manifestaties die een persoon daadwerkelijk als uitgangspunt nam om daartoe te komen¹⁴⁸⁶. In het licht van wat hierboven aan bod kwam, stellen we dan vast dat het niet onmogelijk en zelfs niet ongebruikelijk is om de bepalingen en beginselen van het databankenrecht *sui generis* een interpretatie te geven die aansluit bij de zonet vermelde richtlijn. Hierbij is dan ten slotte ook op te merken dat de zonet beschreven richtlijn het databankenrecht *sui generis* niet vraagt om een andere benadering te hanteren op het vlak van het afbakenen van de relevante referentiegroep als de benadering die in wezen ook het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ hanteert om, bij de toetsing rond de begeleidende omstandigheden van een ‘handelspraktijk’ die teruggaat op het kopiëren van de incorporatie van inspanningen van een andere onderneming,

¹⁴⁸⁵ Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld: H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 35 (“*In dit verband sluit de omstandigheid dat de samenstelling van een databank samenhangt met de uitoefening van een hoofdactiviteit in het kader waarvan de samensteller van de databank tevens degene is die de in deze databank opgenomen elementen heeft gecreëerd, als zodanig niet uit dat deze persoon aanspraak kan maken op de bescherming die het recht sui generis biedt, op voorwaarde dat hij aantoont dat de verkrijging van deze elementen of de controle dan wel de presentatie daarvan, in de in de punten 31 tot en met 34 van dit arrest weergegeven zin, een in kwantitatief dan wel kwalitatief opzicht substantiële investering heeft geleverd, los van de middelen die voor het creëren van deze elementen zijn aangewend.*”); In dezelfde zin ook: H.v.J. 9 november 2004, C-46/02 (*Fixtures Marketing t. Oy Veikkaus*), r.o. 39; H.v.J. 9 november 2004, C-338/02 (*Fixtures Marketing t. Svenska Spel*), r.o. 29 en H.v.J. 9 november 2004, C-444/02 (*OPAP t. Fixtures Marketing*), r.o. 45.

¹⁴⁸⁶ Hierbij brengen wij in herinnering dat *handenarbeid* voor ons slaat op inspanningen die de vorm aannemen van de aan de mens externe, zintuiglijk waarneembare handelingen om de zintuiglijk waarneembare kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties te wijzigen.

na te gaan of deze incorporatie van inspanningen voortvloeit uit een resultaat van inspanningen dat een bepaalde drempel bereikt aan geïnvesteerde intellectuele arbeid of handenarbeid.

B.3. Verschillen

Met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van het toekennen van zijn bescherming, dient het databankenrecht *sui generis* zich, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, dan alvast ook aan de volgende richtlijn te houden, bij het aanduiden van de verschillen die het vereist tegenover de relevante referentiegroep om over te gaan tot het toekennen van zijn bescherming: het databankenrecht *sui generis* moet, op dit punt, voor het toekennen van zijn bescherming vereisen dat de zintuiglijk waarneembare kenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan een bepaald resultaat van inspanningen, tegenover de zintuiglijk waarneembare kenmerken van manifestaties binnen de relevante referentiegroep, verschillen vertonen waarrond aannemelijk is dat het een relevant resultaat van inspanningen vroeg om tot deze verschillen te komen, met name een resultaat van inspanningen dat inderdaad aan de basis ligt van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen en het voorwerp kan uitmaken van ‘imitatieoordeel’. Deze richtlijn gaat daarbij met name terug op de analyse dat de implementatie van het hierboven besproken theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, zoals aangegeven, vraagt om, onder meer, de volgende zintuiglijk waarneembare kenmerken te vereisen van een incorporatie van inspanningen, als voorwaarde om handelingen die teruggaan op het kopiëren van deze incorporatie van inspanningen eventueel te verbieden als ‘parasitair kopiëren’: zintuiglijk waarneembare kenmerken die voldoende aannemelijk maken dat het gaat om een incorporatie van een resultaat van inspanningen dat inderdaad behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen toelaat en waarrond ‘imitatieoordeel’ mogelijk is.

In het licht van de zonet vermelde richtlijn, is de notie van een ‘in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantiële investering’ in de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van een ‘databank¹⁴⁸⁷’, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan met name te verstaan als een referentie aan een resultaat van inspanningen dat een relatief lage drempel aan handenarbeid of intellectuele arbeid vroeg. Dat aan te nemen is dat het vervullen van het vereiste van een ‘in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantiële investering’ in dit verband slechts een relatief lage drempel aan handenarbeid of intellectuele arbeid veronderstelt, volgt, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan met name uit de overweging dat ook ‘imitatieoordeel’ mogelijk is rond geringe inspanningen. Ook geringe inspanningen kunnen immers ‘gestolen’ worden of aanleiding geven tot positieve *externe* effecten. Dat aan te nemen is dat het databankenrecht *sui generis* voor het toekennen van zijn bescherming, in het licht van het vereiste van een ‘in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantiële investering’, zowel rekening dient te houden met *handenarbeid* als *intellectuele arbeid* bij de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van een ‘databank¹⁴⁸⁸’, althans met de concrete incorporatie van deze arbeid in het verzamelde geheel van elementen dat de inhoud uitmaakt van een bepaalde ‘databank’, gaat volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan met name in wezen terug op de volgende, hierboven aangehaalde, overweging: dat te verwachten is dat ‘imitatieoordeel’ ten aanzien van een resultaat van *intellectuele arbeid* vermijden via de inzet van een beschermingsregime binnen het intellectuele eigendomsrecht dat, gezien zijn primaire gerichtheid op het traceren en neutraliseren van ‘imitatieoordeel’ rond resultaten van *handenarbeid*, zijn ingrijpen afstelt in het licht van een test die focust op het geheel van de begeleidende, feitelijke omstandigheden rond een ‘kopiëren’ – een test die, zoals aangegeven, strikt genomen nodeloos omslachtig is voor het traceren en neutraliseren van imitatieoordeel ten aanzien van resultaten van *intellectuele arbeid* – uiteindelijk nog altijd wenselijker is dan niet optreden tegen ‘imitatieoordeel’ rond het betrokken resultaat van *intellectuele arbeid*.

In het kader van de zonet besproken richtlijn die de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ voorstaat rond de optimale afstelling van het toekennen van bescherming op grond van het databankenrecht *sui generis* zijn twee vaststelling dan ook hier belangrijk met het oog op de verdere bespreking. Ten eerste observeren we dat het opnieuw niet onmogelijk en zelfs niet ongebruikelijk is om de bepalingen en beginselen van het databankenrecht *sui generis* een interpretatie te geven die aansluit bij de zonet vermelde richtlijn, die de systematiek rond ‘imitatieoordeel’

¹⁴⁸⁷ Zie: art. 7.1. Richtlijn databanken en art. 3, lid 1 Databankenwet.

¹⁴⁸⁸ Zie: art. 7.1. Richtlijn databanken en art. 3, lid 1 Databankenwet.

formuleert, nochtans in wezen met het oog op het implementeren van het hierboven besproken theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’. Ten tweede stellen we opnieuw vast dat de zonet beschreven richtlijn het databankenrecht *sui generis* niet vraagt om een andere benadering te hanteren als de benadering die in wezen ook het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ hanteert om, bij de toetsing rond de begeleidende omstandigheden van een ‘handelspraktijk’ die teruggaat op het kopiëren van de incorporatie van inspanningen van een andere onderneming, te beoordelen of deze incorporatie van inspanningen voortvloeit uit een resultaat van inspanningen dat een bepaalde drempel bereikt aan geïnvesteerde intellectuele arbeid of handenarbeid.

B.4. Abstractie

Op het vlak van de te hanteren graad van abstractie ten aanzien van zintuiglijk waarneembare kenmerken, bij de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, behoort het databankenrecht *sui generis* zich, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, aan de volgende richtlijn te houden, met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afstelling van het toekennen van zijn bescherming: het databankenrecht *sui generis* moet voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming aansturen op een vergelijking tussen, enerzijds, de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan het te beoordelen resultaat van inspanningen en, anderzijds, de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken van de zintuiglijk waarneembare manifestaties die het uitgangspunt vormden om, via het betrokken resultaat van inspanningen, tot deze concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken te komen van de betrokken relevante referentie-incorporatie. Deze richtlijn steunt daarbij dan eveneens op de analyse van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dat het databankenrecht *sui generis*, bij het implementeren van het hierboven besproken theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’, ook in staat moet zijn om rekening te houden met resultaten van *handenarbeid* die aanleiding gaven tot het verzamelde geheel van elementen dat de inhoud uitmaakt van een concrete databank. Om dergelijke resultaten van *handenarbeid* en hun aanwendingsscala te traceren, moet het databankenrecht *sui generis*, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan met name vragen om de zonet beschreven, erg concrete vergelijking door te voeren – als het ware op het minimale niveau van abstractie – tussen het resulterende, verzamelde geheel van elementen en de zintuiglijk waarneembare manifestaties die een persoon daadwerkelijk als uitgangspunt nam om daartoe te komen¹⁴⁸⁹. Op dit punt is er volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ immers rekening mee te houden dat, zoals eerder aan bod kwam, het ‘aanwendingsscala’ van resultaten van *handenarbeid* zich in beginsel beperkt tot de specifieke zintuiglijk waarneembare kenmerken van de zintuiglijk waarneembare manifestatie die het directe voorwerp vormde van de betrokken handelingen van handenarbeid. In die zin stemt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dus in met de hierboven aangehaalde opvatting dat het er bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming op grond van het databankenrecht *sui generis* op aankomt om, op het niveau van het concrete verzamelde geheel van elementen dat de inhoud uitmaakt van de betrokken ‘databank’, na te gaan of daaruit een in kwalitatief of kwantitatief substantiële investering blijkt rond het verkrijgen, controleren of presenteren van de inhoud van deze ‘databank’¹⁴⁹⁰. Vanuit haar analyse dat het databankenrecht *sui generis* het hierboven besproken, theoretische model dient te implementeren van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’, kan de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ zich dan ook vinden in de hierboven aangehaalde opvatting dat het databankenrecht *sui generis* geen bescherming behoort toe te kennen op een hoger niveau van abstractie dan het concrete verzamelde geheel van elementen dat de inhoud uitmaakt van een databank en met name niet op het niveau van abstractie van de abstracte of uitgewerkte ideeën rond het verkrijgen, controleren of presenteren van de inhoud van een ‘databank’, hoogstens op het niveau van de concrete uitwerking van deze ideeën in een concrete ‘databank’¹⁴⁹¹. Dat het databankenrecht *sui generis* daarbij voor de beoordeling

¹⁴⁸⁹ Hierbij brengen wij in herinnering dat handenarbeid voor ons slaat op inspanningen die de vorm aannemen van de aan de mens externe, zintuiglijk waarneembare handelingen om de zintuiglijk waarneembare kenmerken van zintuiglijk waarneembare manifestaties te wijzigen.

¹⁴⁹⁰ Vergelijk in die zin ook bijvoorbeeld: M. SCHELLEKENS, “A database right in search results? – An intellectual property right reconsidered in respect of computer generated databases”, *Computer Law & Security Review* 2011, p. 628.

¹⁴⁹¹ Zie in die zin, bijvoorbeeld: M. SCHELLEKENS, “A database right in search results? – An intellectual property right reconsidered in respect of computer generated databases”, *Computer Law & Security Review* 2011, p. 628 (“Every database created begins with an idea about what database should be created. This idea is further elaborated into more specific ideas about how to build up the database and present it. Does the acceptance of

rond het toekennen van zijn bescherming, met name in het licht van de vaststelling of een substantiële investering voorligt, dus wel rekening houdt met *intellectuele arbeid* in zoverre deze in de concrete incorporatie vloeit van het verzamelde geheel van elementen dat de inhoud uitmaakt van een bepaalde ‘databank’, maar daarbij niet de stap zet om bij het toekennen van zijn bescherming ook rekening te houden met het concrete ‘aanwendingsscala’ van het betrokken resultaat van intellectuele arbeid, laat zich volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan als volgt verantwoorden: het databankenrecht *sui generis* vermijdt op deze manier om een aanknopingspunt te creëren om de incorporatie van resultaten van *handenarbeid* bescherming toe te kennen op een onwenselijk hoog niveau van abstractie.

In het licht van de zonet besproken richtlijn die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ voorstaat rond de optimale afstelling van het toekennen van bescherming op grond van het databankenrecht *sui generis* kunnen we dan ook hier opnieuw twee belangrijke observaties doen in het licht van de verdere bespreking. Ten eerste stellen we vast dat het opnieuw niet onmogelijk en zelfs niet ongebruikelijk is om de bepalingen en beginselen van het databankenrecht *sui generis* een interpretatie te geven die aansluit bij de zonet vermelde richtlijn, die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ voorstaat, nochtans in wezen met het oog op het implementeren van het hierboven besproken theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’. Ten tweede observeren we opnieuw dat de zonet beschreven richtlijn het databankenrecht *sui generis* geen andere aanpak vraagt op het vlak van de hanteren graad van abstractie bij de beoordeling rond het verlenen van zijn bescherming als de aanpak die in wezen ook, zoals hierboven besproken, het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ toelaat om bij het traceren van ‘parasitaire mededinging’ na te gaan of sprake is van een kopiëren.

B.5. Besluit

Op grond van de bespreking rond de vorige punten, kunnen we dan, ten slotte, opnieuw overgaan tot een besluit rond de vraag of aan te nemen is dat, ditmaal, het databankenrecht *sui generis*, op het vlak van het sturen van de toekenning van zijn bescherming, een verschillende benadering hanteert, in vergelijking met het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, waarrond het volgende geldt: binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, is dit verschil in benadering te analyseren als een mogelijk argument om de wenselijkheid te staven, van de specialisatie die deze *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht. Op dit punt gaan we dus met andere woorden over tot een conclusie rond de vraag of het databankenrecht *sui generis*, specifiek op het vlak van het sturen van de toekenning van zijn bescherming, blijkt geeft van het volgende: een verschillende inhoud of mate van precisering van gedragsvoorschriften waarvan aannemelijk is dat deze een bijdrage levert tot een meer gerechtvaardigde regeling die opweegt tegen de juridische inspanningen die dit *sui generis* intellectuele recht veroorzaakt door de hogere graad van differentiatie van gedragsvoorschriften die het teweegbrengt binnen het intellectuele eigendomsrecht.

*extraction by regeneration unduly encroach upon the freedom to create databases along these basic ideas? On the one hand, the database right does not protect the global idea behind a database, for example the idea to make a weather database for Europe. On the other hand, the contents of a weather database can be protected by a database right. In between, lays the partially elaborated idea for a database: the intellectual idea of a certain collection, such as a selection criterion, or the intellectual idea of a certain presentation, such as a format, or the intellectual idea of certain verification, such as a verification procedure. The database right does not protect the elaborated idea behind a database either; it only protects the investment in realising the elaborated idea: the actual making of a database according to the elaborated idea. Infringement therefore subsists in extracting the contents and reutilising them.”); Vergelijk ook: E. DERCLAYE, “Database Sui Generis Right: What Is a Substantial Investment? A Tentative Definition”, *I.I.C.* 2005, p. 29 (“It seems that, although the definition of a database is broad, the Directive’s draftsmen did not intend to target the protection of (business) ideas or know-how but rather of information. The Directive speaks of the information market, information products and information storage and processing systems (recitals 3, 9, 10, 47). Of course, in the broadest possible sense, ideas and know-how are also information. But this sense is surely not the sense of information as used in these recitals. Additionally, as a matter of sound intellectual property policy, single ideas and single pieces of know-how should not be protected (if they do not achieve patentability standards).”).*

Op dit punt menen we dan met name te mogen concluderen dat, binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond 'imitatievoordeel', niet meteen argumenten te vinden zijn, specifiek in de aanwijzingen die het databankenrecht *sui generis* geeft om de toekenning van zijn bescherming te sturen, om aan te nemen dat dit *sui generis* intellectuele recht een wenselijke specialisatie doorvoert, binnen het intellectuele eigendomsrecht, ten aanzien van het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging'. Opdat het databankenrecht *sui generis*, geredeneerd vanuit de systematiek rond 'imitatievoordeel', überhaupt een *valabele* differentiatie zou uitmaken van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, moeten we, zoals aangegeven, zelfs al het nodige doen om dit beschermingsregime zo veel mogelijk zo te interpreteren dat dit, net als het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging', het theoretisch model van een ingrijpen tegen 'parasitair kopiëren' implementeert. Op grond van wat hierboven aan bod kwam, blijkt volgens ons dan dat, alvast de concrete bepalingen rond het toekennen van zijn bescherming, het niet onmogelijk maken om in het databankenrecht *sui generis* een dergelijke implementatie te lezen van het theoretisch model van een ingrijpen tegen 'parasitair kopiëren'. Uit deze noodzaak om het databankenrecht *sui generis* te interpreteren conform het theoretisch model van een ingrijpen tegen 'parasitair kopiëren' volgt naar onze mening dan echter ook dat, specifiek op het vlak van het sturen van de toekenning van bescherming, niet meteen argumenten voorliggen om het volgende aan te nemen: dat het databankenrecht *sui generis* een ingrijpen voorziet rond feitelijke situaties, ten aanzien waarvan een optimaal ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond 'imitatievoordeel', ook inderdaad een wezenlijk anders afgesteld ingrijpen vraagt, als het geval is ten aanzien van de feitelijke situaties waarrond het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging' behoort op te treden. Vanuit deze analyse is dan ook aan te nemen dat sterk te betwijfelen is of het naast elkaar bestaan van het databankenrecht *sui generis* en het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging', als volgt te analyseren is: als een hogere differentiatie van gedragsvoorschriften waarvan een bijdrage te verwachten is tot een meer gerechtvaardigde investeringsbeschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht die hoger is als de toename van juridische inspanningen die zij teweegbrengt om beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht toepassing te laten vinden. Een besluit in dit verband is echter opnieuw voorbarig, aangezien we op dit punt nog niet nagingen of de wenselijkheid van specialisatie die het databankenrecht *sui generis* doorvoert, *in concreto* niet alsnog te beargumenteren is in het licht van de volgende elementen van zijn ingrijpen: zijn afbakening van het 'object' waarover het een bevoegdheid verleent en zijn afbakening van de bevoegdheid die het verleent over het 'object'.

2. Het object - De zintuiglijk waarneembare manifestaties die onder de toegekende bescherming vallen

In dit tweede onderdeel bespreken we nu of de wenselijkheid van de ‘specialisatie’ die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, onderling en ten aanzien van het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, kan volgen uit de invulling die deze *sui generis* intellectuele rechten geven aan het volgende: de parameters die de afbakening beheersen van een ‘object’, de groep zintuiglijk waarneembare manifestaties, waarover zij, bij het toekennen van hun bescherming, een exclusieve bevoegdheid verlenen. Daartoe gaan we met name opnieuw als volgt te werk. Ten eerste (1.1.) geven we aan welke invulling het auteursrecht, het octrooirecht en het ingrijpen tegen parasitaire mededinging geven aan de parameters die de afbakening beheersen van de groep zintuiglijk waarneembare manifestaties waarover zij een bevoegdheid verlenen. Ten tweede (1.2.) bespreken we dan de invulling die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken geven aan de parameters die de afbakening beheersen van de groep zintuiglijk waarneembare manifestaties waarover zij een bevoegdheid verlenen. Ten slotte (1.3.), gaan we dan na of de betrokken *sui generis* intellectuele rechten, in vergelijking met het auteursrecht, het octrooirecht en het ingrijpen tegen parasitaire mededinging, een verschillende invulling geven aan de betrokken parameters die, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, als volgt te analyseren is: als een wenselijke specialisatie op het vlak van het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht.

2.1. Traditionele beschermingsregelingen

In het kader van ons onderzoek rond de wenselijkheid van de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht, bespreken we in de eerste plaats dus de afbakening van de groep zintuiglijk waarneembare manifestaties waarover de relevante, traditionele beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht een bevoegdheid verlenen bij het toekennen van bescherming. Dit punt bespreken we in wat volgt met name in het licht van het (2.1.1.) het octrooirecht en (2.1.2.) het auteursrecht en (2.1.3.) het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’.

2.1.1. Octrooirecht

Indien een geldige ‘octrooiaanvraag’ blijkt geeft van een octrooieerbare ‘uitvinding’, verleent het octrooirecht een rechthebbende een exclusieve bevoegdheid over een ‘object’ dat, volgens de theorie rond intellectueelrechtelijke lasten, bestaat uit een groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties waarrond aan te nemen is dat zij hun capaciteit om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomeen teweeg te brengen, danken aan de betrokken, bescherming motiverende ‘uitvinding’. Om een zintuiglijk waarneembare manifestatie tot dit ‘object’ te rekenen vraagt het octrooirecht daarbij dan volgens ons, in essentie, om na te gaan of deze zintuiglijk waarneembare manifestatie, bekeken op het relevante niveau van abstractie, inderdaad een relevante en voldoende gelijkenis vertoont met de zintuiglijk waarneembare kenmerken die de octrooiaanvraag dankt aan de betrokken octrooieerbare ‘uitvinding’, om het volgende aannemelijk te maken: dat deze zintuiglijk waarneembare manifestatie zijn capaciteit om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomeen teweeg te brengen, dankt aan dezelfde octrooieerbare ‘uitvinding’¹⁴⁹².

Bij dit afbakenen van het ‘object’ binnen het octrooirecht is dan echter wel nog zeker rekening te houden met een aantal bijzonderheden. In de eerste plaats is in dit verband rekening te houden met de onderscheiden

¹⁴⁹² Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: R. KRAßER, *Patentrecht. Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht.*, München, C.H. Beck, 2009, p. 2 e.v. (“Da solche Sachen für ihren Marktwert wesentliche Eigenschaften der Erfindung verdanken und deshalb auch der Handel mit ihnen und ihr Gebrauch eine wirtschaftliche Verwertung der Erfindung bedeuten, erstreckt sich das Verbotungsrecht des Patentinhabers auf Handlungen bezüglich solcher Sachen.”).

beschermingsomvang van ‘voortbrengsel-octrooien’ en ‘werkwijze-octrooien¹⁴⁹³’. In het geval van een octrooieerbare ‘voortbrengsel-uitvinding’ geldt, zoals aangegeven, immers dat de door het octrooirecht toegekende bescherming zich uitstrekt tot elk daadwerkelijk gerealiseerd ‘voortbrengsel’ dat een relevante en voldoende gelijkenis vertoont met de kenmerken die het binnen de octrooiaanvraag beschreven ‘voortbrengsel’ dankt aan deze uitvinding. Bij de afbakening van de toegekende bescherming in het kader van een octrooieerbare ‘voortbrengsel-uitvinding’ is het daarbij dus om het even langs welke weg of via welke werkwijze het gerealiseerde ‘voortbrengsel’ tot deze relevante en voldoende gelijkenis kwam. Bij een octrooieerbare ‘werkwijze-uitvinding’ daarentegen strekt de door het octrooirecht toegekende bescherming zich, zoals gezegd, enkel uit tot de daadwerkelijk toepassing van een ‘werkwijze’ en tot rechtstreeks via een ‘werkwijze’ verkregen ‘voortbrengselen’ indien geldt dat de daarbij gerealiseerde ‘werkwijze’ een relevante en voldoende gelijkenis vertoont met de kenmerken die de binnen de octrooiaanvraag beschreven ‘werkwijze’ dankt aan deze uitvinding. Belangrijk hierbij is dus dat bescherming die het octrooirecht toekent naar aanleiding van een octrooieerbare ‘werkwijze-uitvinding’ zich niet uitstrekt tot ‘voortbrengselen’, zelf niet identieke ‘voortbrengselen’, die verkregen zijn via een andere ‘werkwijze’ dan deze waarop de betrokken ‘werkwijze-uitvinding’ betrekking heeft¹⁴⁹⁴. In de tweede plaats is bij het afbakenen van het ‘object’ binnen het octrooirecht ook rekening te houden met het gegeven dat het octrooirecht uitdrukkelijk aangeeft dat het mogelijk is om ten aanzien van een octrooieerbare ‘uitvinding’ zowel ‘rechtstreekse inbreuk’ als ‘onrechtstreekse inbreuk’ te begaan. Bij ‘rechtstreekse inbreuk’ gaat het er dan om dat sprake is van voortbrengselen of werkwijzen waarvan aan te nemen is dat zij, zonder toestemming van de betrokken rechthebbende, de uitvinding realiseren die octrooirechtelijke bescherming verkreeg¹⁴⁹⁵. ‘Onrechtstreekse inbreuk’ verwijst daarentegen naar het gegeven dat zonder toestemming van de rechthebbende middelen betreffende een wezenlijk bestanddeel van de geoctrooierde ‘uitvinding’ aangeboden worden voor de toepassing van deze uitvinding¹⁴⁹⁶.

In dit onderdeel nemen we nu de vier typische parameters binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ als leidraad om dieper in te gaan op de richtlijnen die het octrooirecht biedt om de groep zintuiglijk waarneembare manifestaties af te bakenen die het ‘object’ uitmaken van de exclusieve bevoegdheid die dit recht verleent bij het toekennen van zijn bescherming. Volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ is immers aan te nemen dat de richtlijnen die het octrooirecht geeft op dit punt, door zijn aansluiting bij het archetypische ingrijpen van intellectuele rechten, te verstaan zijn als aanwijzingen rond de invulling van deze vier typische parameters binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’.

¹⁴⁹³ Zie in dit verband: art. XI.28. en XI.29. WER (oud art 26 en 27 Octrooiwet).

¹⁴⁹⁴ Zie in verband met de onderscheiden beschermingsomvang van ‘voortbrengsel-octrooien’ en ‘werkwijze-octrooien’, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire : créer, protéger et partager les inventions au XXIe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, p. 87; R. BAKELS, "Software: werkwijze of voortbrengsel?", *B.I.E.* 2003, p. 430; W. CORNISH and D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 174 e.v..

¹⁴⁹⁵ Zie: art. XI.29., §1 WER (oud art. 27, §1 Octrooiwet).

¹⁴⁹⁶ Art. XI.29., §2 WER (oud Art 27, §2 Octrooiwet) bepaalt in dit verband met name: “*Het octrooi geeft de octrooihouder ook het recht iedere derde die niet zijn toestemming hiertoe heeft verkregen te verbieden op Belgisch grondgebied aan een ander dan degenen die gerechtigd zijn de uitvinding toe te passen, middelen betreffende een wezenlijk bestanddeel van de uitvinding aan te bieden of te leveren voor de toepassing van de geoctrooierde uitvinding op het grondgebied, indien de derde weet dan wel het gezien de omstandigheden duidelijk is, dat deze middelen voor die toepassing geschikt en bestemd zijn.*”; Zie in dit verband bijvoorbeeld: K. ROOX en C. DE PRETER, “Onrechtsreeke octrooi-inbreuk naar Belgisch recht na het Senseo-arrest: koffiedik kijken of klare wijn?”, *I.R.D.I.* 2006, p. 101 e.v.; W. CORNISH en D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 260 e.v. en E. VAN NIEUWENHOVEN HELBACH and J. HUYDECOPER, *Industriële eigendom: bescherming van technische innovatie*, Deventer, Kluwer, 2002, p. 235 e.v..

A. Relevante referentiekenmerken

In de eerste plaats geldt dat het octrooirecht, met het oog op de afbakening van de zintuiglijk waarneembare manifestaties die het ‘object’ uitmaken van de exclusieve bevoegdheid die het verleent naar aanleiding van een resultaat van inspanningen, richtlijnen geeft rond het volgende punt: het vastleggen van de relevante referentiekenmerken binnen de relevante referentie-incorporatie van dit resultaat van inspanningen die als geschikt uitgangspunt gelden om deze afbakening door te voeren. Het aanknopingspunt voor deze richtlijnen rond de vaststelling van de relevante referentiekenmerken is daarbij dan met name de gebruikelijke opvatting dat de vaststelling rond inbreuk op de octrooirechtelijke bescherming die verleend werd naar aanleiding van een bepaalde uitvinding, dient te starten met het volgende: het interpreteren van de beschrijving van deze uitvinding, binnen de betrokken octrooiaanvraag, om de kenmerken vast te stellen van deze uitvinding die de toegekende octrooirechtelijke bescherming motiveren en die bijgevolg ook als leidraad dienen te fungeren bij het afbakenen van de octrooirechtelijke bescherming rond deze uitvinding¹⁴⁹⁷.

B. Graad van abstractie

In de tweede plaats is het gebruikelijk om aan te nemen dat het octrooirecht, met het oog op de afbakening van de zintuiglijk waarneembare manifestaties die het ‘object’ uitmaken van de exclusieve bevoegdheid die het verleent naar aanleiding van een resultaat van inspanningen, richtlijnen geeft rond het volgende punt: het *niveau van abstractie* waarop voor deze afbakening een vergelijking door te voeren is tussen de kenmerken van een zintuiglijk waarneembare manifestatie en de relevante referentiekenmerken die de relevante referentie- incorporatie, de octrooiaanvraag, dankt aan dit resultaat van inspanningen¹⁴⁹⁸.

Het aanknopingspunt voor deze richtlijnen die het octrooirecht biedt rond de relevante graad van abstractie bij de afbakening van het ‘object’ van de toegekende bescherming zijn dan met name, opnieuw: 1.) het impliciete principe dat het octrooirecht hoogstens bescherming toekent rond het door een uitvinding aangereikte *middel* om een resultaat te bereiken maar *nooit* rond het door deze uitvinding bereikte *resultaat* op zich¹⁴⁹⁹, een principe dat,

¹⁴⁹⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: P. MES, “PatG § 14 Schutzbereich” in P. MES (ed), *Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz: Kommentar*, München, Beck, 2011, Nr. 4 (“*In einem ersten Schritt ist der Inhalt der Patentansprüche zu bestimmen. In ihnen hat der Patentanmelder anzugeben, was als patentfähig unter Schutz gestellt werden soll (...). Die Patentansprüche enthalten mithin die offenbarte und beanspruchte Erfindung (...). Es sind die Merkmale jedes für sich und in ihrer Gesamtheit einschließlich ihrer zugehörigen Wirkungen, die die patentierte Lösung repräsentieren (...). Ist der unmittelbare Gegenstand des Patents anhand der Patentansprüche ermittelt, erfolgt für die Beurteilung des Tatbestandes einer Patentverletzung in einem zweiten Schritt (im Wege der Auslegung) die Ermittlung des Schutzzumfangs des Patents (...). Es handelt sich dabei um den Vergleich des unmittelbaren Gegenstands des Patents (der offenbarten und beanspruchten Erfindung) mit der anzugreifenden Ausführungsform...*”); B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire: créer, protéger et partager les inventions au XXIe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, p. 422; W. ANDERS, “Die unwesentlichen Merkmale im Patentanspruch - Die wesentlichen Merkmale der Erfindung”, *GRUR* 2001, p. 867-873 en A. STENVIK, “Protection for Equivalents Under Patent Law - Theories and Practice”, *IIC* 2001, p. 6-7 (“...the courts must apply a two-step test for infringement. The first step is to determine the subject matter of the patent (in German: *Gegenstand der Erfindung*), which is defined by the language of the claims. ... The second step is to decide on infringement.”); M. FLAMÉE, “Beschermingsomvang van octrooien, Equivalentiemethode” in P. VANCRAESBEECK (ed.), *Problemen van Octrooirecht*, Kluwer, Diegem, 1994, p. 299; Vergelijk ook bijvoorbeeld: D. BAINBRIDGE, *Intellectual Property*, Harlow, Pearson 2007, p. 444 e.v.; Zie in dit verband ook: art. 69 Europees Octrooiverdrag en art. 1 Protocol inzake de Uitlegging van Art. 69 Europees Octrooiverdrag; Rond de verschillende nationale tradities om octrooiaanvragen te interpreteren en de verenigbaarheid van deze tradities in het licht van art. 69 Europees Octrooiverdrag, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: J. BRINKHOF, “Is There a European Doctrine of Equivalence?”, *I.I.C.* 2002, p.911 e.v..

¹⁴⁹⁸ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: M. FLAMÉE, “Beschermingsomvang van octrooien, Equivalentiemethode” in P. VANCRAESBEECK (ed.), *Problemen van Octrooirecht*, Diegem, Kluwer, 1994, p.313-314 (Met name waar hij bij de uitlegging van octrooiconclusies bij de beoordeling rond het toekennen of afbakenen van octrooirechtelijke bescherming, ook ingaat op “*welke graad van abstrahering geoorloofd is bij de analyse van de concreet omschreven verschijningsvorm van de octrooieerbare uitvinding*”).

¹⁴⁹⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. FLAMÉE, “Beschermingsomvang van octrooien, Equivalentiemethode” in P. VANCRAESBEECK (ed.), *Problemen van Octrooirecht*, Diegem, Kluwer, 1994, p. 298 en p. 312 e.v.; P.

zoals gezegd, soms ook uitgedrukt wordt door te stellen dat het octrooirecht geen bescherming toekent rond puur abstracte concepten maar enkel rond het idee van hun concrete uitwerking¹⁵⁰⁰, 2.), zoals besproken, het impliciete octrooieerbaarheidsvereiste rond ‘technisch karakter’ zoals dit ook weerspiegeld wordt in de uitdrukkelijke uitsluitingen binnen het octrooirecht die aangeven dat een leer die betrekking heeft op bepaalde onderwerpen of werkzaamheden ‘als zodanig’, niet kan kwalificeren als een octrooieerbare ‘uitvinding’ en 3.), althans volgens sommigen, het expliciete octrooieerbaarheidsvereiste rond ‘industriële toepasbaarheid¹⁵⁰¹’.

De concrete richtlijnen die in de regel afgeleid worden uit de zonet opgesomde aanknopingspunten rond de relevante graad van abstractie bij de afbakening van het ‘object’, laten zich dan in wezen als volgt samenvatten: de graad van abstractie die relevant bleek bij het toekennen van bescherming naar aanleiding van het concrete resultaat van inspanningen, dient dan vervolgens ook de relevante graad van abstractie te vormen bij de afbakening van het ‘object’ van de verleende exclusieve bevoegdheid. Dit betekent, volgens ons, dus concreet dat aanvaard wordt dat het octrooirecht vraagt om, bij de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, de binnen de octrooiaanvraag beschreven uitvinding, in beginsel, te benaderen op het niveau van abstractie van het daarin beschreven, uitgewerkte idee, met name het ‘nieuwe’, ‘inventieve’ en ‘industriële toepasbare’ idee dat bepaalde soorten zintuiglijk waarneembare kenmerken van voortbrengselen of werkwijzen hen in staat stellen om een bepaald causaal te voorspellen resultaat te laten bereiken door een planmatige inzet van natuurkrachten.

ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Parijs, Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 69; Vergelijk ook: R. PEETERS en B. VANDERMEULEN, "De Equivalentieleer in de Belgische Octrooirechtspraak", *I.R.D.I* 2003, p. 132 ("Men moet er echter rekening mee houden dat een octrooi ofwel een voortbrengsel opeist dan wel een werkwijze maar nooit een technische functie.").

¹⁵⁰⁰ Vergelijk in die zin bijvoorbeeld: Kamer van Beroep (E.O.B), 1 juli 1998 (*Computer program product I/IBM*-beslissing), T 1173/97, overweging 5.2 ("The exclusion from patentability of programs for computers as such (Article 52(2) and (3) EPC) may be construed to mean that such programs are considered to be mere abstract creations, lacking in technical character."); Kamer van Beroep (E.O.B), 21 april 2004 (*Auction Method/Hitachi*-beslissing), T 0258/03, overweging 4.5. (in fine) ("Hence, in the Board's view, activities falling within the notion of a non-invention "as such" would typically represent purely abstract concepts devoid of any technical implications.") Zie ook: W. TAUCHERT, "Grundlagen und aktuelle Entwicklungen bei der Patentierung von Computerprogrammen" in C. ANN, W. ANDERS, U. DREISS, B. JESTAEDT, D. STAUDER (eds.), *Materielles Patentrecht. Festschrift für Reimar König zum 70. Geburtstag*, Keulen, Berlin, Bonn, München, C. Heymanns Verlag, 2003, p.499 en K. MELULLIS, "Zur Patentfähigkeit von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen", *GRUR* 1998, p.852 ("Computerprogramm als solches ist bei diesem Verständnis mithin das außertechnische Konzept ; d. h. die der Umsetzung in eine Handlungsanweisung an den Rechner vorausgehende Konzeption. ... Grundsätzlich patentfähig - auch weil technisch - ist demgegenüber die Umsetzung dieser zunächst nur gedanklichen Lösung in eine Handlungsanweisung für den Computer und dessen Ansteuerung, das heißt die der Verwirklichung dieses Programms dienende technische Konzeption, wie sie ihren Niederschlag in dem fertigen Programm gefunden hat. Das entspricht dem klassischen Technikbegriff; ... Patentschutz verdient nicht das dem Programm zugrunde liegende gedanklich logische Konzept, sondern die technische Konzeption, die seine Ausführung durch die Maschine ermöglicht.").

¹⁵⁰¹ Zie in die zin: L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 385 (Met name waar zij met betrekking tot "Industrial application" stellen: "This reflects the long-held view that patent protection should not be available for purely abstract or intellectual creations. The need to show industrial applicability also reflects the image of patentable invention as having a concrete and technical character." L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 385 en R. BAKELS, "Van software tot erger: op zoek naar de grenzen van het octrooirecht", *IER* 2003, p. 219 (Met name waar deze met betrekking tot de inhoud van het vereiste van technisch karakter van de uitvinding schrijft: "Daarom moet naar mijn overtuiging bij de beoordeling van octrooiaanvragen vooral ook goed onderzocht worden, of er wel sprake is van uitvindingen in juridische zin, dat wil zeggen van werkwijzen of voortbrengsels (die in voldoende mate zijn uitgewerkt). Zulk een vereiste zou in de plaats kunnen komen van het vereiste van een 'technisch karakter'. Naar het spraakgebruik is immers een 'maken' of 'doen' min of meer hetzelfde als het toepassen van 'techniek', voorzover het gericht is op een concreet, tevoren voldoende bepaald resultaat. Men zou dus ook kunnen stellen dat een technisch karakter aldus wordt gedefinieerd. Dan staat het vereiste van een technisch karakter dus toch in de wet!").

C. Standaard van gelijkenis

In de derde plaats geldt dat het octrooirecht, met het oog op de afbakening van de zintuiglijk waarneembare manifestaties die het ‘object’ uitmaken van de exclusieve bevoegdheid die het verleent naar aanleiding van een resultaat van inspanningen, ook richtlijnen geeft rond het volgende punt: de *mate van gelijkenis* die, op het relevante niveau van abstractie, moet bestaan tussen de relevante referentiekenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan dit resultaat van inspanningen en de kenmerken van een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, om deze andere zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen tot dit ‘object’ te rekenen.

Binnen het octrooirecht is het dan met name gebruikelijk om aan te nemen dat de beoordeling rond het voorliggen van voldoende gelijkenissen om tot het ‘object’ te behoren, dient te gebeuren vanuit twee invalshoeken: het traceren van letterlijke inbreuk en het opsporen van niet-letterlijke inbreuk. Bij de eerste invalshoek, het traceren van letterlijke inbreuk, komt het er dan met name op aan om te beoordelen of de kenmerken van een zintuiglijk waarneembare manifestatie inderdaad alle ‘essentiële elementen’ belichamen van de geoctrooierde uitvinding, zoals deze uitvinding beschreven is in de conclusies van de betrokken octrooiaanvraag¹⁵⁰². Hierbij is het dan gebruikelijk om aan te nemen meer aandacht te besteden is aan het voorliggen gelijkenissen als aan het voorliggen van verschillen met de geoctrooierde uitvinding zoals beschreven in de conclusies van de betrokken octrooiaanvraag¹⁵⁰³. In principe, is het dus echter wel zo dat een zintuiglijk waarneembare manifestatie pas onder het ‘object’ valt indien dit ook inderdaad *alle* ‘essentiële elementen’ realiseert van de geoctrooierde uitvinding, niet van zodra dit een essentieel element realiseert van deze uitvinding¹⁵⁰⁴. Bij de tweede invalshoek, het traceren van niet-letterlijke inbreuk, komt het er daarentegen op aan om te evalueren of in het licht van de kenmerken van een zintuiglijk waarneembare manifestatie, hoewel zij niet letterlijk onder de beschrijving vallen die de betrokken octrooiaanvraag geeft van de geoctrooierde uitvinding, niettemin te besluiten is dat zij toch de geoctrooierde uitvinding realiseren. Binnen de continentaal-Europese rechtstraditie¹⁵⁰⁵ is het in dit verband met name gebruikelijk om tot dit besluit te komen als er sprake is van ‘equivalentie¹⁵⁰⁶’. Dergelijke ‘equivalentie’ ligt daarbij

¹⁵⁰² Zie in dit verband, bijvoorbeeld: B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire: créer, protéger et partager les inventions au XXIe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, p. 422; R. PEETERS en B. VANDERMEULEN, "De Equivalentieleer in de Belgische Octrooirechtspraak", *I.R.D.I* 2003, p. 133 en M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Brussel, Larcier, 1999, p. 197 e.v.; Zie ook: W. ANDERS, "Die unwesentlichen Merkmale im Patentanspruch - Die wesentlichen Merkmale der Erfindung", *GRUR* 2001, p. 867 e.v..

¹⁵⁰³ Zie in dit verband, bijvoorbeeld: B. DE VUYST, *Handboek Octrooien. Een kort begrip voor juristen en wetenschappers*, Brugge, die Keure, 2006, p.145; M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Brussel, Larcier, 1999, p.198; B. VAN REEPINGHEN en M. DE BRABANTER, *Les brevets d'inventions. La loi belge du 28 mars 1984. Le règlement du 23 juillet 1984 de la commission CEE relatif à l'exemption de certains accords de licences de brevets*, Brussel, Larcier, 1987, p. 230 (waar zij aangeven dat inbreuk binnen het octrooirecht "s'apprécie davantage par les ressemblances que par les différences, celles-ci étant le plus souvent destinées qu'à masquer la fraude.").

¹⁵⁰⁴ R. PEETERS en B. VANDERMEULEN, "De Equivalentieleer in de Belgische Octrooirechtspraak", *I.R.D.I* 2003, p. 133 ("Daarom is er slechts sprake van inbreuk zodra alle essentiële ("wezenlijke") elementen (ook "kenmerken", "maatregelen" of "middelen" genaamd) van de uitvinding in de beweerde namaak terug te vinden zijn."); Vergelijk: M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Brussel, Larcier, 1999, p. 198 ("...que le produit ou procédé contrefaisant doit reprendre le même concept inventif. Il s'ensuit que la contrefaçon partielle (c'est à dire portant sur une partie d'une revendication) ne sera en principe pas possible.).

¹⁵⁰⁵ Binnen het Britse recht is het daarentegen gebruikelijk om niet-letterlijk inbreuk te benaderen vanuit de optiek van een ‘purposive construction’ van de octrooiconclusies. Bij deze ‘purposive construction’ gaat het er dan met name in wezen om het volgende: "A patent specification should be given a purposive construction rather than a purely literal one derived from applying to it the kind of meticulous verbal analysis in which lawyers are too often tempted by their training to indulge. The question in each case is: whether persons with practical knowledge and experience of the kind of work in which the invention was intended to be used, would understand that strict compliance with a particular descriptive word or phrase appearing in a claim was intended by the patentee to be an essential requirement of the invention so that any variant would fall outside the monopoly claimed, even though it could have no material effect upon the way the invention worked." (Zie: House of Lords 17 november 1980, (*Catnic Components v. Hill & Smith Ltd.*), 183 RPC, 1982, 243).

¹⁵⁰⁶ Zie in dit verband, bijvoorbeeld.: R. PEETERS en B. VANDERMEULEN, "De Equivalentieleer in de Belgische Octrooirechtspraak", *I.R.D.I* 2003, p.131 e.v.; A. STENVIK, "Protection for Equivalents Under Patent Law - Theories and Practice", *IIC* 2001, p. 1 e.v.; M. FLAMÉE, "Beschermingsomvang van octrooien,

dan met name voor indien, in essentie, de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie een gebruik van middelen inhoudt om een bepaald resultaat te bereiken, waarbij deze middelen op het vlak van hun werkingsprincipe en het resultaat dat ze daarbij bereiken, als gelijk te beschouwen zijn aan middelen die wel alle ‘essentiële elementen’ belichamen van de geoctrooieerde uitvinding, zoals deze uitvinding beschreven is in de conclusies van de betrokken octrooiaanvraag¹⁵⁰⁷.

D. Relevantie

In de vierde plaats stellen we vast dat het octrooirecht, met het oog op de afbakening van de zintuiglijk waarneembare manifestaties die het ‘object’ uitmaken van de exclusieve bevoegdheid die het verleent naar aanleiding van een resultaat van inspanningen, ook richtlijnen geeft rond het volgende punt: de *relevantie* van een voldoende gelijkenis, op het relevante niveau van abstractie, tussen de relevante referentiekenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan dit resultaat van inspanningen en de kenmerken van een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie om deze zintuiglijk waarneembare manifestatie ook daadwerkelijk tot dit ‘object’ te rekenen.

Een eerste aanknopingspunt voor dergelijke richtlijnen om bij de afbakening van het ‘object’ de daadwerkelijk relevantie te toetsen van een gelijkenis die op zich zou toelaten om een zintuiglijk waarneembare manifestatie tot het ‘object’ te rekenen, is dan met name de opvatting dat het octrooirecht vraagt om het ‘object’ af te bakenen ongeacht het al dan niet voorliggen van ‘ontlening’. Binnen het octrooirecht is het met andere woorden gebruikelijk om aan te nemen dat het, bij de afbakening van het ‘object’, geen rol speelt of een gelijkenis die toelaat om een zintuiglijk waarneembare manifestatie tot dit ‘object’ te rekenen, zijn verklaring vindt in ‘ontlening’, met name in het overnemen van kenmerken van de geoctrooieerde uitvinding waarvan het bestaan gekend was, dan wel in een ‘zelfstandig creëren’, dit wil zeggen zonder kennis van het reeds bestaan van de geoctrooieerde uitvinding¹⁵⁰⁸. In de Duitse rechtsleer is het gebruikelijk om dit kenmerk van het octrooirecht treffend aan te duiden met de term ‘Sperrwirkung’: de toegekende octrooirechtelijke bescherming houdt een absoluut verbod in voor iedereen om de octrooirechtelijk beschermde uitvinding nog te realiseren¹⁵⁰⁹.

Een tweede aanknopingspunt voor richtlijnen om bij de afbakening van het ‘object’ de relevantie te toetsen van een gelijkenis die op zich genomen inbreuk zou kunnen staven, zijn volgens ons opvattingen waaruit een bepaald standpunt blijkt rond de inherente limieten van de door het octrooirecht toegekende bescherming. Het gaat daarbij dan met name om opvattingen die inhouden dat bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestaties waarrond nochtans strikt genomen eventueel te argumenteren valt dat hun kenmerken de geoctrooieerde uitvinding belichamen, geen inbreuk opleveren in het kader van het octrooirecht. Bij deze zintuiglijk waarneembare manifestaties is dan bijvoorbeeld concreet te denken aan: een loutere beschrijving van de geoctrooieerde uitvinding of een tekening rond de uitwerking ervan, een miniatuurversie van de uitwerking van de geoctrooieerde uitvinding binnen een voortbrengsel die echter niet in staat is om te functioneren volgens de door deze uitvinding beschreven

Equivalentiemethode" in P. VANCRAESBEECK (ed.), *Problemen van Octrooirecht*, Diegem, Kluwer, 1994, p. 298 e.v. en H. BERTRAMS, *Equivalentie in het Octrooirecht*, Deventer, Kluwer, 1998, 345 p..

¹⁵⁰⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: Antwerpen, 25 juni 1990, *Ing. Cons.*, 1991, p.249 (Waar het Antwerpse Hof van Beroep met name stelt dat ‘equivalentie’ voorligt wanneer twee middelen “*in werkingsprincipe en resultaat gelijk zijn*”). Zie ook: A. STENVIK, “Protection for Equivalents Under Patent Law - Theories and Practice”, *IIC* 2001, p. 3 e.v. en P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Parijs, Sirey, 1954, p. 79 (“*La substitution possible d'un élément ou d'un organe à un autre élément ou à un autre organe est une chose trop aisée pour le technicien pour qu'on puisse laisser le breveté à la merci de changements de cette sorte. (...) Il y a au point de vue de la technique un « équivalent » toutes les fois qu'un appareil réalise le même résultat que celui du brevet par des moyens analogues remplissant la même fonction et tendant au même but*”).

¹⁵⁰⁸ Vergelijk op dit punt: W. GORDON, "Intellectual Property" in P. CAN en M. TUSHNET (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 624 (*For example, some have questioned the fairness of the rule adopted by most countries that gives patent owners the power to enjoin even coincidental and independent invention.*).

¹⁵⁰⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. KOPFF, "Die Schutzsysteme im Immaterialgüterrecht", *GRURInt* 1983, p. 353.

leer¹⁵¹⁰ en ten slotte, onder omstandigheden, reparaties van een reeds in het verkeer gebracht voortbrengsel dat de geöctrooieerde uitvinding realiseert¹⁵¹¹. De rode draad doorheen deze opvattingen, is daarbij volgens ons de overweging dat de toegekende bescherming op grond van het octrooirecht de volgende inherente limiet kent: deze bescherming grijpt niet in zolang er geen zelfstandige, bijkomende mogelijkheid voorligt om, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomeen te genieten die teruggaan op de bescherming motiverende ‘uitvinding’.

2.1.2. Auteursrecht

Indien een relevante referentie-incorporatie blijkt geeft van een ‘werk’, verleent het auteursrecht de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid over een ‘object’ dat, volgens de theorie rond intellectueelrechtelijke lasten, bestaat uit een groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties waarrond aan te nemen is dat zij hun capaciteit om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomeen teweeg te brengen, danken aan het betrokken, bescherming motiverende ‘werk’. Om een zintuiglijk waarneembare manifestatie tot dit ‘object’ te rekenen, vraagt het auteursrecht daarbij dan, in essentie, om na te gaan of deze zintuiglijk waarneembare manifestatie, bekeken op het relevante niveau van abstractie, inderdaad een relevante en op ontlening gebaseerde, voldoende gelijkenis vertoont met de zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan het bescherming motiverende ‘werk’, om het volgende aannemelijk te maken: dat deze zintuiglijk waarneembare manifestatie zijn capaciteit om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomeen teweeg te brengen, dankt aan het betrokken ‘werk’.

In dit onderdeel nemen we opnieuw de vier typische parameters binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ als leidraad om dieper in te gaan op de richtlijnen die het auteursrecht biedt om de groep zintuiglijk waarneembare manifestaties af te bakenen die het ‘object’ uitmaken van de exclusieve bevoegdheid die dit recht verleent bij het toekennen van zijn bescherming. Volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ is immers aan te nemen dat ook de richtlijnen die het auteursrecht geeft op dit punt, door zijn aansluiting bij het archetypische ingrijpen van intellectuele rechten, te verstaan zijn als aanwijzingen rond de invulling van deze vier typische parameters binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’.

A. Relevante referentiekenmerken

In de eerste plaats stellen we vast dat het auteursrecht, met het oog op de afbakening van de zintuiglijk waarneembare manifestaties die het ‘object’ uitmaken van de exclusieve bevoegdheid die het verleent naar aanleiding van een resultaat van inspanningen, richtlijnen geeft rond het volgende punt: het vastleggen, binnen een relevante referentie-incorporatie van dit resultaat van inspanningen, van de relevante referentiekenmerken die als geschikt uitgangspunt gelden om deze afbakening door te voeren. Het aanknopingspunt voor deze richtlijnen rond de vaststelling van de relevante referentiekenmerken is daarbij met name de opvatting dat de vaststelling rond inbreuk, in het kader van het auteursrecht, start met het afbakenen van de ‘beschermd elementen’ van het ‘werk¹⁵¹²’. De regelgeving rond het auteursrecht omvat geen uitdrukkelijke bepalingen in dit verband. De concrete

¹⁵¹⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: E. POUILLET, *Brevets d'invention et contrefaçon*, Paris, Marchal et Billard, 1899, Nr. 664 (“*La décision serait tout autre s'il s'agissait d'un modèle réduit destiné à donner l'idée de l'objet breveté, de son mécanisme, de sa construction, sans que dans ses dimensions, il pût être appliqué à l'industrie et produire un travail utile. Ce n'est alors qu'un dessin en relief d'un objet breveté, et il ne nous paraît pas plus possible de le poursuivre comme contrefaçon que l'on ne pourrait poursuivre à ce titre la reproduction par le dessin, par la gravure ou par la photographie*”).

¹⁵¹¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: SCHAREN in G. BENKARD, *Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz. Kurz-Kommentar*, München, Verlag C.H. BECK, 2006, p.541 (“*Beispiele für Fehlen der Gleichwirkung. Hieran mangelt es, wenn bei der angegriffenen Ausführung der mit dem Patent erstrebte erfindungswesentliche Vorteil überhaupt nicht mehr erreicht wird, (...) oder nur in einem geringen Umfange, der praktisch bedeutungslos ist (...)*”); Vergelijk op dit punt ook: C. ANN, “‘Identität und Lebensdauer’- Patentverletzung durch Instandsetzung patentierter Vorrichtungen” in C. ANN (et al.), *Materielles Patentrecht. Festschrift für Reimar König zum 70. Geburtstag*, Keulen, Berlin, Bonn, München, C. Heymanns Verlag, 2003, 24 e.v..

¹⁵¹² Zie in dit verband, bijvoorbeeld: A. STROWEL, “La contrefaçon en droit d'auteur: conditions et preuve ou pas de contrefaçon sans ‘plagiat’ (noot bij Voorz. Rb Bergen 18 november 2005)”, *Auteurs & Media* 2006, p. 268

richtlijnen om de relevante referentiekenmerken af te bakenen, de ‘beschermden elementen’ dus van het ‘werk’, binnen het auteursrecht, laten zich daarbij dan met name als volgt samenvatten: het komt er op aan om die kenmerken op te sporen binnen de betrokken relevante referentie-incorporatie die reeds op zichzelf blijk kunnen geven van de ‘eigen, originele intellectuele schepping’ die het toekennen van bescherming motiveert¹⁵¹³.

B. Abstractie

In de tweede plaats stellen we vast dat het auteursrecht, met het oog op de afbakening van de zintuiglijk waarneembare manifestaties die het ‘object’ uitmaken van de exclusieve bevoegdheid die het verleent naar aanleiding van een resultaat van inspanningen, richtlijnen geeft rond het volgende punt: het *niveau van abstractie* waarop voor deze afbakening een vergelijking door te voeren is tussen de kenmerken van een zintuiglijk waarneembare manifestatie en de relevante referentiekenmerken die een relevante referentie- incorporatie dankt aan dit resultaat van inspanningen. Het aanknopingspunt voor deze richtlijnen die het auteursrecht biedt rond de relevante graad van abstractie bij het afbakenen van het ‘object’ is dan met name opnieuw de, hierboven reeds vermelde, ‘vorm versus inhoud’-dichotomie binnen het auteursrecht die, zoals gezegd, ook een uitdrukkelijke bevestiging krijgt in art. 9.2. TRIPS. Art. 9.2. TRIPS stelt immers: “*De bescherming van het auteursrecht strekt zich uit tot uitdrakkingsvormen en niet tot denkbeelden, procedures, werkwijzen of mathematische concepten als zodanig.*” De concrete richtlijnen die in de regel uit deze ‘vorm versus inhoud’-dichotomie afgeleid worden rond de relevante graad van abstractie bij de afbakening van het ‘object’ laten zich dan in wezen als volgt samenvatten: de graad van abstractie die relevant bleek bij het toekennen van bescherming naar aanleiding van het concrete resultaat van inspanningen, dient dan vervolgens ook de relevante graad van abstractie te vormen bij de afbakening van het ‘object’ van de verleende exclusieve bevoegdheid. Dit betekent dus concreet dat aanvaard wordt dat, binnen het auteursrecht, de relevante graad van abstractie bij de afbakening van het ‘object’ een variabele graad van abstractie is die, in beginsel, te situeren is op het niveau van de concrete vormgeving maar die, in het bijzonder naarmate de ‘eigen, originele intellectuele schepping’ die voorligt aanzienlijker is, ook kan opschuiven naar het

(“*une reprise ou utilisation par le défendeur des éléments protégés de l’œuvre*”); J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Kluwer, Deventer, 2005, p. 158 en 164 ; A. STROWEL en E. DERCLAYE, *Droit d’auteur et numérique: logiciels, bases de données multimédia. Droit belge, européen et comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, p. 37 (“*L’existence d’une forme est habituellement mentionnée au titre de condition d’existence du droit. En réalité, la notion de forme intervient afin de déterminer l’étendue de la protection et donc la contrefaçon.*”).

¹⁵¹³ Zie in die zin bijvoorbeeld: H.v.J 16 juli 2009, C-5/08, (*Infopaq International t. Danske Dagblades Forening*), r.o. 48 (“*Gelet op deze overwegingen kan de weergave van een fragment uit een beschermd werk dat – zoals in het hoofdgeding – bestaat uit elf opeenvolgende woorden ervan, een gedeeltelijke reproductie in de zin van artikel 2 van richtlijn 2001/29 vormen indien – hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan – een dergelijk fragment een bestanddeel van het werk omvat dat als dusdanig uitdrukking geeft aan de eigen intellectuele schepping van de auteur.*”).

niveau van het ‘uitgewerkt idee’¹⁵¹⁴. Rond het niveau van abstractie van het abstracte idee of de abstracte inhoud is evenwel uitgesloten dat dit als leidraad kan dienen voor de afbakening van het ‘object’¹⁵¹⁵.

C. Gelijkenissen

In de derde plaats stellen we vast dat het auteursrecht, met het oog op de afbakening van de zintuiglijk waarneembare manifestaties die het ‘object’ uitmaken van de exclusieve bevoegdheid die het verleent naar aanleiding van een resultaat van inspanningen, richtlijnen geeft rond het volgende punt: de *mate van gelijkenis* die, op het relevante niveau van abstractie, moet bestaan tussen de relevante referentiekenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan dit resultaat van inspanningen en de kenmerken van een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, om deze andere zintuiglijk waarneembare manifestatie tot dit ‘object’ te rekenen. Deze richtlijnen rond de vereiste mate van gelijkenis om tot het ‘object’ te behoren, volgen daarbij uit de algemeen aanvaarde opvatting dat de vaststelling van inbreuk, in het kader van het auteursrecht, vraagt dat sprake is van een ‘substantiële gelijkenis’ met de ‘beschermd elementen’ van het ‘werk’¹⁵¹⁶. Ook hier geldt dat de regelgeving rond het auteursrecht geen uitdrukkelijke bepalingen bevat in dit verband. Met het oog op de concrete vaststelling van een dergelijke ‘substantiële gelijkenis’ is het echter gebruikelijk om aan te nemen dat daarbij eerder rekening te houden is met de gelijkenissen dan de verschillen tussen zintuiglijk waarneembare manifestaties en tot op zekere hoogte ook met de globale indruk die zintuiglijk waarneembare manifestatie teweeg brengen¹⁵¹⁷. Minstens in het Britse recht is het in dit verband ook gebruikelijk om aan te nemen dat een ‘substantiële gelijkenis’ in het kader van het traceren van inbreuk binnen het auteursrecht, vraagt dat sprake is van een gelijkenis rond een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van de ‘beschermd elementen’ van het ‘werk’¹⁵¹⁸. Bij deze ‘substantial

¹⁵¹⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du Droit d'Auteur et des Droits Voisins*, Brussel, Bruylant, 2000, p. 8-9; Vergelijk op dit punt ook Gent 19 mei 2008 A&M 2008, p. 310 (Samenvatting: “Opdat een concept of idee vatbaar zou zijn voor bescherming op grond van de auteurswet 1994, is een vorm vereist. Een format of scenario van een televisieprogramma kan een concrete vormgeving zijn van een idee als die verwijst naar de persoon van de maker en de uitdrukking is van zijn intellectuele inspanning.”) Zie ook: FROMM en NORDEMANN: “Sobald die Idee in Form einer gedanklichen Aussage ihren Ausdruck gefunden hat und damit auch das Erfordernis der “schöpfung” erfüllt ist, ist der Gedanke in dieser Form geschützt.” en “Wenn sich die Idee nach Gedankenführung und äußere Form konkretisiert und verdichtet (zum Beispiel eine Filmidee wird in einer Filmexposé umgearbeitet), kann urheberrechtlicher Werkschutz auch hinsichtlich der Fabel, die dann deutlich in Erscheinung treten muß, bestehen. F. FROMM en W. NORDEMANN, *Urheberrecht. Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*, Stuttgart, Berlin, Keulen, Kohlhammer, 1994, p. 58; In dezelfde zin ook: U. LOEWENHEIM, “Abschnitt 2. Das Werk” in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p. 78 (“Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass auch der Werkinhalt dem Urheberschutz zugänglich ist.”); House of Lords, 12 juli 2001 (*Newspaper Licensing Agency v. Marks & Spencer*), 1 A.C. 2003, p.551 (p.560: “The notion of reproduction, as demonstrated by the Designer Guild case, is sufficiently flexible to include the copying of ideas abstracted from a literary, dramatic, musical or artistic work, provided that their expression in the original work has involved sufficient of the relevant original skill and labour to attract copyright protection.”); L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 173 (“...copyright law will protect many of the ideas expressed in a work.”).

¹⁵¹⁵ Uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: art 9.2. TRIPS dat bepaalt: “De bescherming van het auteursrecht strekt zich uit tot uitdrukkingvormen en niet tot denkbeelden, procedures, werkwijzen of mathematische concepten als zodanig.” Zie in die zin ook: L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 172.

¹⁵¹⁶ Zie in dit verband, bijvoorbeeld: A. STROWEL, “La contrefaçon en droit d'auteur: conditions et preuve ou pas de contrefaçon sans ‘plagiat’ (noot bij Voorz. Rb Bergen 18 november 2005)”, *Auteurs & Media* 2006, p. 268 (“une identité ou une similarité substantielle” ten aanzien van “des éléments protégés de l’œuvre”).

¹⁵¹⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. STROWEL, “La contrefaçon en droit d'auteur: conditions et preuve ou pas de contrefaçon sans ‘plagiat’ (noot bij Voorz. Rb Bergen 18 november 2005)”, *Auteurs & Media* 2006, p. 268 en F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du Droit d'Auteur et des Droits Voisins*, Brussel, Bruylant, 2000, p. 65-66; Vergelijk ook: J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Kluwer, Deventer, 2005, p. 164.

¹⁵¹⁸ Zie: art. 16 Britse Copyright, Designs and Patents Act 1988 met betrekking tot “The acts restricted by copyright in a work” bepaalt in zijn derde lid met name: “References in this Part to the doing of an act restricted by the copyright in a work are to the doing of it— (a) in relation to the work as a whole or any substantial part of it, ...”; High Court of Justice--Chancery Division, 15 april 1999 (*Cantor Fitzgerald International v. Tradition*), R.P.C. 2000, p. 95 (p.131: “It follows that a copyist infringes if he appropriates a part of the work upon which a substantial

part'-test is overigens aanvaard dat meer belang te hechten is aan een gelijkenis rond een in kwalitatief opzicht substantieel deel dan aan een gelijkenis rond een in kwantitatief substantieel deel¹⁵¹⁹. Daarnaast wordt binnen het auteursrecht niet zelden aangenomen dat de vaststelling van een 'substantiële gelijkenis' met het oog op het traceren van 'inbreuk', een grotere mate van gelijkenis vereist naarmate minder alternatieven bestaan voor de kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan het 'werk'¹⁵²⁰. Ten slotte, is ook op te merken dat het vereiste rond het voorliggen van een 'substantiële gelijkenis' om tot inbreuk te besluiten binnen het auteursrecht, in principe, ook inhoudt dat een 'niet-substantiële gelijkenis', ook wanneer het hierbij gaat om een gelijkenis rond 'beschermde elementen', niet volstaat om tot inbreuk te besluiten¹⁵²¹. Niet zelden is echter ook een tendens te constateren om aan te nemen dat reeds elke gelijkenis rond 'beschermde elementen' kan volstaan om binnen het auteursrecht de vaststelling van inbreuk te staven¹⁵²².

D. Relevantie

In de vierde plaats stellen we vast dat het auteursrecht, met het oog op de afbakening van de zintuiglijk waarneembare manifestaties die het 'object' uitmaken van de exclusieve bevoegdheid die het verleent naar aanleiding van een resultaat van inspanningen, richtlijnen geeft rond het volgende punt: de *relevantie* van een voldoende gelijkenis, op het relevante niveau van abstractie, tussen de relevante referentiekenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan dit resultaat van inspanningen en de kenmerken van een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, om deze zintuiglijk waarneembare manifestatie ook daadwerkelijk tot dit 'object' te rekenen.

Een eerste aanknopingspunt voor dergelijke richtlijnen om bij de afbakening van het 'object' de daadwerkelijk relevantie te toetsen van een gelijkenis die op zich zou toelaten om een zintuiglijk waarneembare manifestatie tot het 'object' te rekenen, is dan met name de opvatting dat het auteursrecht vraagt om het 'object' af te bakenen in het licht van het voorliggen van door 'ontlening' – kennis dus – te verklaren *gelijkenis*¹⁵²³. Tot het voorliggen van

part of the author's skill and labour were expended."); Zie ook: W. CORNISH en D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 454-455; L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 166 e.v..

¹⁵¹⁹ Zie in dit verband bijvoorbeeld: House of Lords 23 november 2000, (*Designers Guild Ltd. v. Russell Williams*), *WLR*, p. 2416; (p.2431: "...the question whether he has copied a substantial part depends much more on the quality than on the quantity of what he has taken.").

¹⁵²⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. STROWEL, "La contrefaçon en droit d'auteur: conditions et preuve ou *pas de contrefaçon sans 'plagiat'* (noot bij Voorz. Rb Bergen 18 november 2005)", *Auteurs & Media* 2006, p. 270; A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 99; Vergelijk ook: J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Kluwer, Deventer, 2005, p. 160.

¹⁵²¹ Vergelijk: BERTRAND die spreekt over "*un point au-delà duquel les différences l'emportent sur les ressemblances*" en vanaf dat punt is er volgens deze auteur sprake van inspiratie maar niet meer van inbreuk A. BERTRAND, *Le droit d'auteur et les droit voisins*, Parijs, Dalloz, 1999, p. 445; SPOOR, VERKADE en VISSER stellen dat het feit dat de verschillen overheersen wel kan bijdragen tot het oordeel dat van nabootsing geen sprake is. Ze verwijzen daarbij bijvoorbeeld naar Hof's Gravenhage 7 december 1995, *BIE* 1997, nr 60, p.360. Volgens deze auteurs blijft het echter in de eerste plaats beslissend of er al dan niet beschermde trekken zijn overgenomen. J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Kluwer, Deventer, 2005, p. 159.

¹⁵²² Zie voor een vaststelling van deze trend en een kritische analyse ervan, bijvoorbeeld: L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 176 e.v..

¹⁵²³ Zie met betrekking tot deze vereiste van 'ontlening' binnen het auteursrecht, bijvoorbeeld: J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Kluwer, Deventer, 2005, p. 165-166 ("*Daarentegen is van inbreuk geen sprake als hij van dat werk geen gebruik heeft gemaakt, het wellicht in het geheel niet kende, maar slechts een eigen werk heeft geschapen dat een zekere gelijkenis vertoont met het oudere werk. Anders gezegd het auteursrecht beschermt alleen tegen ontlening; het geeft geen monopolie op een bepaalde vormgeving.*"); A. KOPFF, "Die Schutzsysteme im Immaterialgüterrecht", *GRURInt* 1983, p.351-356 (in het bijzonder p.354); DE VISSCHER en MICHAUX die met betrekking tot het auteursrecht stellen: "... *que le caractère indépendant de la création 'exonère face à l'action en contrefaçon',...*" F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du Droit d'Auteur et des Droits Voisins*, Brussel, Bruylant, 2000, p. 270; House of Lords, 1 februari 1979 (*L.B. (Plastics) v. Swish Products*), F.S.R. 1979, p. 145 (p. 149: "*Nor is there infringement if a person arrives by independent work at a substantial similar result to that sought to be protected. The protection given by the law of copyright is against*

een dergelijke ‘ontlening’ wordt in de regel steeds besloten van zodra in essentie twee feiten vaststaan: ‘gelijkenis’ en ‘kennis’. Bij ‘gelijkenis’ gaat het er dan met name om dat een zintuiglijk waarneembare manifestatie, op het door het betrokken intellectuele recht aangegeven niveau van abstractie, een voldoende relevante en substantiële gelijkenis vertoont met de incorporatie van inspanning, die bescherming geniet. Bij ‘kennis’ gaat het dan met name om het feit dat de zonet vermelde ‘gelijkenis’ zijn verklaring moet vinden in het feit dat een persoon kennis had van de kenmerken van de betrokken incorporatie van inspanningen en deze kenmerken vervolgens overnam¹⁵²⁴.

Een tweede aanknopingspunt voor dergelijke richtlijnen om bij de afbakening van het ‘object’ de daadwerkelijk relevantie te toetsen van een gelijkenis die op zich zou toelaten om een zintuiglijk waarneembare manifestatie tot het ‘object’ te rekenen, zijn volgens ons opnieuw, weliswaar bediscussieerde, opvattingen waaruit een bepaald standpunt blijkt rond de inherente limieten van de door het auteursrecht toegekende bescherming. Het gaat daarbij dan met name om opvattingen die inhouden dat duplicaties¹⁵²⁵ of weergaves¹⁵²⁶ van incorporaties van het ‘werk’, binnen het auteursrecht *geen* aanleiding kunnen geven tot ‘inbreuk’, indien ze – hoewel ze strikt genomen een ‘substantiële gelijkenis’ inhouden met ‘beschermde elementen’ op het relevante niveau van abstractie die ook te verklaren is door ‘ontlening’ – *niet* resulteren in een bijkomende mogelijkheid om het betrokken ‘werk’ te genieten. De rode draad doorheen deze opvattingen, is daarbij volgens ons de overweging dat de toegekende bescherming op grond van het auteursrecht de volgende inherente limiet kent: deze bescherming grijpt niet in zolang er geen zelfstandige, bijkomende mogelijkheid voorligt om, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomeen te genieten die teruggaan op het bescherming motiverende ‘werk’.

2.1.4. Het recht inzake oneerlijke mededinging

In zoverre het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ zich inderdaad houdt aan het juridisch concept van een ‘objectiefrechtelijke plicht’, richt de afbakening van dit ingrijpen zich in beginsel naar het volgende: of uit het geheel van de concrete ‘begeleidende omstandigheden’ rond een ‘handelspraktijk’ die teruggaat op een kopiëren van een incorporatie van inspanningen van een andere onderneming, blijkt dat deze ‘handelspraktijk’ *in concreto* als een vorm van onrechtmatige, ‘parasitaire

copying, the basis of the protection being that one man must not be permitted to appropriate the result of another's labour.”).

¹⁵²⁴ Vergelijk op dit punt, bijvoorbeeld: A. STROWEL, "La contrefaçon en droit d'auteur: conditions et preuve ou pas de contrefaçon sans 'plagiat' (noot bij Voorz. Rb Bergen 18 november 2005)", *Auteurs & Media* 2006, p. 268.

¹⁵²⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. DREIER, "Perspektiven einer Entwicklung des Urheberrechts" in J. BECKER en T. DREIER, *Urheberrecht und digitale Technologie*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, p. 135 e.v. (Met name waar DREIER stelt dat het met betrekking tot tijdelijke, technische duplicaties in een digitale context, als algemene regel passend zou zijn om aan te nemen dat deze geen aanleiding geven tot ‘inbreuk’ indien ze niet leiden tot een “*neue Möglichkeit der Werknutzung*” of indien ze geen “*neue, eigenständige Nutzungsmöglichkeit*” of “*gesteigerte Werknutzung*” mogelijk maken.); Zie in die zin ook: A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Parijs, Litec, 1998, p. 130, nr. 257.

¹⁵²⁶ Uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: Bundesgerichtshof 7 november 1980, (*Kabelfernsehen in Abschattungsgebiete*), *NJW* 1981, p. 1042 (p. 1044: “*Zwar liegt technisch ein neuer Sendevorgang vor; diese Sendung eröffnet jedoch keine neue erweiterte Werkverwertung; sie erschließt keine neuen weiteren Hörerkreise, sondern beschränkt sich auf die - technisch notwendige - Weiterleitung der Sendung an die Hörerkreise, denen nach dem Willen des Urhebers sein Werk durch die Rundfunksendung zugänglich gemacht werden soll. Dieser beschränkte Sendevorgang kann daher dem Urheber keine weiteren Ansprüche aus § 20 UrhRG eröffnen;*” Zie in dit verband ook: E. ULMER, “*Die Entscheidungen zur Kabelübertragung von Rundfunksendungen im Lichte urheberrechtlicher Grundsätze*”, *GRUR Int* 1981, p. 376; Vergelijk in die zin ook: H.v.J. 22 december 2010, C-393/09 (*Bepečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury*), r.o. 57 (“*Wanneer een grafische gebruikersinterface echter tijdens een televisie-uitzending wordt getoond, nemen de televisiekijkers op zuiver passieve wijze kennis van deze interface, zonder dat zij hierin kunnen ingrijpen. Zij kunnen dus geen gebruik maken van de functie van voornoemde interface, die erin bestaat interactie tussen het computerprogramma en de gebruiker ervan mogelijk te maken. Aangezien de grafische gebruikersinterface, wanneer hij tijdens een televisie-uitzending wordt getoond, niet beschikbaar wordt gesteld aan het publiek, waardoor de leden van dat publiek toegang zouden verkrijgen tot het wezenlijke bestanddeel van deze interface, namelijk de interactie met de gebruiker, vindt er geen mededeling van de grafische gebruikersinterface aan het publiek plaats in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.*”).

mededinging' te beschouwen is. In dit verband geldt daarbij, zoals aangegeven, dat het recht inzake oneerlijke mededinging in het bijzonder de volgende 'begeleidende omstandigheden' rond een dergelijke 'handelspraktijk' als indicaties ziet voor 'parasitaire mededinging': 1.) dat sprake is van een 'handelspraktijk' die teruggaat op een kopiëren van kenmerken die te danken zijn aan een resultaat van inspanningen van een andere persoon dat een bepaalde drempel bereikt aan geïnvesteerde intellectuele arbeid of handenarbeid en 2.) dat deze 'handelspraktijk' in combinatie met dit kopiëren toelaat om op 'onrechtmatige' wijze een voordeel te behalen uit de inspanningen van deze andere onderneming¹⁵²⁷.

¹⁵²⁷ Brussel 7 december 2006, *T.B.H.* 2007, p.580 (in het bijzonder p. 582-583 "*Pour qu'il y ait concurrence parasitaire, il n'est pas indispensable qu'il existe un risque de confusion (...). Il y a concurrence parasitaire en cas de copie par un concurrent d'une prestation, d'un produit ou d'un service si les conditions suivantes sont réunies: a) la prestation, le produit ou le service qui est copié doit être le fruit d'efforts créatifs et d'investissements relativement importants du point de vue financier et quant au temps consacré. La prestation protégée doit être suffisamment originale; b) la prestation, le produit ou le service copié doit avoir une valeur économique; c) celui qui copie ou imite doit tirer profit des efforts et investissements de l'autre vendeur, quelle qu'en soit la forme; c'est le cas notamment lorsque le copieur évite ainsi des frais de recherche et de développement du produit ou profite de la publicité effectuée par le créateur original; d) le copieur ne doit pas avoir consenti le moindre effort créatif pour distinguer sa prestation, son produit ou son service de celui de l'autre vendeur.*"); L. VOGEL, *Droit de la concurrence déloyale. 350 décisions commentées*, Parijs, LawLex, 2005, p.459, 463 en p. 471 e.v.; M. BUYDENS "Produktpiraterie und unlauterer Wettbewerb - Die Situation in Belgien und Frankreich mit Hinweisen auf die Rechtslage in Deutschland", *GRUR Int* 1995, p. 20 e.v.; Hoge Raad 27 juni 1986 (*Holland Nautic v. Decca*), *Computerrecht* 1986, p.176 (p.177: "*Ontbreekt een dergelijke absoluut recht dan is bij een stand van zaken als zich hier voordoet voor een vergelijkbare bescherming via het recht van de ongeoorloofde mededinging in beginsel ten minste vereist dat wordt geprofiteerd van een prestatie van dien aard dat zij op één lijn valt te stellen met die welke toekenning van een dergelijk recht rechtvaardigen.*") Hoge Raad 27 juni 1986 (*Holland Nautic v. Decca*), *Computerrecht* 1986, p.176 (p.177); Zie voor de verdere uitwerking van deze prestatiebescherming ook: Hoge Raad 27 oktober 1987 (*KNVB v. NOS*), *NJ* 1988, 310; Hoge Raad 20 november 1987 (*Staat v. Den Ouden*), *NJ* 1988, 311 en Hoge Raad 23 mei 2003 (*KNVB v. Feyenoord*), *NJ* 2003, 494; P. GEERTS, *Bescherming van de intellectuele eigendom*, Deventer, Kluwer, 2007, p. 18; F. GROSHEIDE, "Hoe slaafs mag men nabootsen", *IER* 2005, p. 270; A. QUAEDVLIEG, "Beschermingsdrift: Een studie naar feiten en achtergronden rond sweat of the brow- of prestatiebescherming", *B.I.E.* 1996, (Deel II) p.59; D. VAN ENGELLEN, "The Misappropriation Doctrine in the Netherlands", *IIC* 1991, p.14; Bundesgerichtshof 14 december 1995 (*Vakuumpumpen-zaak*), *GRUR* 1996, p.210 (p.212: "*Zu den im Streitfall besonders zu berücksichtigenden Umständen gehören vor allem das von der Klägerin behauptete schrittweise und zielbewußte Anhängen an eine Vielzahl ihrer Produkte, die freie Wählbarkeit einer Fülle von Gestaltungselementen und die aufgrund der Ersparung kostspieliger, eigener Entwicklungsarbeit mögliche erhebliche Preisunterbietung in Verbindung mit den daraus erzielten Wettbewerbsvorteilen.*"); Bundesgerichtshof 8 november 2001 (*Noppenbahnen-zaak*), *GRUR* 2002, p. 275, rechtsoverweging 21 ("*Eine solche wettbewerbliche Eigenart setzt voraus, daß die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale des Erzeugnisses geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen.*"); H.-P. GÖTTING, "Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9)" in K.-H. FEZER, *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, München, Beck, 2005, Band 1, p.782 (Waar hij die 'Behinderung von Mitbewerbern' omschrijft als: "...die systematische Nachahmung einer Vielzahl eigenartiger, überdurchschnittlicher Erzeugnisse eines Mitbewerbers durch ein planmäßiges und zielgerichtetes Anhängen an die fremde Leistung, obwohl andere Gestaltungselemente frei wählbar sind."); T. SAMBUC, "Die Eigenart der "wettbewerblichen Eigenart" - Bemerkungen zum Nachahmungsschutz von Arbeitsergebnissen durch § 1 UWG", *GRUR* 1986, p. 130; Vergelijk echter ook: Cass. 29 mei 2009, *NJW* 2010, p. 151 (p. 153: "*De verkoper die, zonder zelf een creatieve inspanning te leveren, rechtstreeks voordeel haalt uit belangrijke inspanningen of investeringen gewijd aan een creatie met economische waarde van een andere verkoper, begaat nog geen daad strijdig met de eerlijke handelsgebruiken. De rechter kan nochtans op grond van het behalen van een voordeel om een andere reden dan het louter nabootsen, oordelen dat dit handelen onrechtmatig is. Die andere redenen bestaan niet alleen uit de miskennis van intellectuele eigendomsrechten of verwarringstichtende reclame, maar kunnen elke vorm van onrechtmatig gedrag zijn.*") Wat de verdeeldheid betreft rond de precieze draagwijdte van dit arrest, zie bijvoorbeeld: D. MERTENS, "Het Hof van Cassatie over 'parasitaire mededinging' en 'aanhaking'. Scherpstelling of genadeschot?" noot bij Cass. 29 mei 2009, *R.W.* 2010-2011, p. 1562-1566; G. STRAETMANS, "Over parasitaire concurrentie en namaak", *DAOR* 2011, p. 286 ("*In elk geval houdt het geen steek deze bijkomende grond voor onrechtmatig gedrag aan te grijpen om een interpretatie te verdedigen die haaks staat op de door het Hof van Cassatie gewenste en welgekomen verscherping van het leerstuk van aanhaking of parasitaire concurrentie.*"); R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 77-78; In die zin bijvoorbeeld:

In dit onderdeel gaan we nu dieper in op de aanwijzingen die het recht inzake oneerlijke mededinging geeft om de groep zintuiglijk waarneembare manifestaties af te bakenen die onder zijn ingrijpen vallen, indien het optreedt tegen een concreet geval van ‘parasitaire mededinging’. De bijzonderheid daarbij is, zoals aangegeven, opnieuw dat we de aanwijzingen die het recht inzake oneerlijke mededinging geeft in dit verband, bespreken in het licht van het raamwerk van de ‘parameters’ die de afbakening van het ‘object’ beheersen op grond van intellectuele rechten en niet in het licht van de eigenlijke ‘parameters’ waarvan de invulling, zoals besproken, het ingrijpen beheerst van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’. Het idee hierbij is, zoals aangegeven, opnieuw dat dit ‘transponeren’ beter toelaat om te beoordelen in welke mate een ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ eventueel een alternatief biedt voor de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken. De aanwijzingen die het recht inzake oneerlijke mededinging geeft om de zintuiglijk waarneembare manifestaties af te bakenen die onder zijn ingrijpen vallen in een concreet geval, bespreken we ditmaal dus vanuit de volgende invalshoek: hun verwantschap met de vier typische parameters binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ die, volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’, de afbakening van het ‘object’ beheersen in het kader van intellectuele rechten.

A. Relevante begeleidende omstandigheden van een ‘handelspraktijk’ en de relevante referentiekenmerken

Bij de aanwijzingen die het recht inzake oneerlijke mededinging geeft rond de soorten ‘begeleidende omstandigheden’ die bijzondere aandacht verdienen bij de boordeling of een ‘handelspraktijk’ die teruggaat op een ‘kopiëren’ inderdaad kwalificeert als ‘parasitaire mededinging’, is ten eerste een aanknopingspunt terug te vinden voor overwegingen rond het volgende punt: het vastleggen van de kenmerken die een zintuiglijke waarneembare manifestatie dankt aan een resultaat van inspanningen van een andere onderneming, die als geschikt uitgangspunt gelden om ‘parasitaire mededinging’ te traceren. In dit verband is met name rekening te houden met het gegeven dat het recht inzake oneerlijke mededinging het, bij het traceren van concrete gevallen van ‘parasitaire mededinging’, belangrijk acht dat sprake is van het op onrechtmatige wijze behalen van een voordeel op grond van een resultaat van inspanningen van een andere onderneming dat een bepaalde drempel bereikt aan geïnvesteerde intellectuele arbeid of handenarbeid. Vanuit die optiek zijn het dan immers ook die kenmerken die een zintuiglijke waarneembare manifestatie dankt aan dit resultaat van inspanningen van een andere onderneming en die door hun overname ook toelaten om zich dit resultaat van inspanningen van deze andere onderneming ‘toe te eigenen’ – in het bijzonder in de vorm van het realiseren van een uitsparen van inspanningen om tot dezelfde kenmerken te komen – die het recht inzake oneerlijke mededinging als geschikt uitgangspunt ziet om ‘parasitaire mededinging’ te traceren¹⁵²⁸.

B. Relevante begeleidende omstandigheden van een ‘handelspraktijk’ en de graad van abstractie van het vergelijken

In de richtlijnen die het recht inzake oneerlijke mededinging biedt rond de soorten ‘begeleidende omstandigheden’ die bijzondere aandacht verdienen bij de boordeling of een ‘handelspraktijk’ die teruggaat op een ‘kopiëren’ ook

J. LIGOT, F. VANBOSSSELE, O. BATTARD en A. TALLON (editor), *Les pratiques loyales*, Brussel, Larcier, 2012, p.113 (“... à défaut de précision quant à ce peuvent constituer les autres circonstances, l’on peut craindre que la portée de l’arrêt du 29 mai 2009 de la Cour de Cassation soit, en pratique, limitée.”); G. STRAETMANS, “Over parasitaire concurrentie en namaak”, *DAOR* 2011, p. 287-288: (“De wat dubbelzinnige formulering van het arrest laat echter nog ruimte voor speculatie over mogelijke omstandigheden die de in dit arrest benadrukte vrijheid van kopie en zelfs slaafse kopie alsnog parasitair of onrechtmatig kunnen maken. Beweren op grond van dit arrest dat nabootsing of navolging zonder verwarringsgevaar of andere ‘begeleidende’ fout nooit kan worden verboden, vormt daarom m.i. nog steeds meer wens dan werkelijkheid.”).

¹⁵²⁸ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: Brussel 7 december 2006, *T.B.H.* 2007, p.580 (Met name p.582 waar sprake is van: “...d’imitation parasitaire *crystallisant* des efforts créatifs, de telle sorte que l’imitateur profite indûment des efforts ainsi déployés par autrui et commette un abus du droit de copier.”) Zie ook: Bundesgerichtshof 10 december 1988, (*Informationsdienst*), *GRUR* 1988, p. 308 (p. 310 “Die Tatsache, daß die Bkl. die Informationen in einer anderen äußeren Anordnung anbietet, steht der Annahme einer identischen Leistungsübernahme nicht entgegen; denn das Leistungsergebnis, auf das es hier entscheidend ankommt, sind Sammlung und Inhalt der umfangreichen, detaillierten Spezialinformationen, nicht ihre äußere Darstellungsform.”).

een vorm van ‘parasitaire mededinging’ uitmaakt, is daarnaast ook een aanknopingspunt terug te vinden voor overwegingen rond het volgende punt: tot op welk *niveau van abstractie*, bij de afbakening van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, rekening te houden is met het gegeven dat de kenmerken waarop een ‘handelspraktijk’ betrekking heeft gelijkenissen vertonen met de kenmerken die een zintuiglijk waarneembare manifestatie dankt aan het resultaat van inspanningen van een andere onderneming dat een bepaalde drempel bereikt aan geïnvesteerde intellectuele arbeid of handenarbeid. In dit verband is het, zoals aangegeven, met name gebruikelijk om gelijkenissen op het niveau van de concrete vormgeving als relevant te zien met het oog op het traceren van ‘parasitaire mededinging’¹⁵²⁹. Meestal bestaat er, zoals gezegd, weigerachtigheid om gelijkenissen op het niveau van het ‘uitgewerkte idee’, laat staan gelijkenissen op het niveau van het abstracte idee, relevant te achten met het oog op de vaststelling van ‘parasitaire mededinging’¹⁵³⁰.

C. Relevante begeleidende omstandigheden van een ‘handelspraktijk’ en de relevante mate van gelijkenis

Bij de aanwijzingen die het recht inzake oneerlijke mededinging geeft rond de soorten ‘begeleidende omstandigheden’ die bijzondere aandacht verdienen bij de boordeling of een ‘handelspraktijk’ die teruggaat op een ‘kopiëren’ inderdaad kwalificeert als ‘parasitaire mededinging’, is vervolgens ook een aanknopingspunt terug te vinden voor overwegingen rond het volgende punt: de mate van gelijkenis die, op het relevante niveau van abstractie, moet bestaan tussen de kenmerken waarop een ‘handelspraktijk’ betrekking heeft en de kenmerken die een zintuiglijk waarneembare manifestatie dankt aan het resultaat van inspanningen van een andere onderneming dat een bepaalde drempel bereikt aan geïnvesteerde intellectuele arbeid of handenarbeid, opdat deze ‘handelspraktijk’ zou kunnen kwalificeren als ‘parasitaire mededinging’. Binnen het recht inzake oneerlijke mededinging geldt in dit verband met name dat een ‘handelspraktijk’ betrekking moet hebben op kenmerken die een vrij hoge mate van gelijkenissen inhouden met het betrokken resultaat van inspanningen van een andere onderneming, om ‘parasitaire mededinging’ te kunnen uitmaken¹⁵³¹. In dit verband is het met name niet ongebruikelijk om aan te nemen dat ‘parasitaire mededinging’ vraagt dat sprake is van een ‘slaafs nabootsen’¹⁵³².

¹⁵²⁹ Zie, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: Brussel 23 januari 2004, *T.B.H.* 2005, p. 942 (p.944: “*L’appelante ne peut cependant revendiquer une quelconque protection du concept qu’elle a développé, ... Elle ne peut s’opposer à l’exploitation de ses idées et stratégies commerciales par des concurrents...Elle peut cependant s’opposer à la copie fidèle et servile de tous ou de partie des éléments essentiels, concrets et vérifiables qui font l’originalité de sa stratégie commerciale et des établissements franchisés...*”); Vergelijk ook: Voorz. Kh. Brussel 27 januari 1997, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence* 1997, p. 458 (“*Attendu que les informations contenues dans les annonces d’offres d’emploi parues dans «Le Soir», non protégées par un droit exclusif, font partie du domaine public; Qu’en y puisant des données pour les reproduire dans son «Guide des compétences», la défenderesse ne procède donc pas à un «pillage», mais à l’exploitation d’informations qui sont à la disposition de tout le monde;*”).

¹⁵³⁰ In de zin dat geen ‘parasitaire mededinging’ te aanvaarden is rond concepten, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: V. WELLENS, “Doorwerking van het auteursrecht in de Wet Handelspraktijken”, *T.B.H.* 2007, p.591; H. KÖHLER, “UWG § 4 Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen” in H. KÖHLER en J. BORNKAMM, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München, C.H. BECK, 2011, nr. 9.23 (“*Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz bezieht sich immer nur auf die konkrete Gestaltung eines Erzeugnisses, nicht auf die dahinter stehende abstrakte Idee (wie zB Werbe-, Geschäfts-, Konstruktions-, Gestaltungsideen).*”). Vergelijk, zoals gezegd, echter ook: Voorz. Kh. Mechelen 21 maart 1991, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1991, p. 324 (“*Overwegende dat ongetwijfeld de samenstelling van landkaarten en een brochure bestemd voor cliënteel, geïnteresseerd in het maken van publiciteit in een bepaalde regio, volgens een concept, gesteund op sectoren die op een specifieke manier zijn aangegeven, en op gegevens van het aantal postbussen waarbij op een bijzondere manier wordt rekening gehouden met de doelgerichte werking van de publiciteit, een eigen creatie en vinding is, die voor de opzetting ervan grote en voortdurende investeringen heeft geleverd zodat dit concept dient beschermd tegen nabootsing waarbij men profiteert van de creatie, de vinding en de investeringen van anderen.*”) en M. FLAMÉE en F. BRISON, “Auteursrecht toegepast op computerprogrammatuur: een grondslagenprobleem”, *TBBR* 1992, p. 464-480

¹⁵³¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. BUYDENS “Produktpiraterie und unlauterer Wettbewerb - Die Situation in Belgien und Frankreich mit Hinweisen auf die Rechtslage in Deutschland”, *GRUR Int* 1995, p. 21.

¹⁵³² Zie bijvoorbeeld: Luik 10 juni 2011, *I.R.D.I.* 2012, p. 83 (p.86: “*L’ouvrage édité par l’intimée n’est pas une copie servile de ceux de l’appelante.*”... “*Cinq recettes seulement sur 52 sont similaires*”); Brussel 1 maart 2011 *RABG* 2011, afl. 16, 1136 (p. 1139-1140).

waarbij geen moeite gedaan werd om een onderscheiden teweeg te brengen tegenover de kenmerken die te danken zijn aan het resultaat van inspanningen van een andere onderneming¹⁵³³.

D. Relevante begeleidende omstandigheden van een ‘handelspraktijk’ en de relevantie van een voldoende gelijkenis

Ten slotte, bieden de aanwijzingen die het recht inzake oneerlijke mededinging geeft rond de soorten ‘begeleidende omstandigheden’ die bijzondere aandacht verdienen bij de boordeling of een ‘handelspraktijk’ die teruggaat op een ‘kopiëren’ inderdaad een vorm van ‘parasitaire mededinging’ uitmaakt, ook een aanknopingspunt voor overwegingen rond het volgende punt: de *relevantie* van een daartoe voldoende gelijkenis, op het relevante niveau van abstractie, tussen de kenmerken waarop een ‘handelspraktijk’ betrekking heeft en de kenmerken die een zintuiglijk waarneembare manifestatie dankt aan het resultaat van inspanningen van een andere onderneming dat een bepaalde drempel bereikt aan geïnvesteerde intellectuele arbeid of handenarbeid, opdat deze ‘handelspraktijk’ zou kunnen kwalificeren als ‘parasitaire mededinging’.

Een eerste aanknopingspunt voor dergelijke overwegingen rond de relevantie van gelijkenissen bij het traceren van ‘parasitaire mededinging’ is dan met name dat het recht inzake oneerlijke mededinging, in beginsel, enkel het bestaan van ‘parasitaire mededinging’ aanvaardt bij gelijkenissen die hun verklaring vinden in ‘ontlening’. Opdat ‘parasitaire mededinging’ zou voorliggen is het met andere woorden minstens vereist dat een onderneming *kennis* had van de kenmerken die te danken zijn aan het resultaat van inspanningen van een andere onderneming en vervolgens overging tot het teweegbrengen van een *gelijkenis* met deze kenmerken. Concreet betekent dit dus ook dat, in beginsel, niet zal aanvaard worden dat de handelingen van een onderneming een ‘kopiëren’ of ‘imiteren’ inhouden van de incorporatie van inspanningen van een andere onderneming indien vaststaat dat deze onderneming, bij het stellen van deze handelingen, geen kennis had of kon hebben van de betrokken incorporatie van inspanningen¹⁵³⁴.

Een tweede aanknopingspunt voor overwegingen rond de relevantie van gelijkenissen bij het traceren van ‘parasitaire mededinging’ is dat het recht inzake oneerlijke mededinging, zoals aangegeven, pas ‘parasitaire mededinging’ zal aanvaarden indien een ‘handelspraktijk’ die teruggaat op een ‘kopiëren’ van de kenmerken die te danken zijn aan een resultaat van inspanningen van een andere onderneming, ook inhoudt dat op ‘onrechtmatige’ wijze een voordeel behaald wordt op grond van de inspanningen van deze andere onderneming. Zoals aangegeven, geldt binnen het recht inzake oneerlijke mededinging immers, in principe, dat het loutere feit dat een ‘handelspraktijk’ teruggaat op een ‘kopiëren’ van de kenmerken die te danken zijn aan een resultaat van inspanningen van een andere onderneming – zelfs indien dit resultaat van inspanningen de daartoe vereiste drempel bereikt aan geïnvesteerde handenarbeid of intellectuele arbeid – op zich niet doorslaggevend is voor de vaststelling dat sprake is ‘parasitaire mededinging’. Opdat ‘parasitaire mededinging’ zou voorliggen is het met andere woorden dus niet voldoende dat een onderneming *kennis* had van de kenmerken die te danken zijn aan het resultaat van inspanningen van een andere onderneming en vervolgens overging tot het teweegbrengen van een *gelijkenis* met deze kenmerken. Het is in beginsel pas indien uit het geheel van de concrete feitelijke omstandigheden rond een ‘handelspraktijk’ blijkt dat deze ‘handelspraktijk’, door te steunen op een kopiëren van de kenmerken die te danken zijn aan het resultaat van inspanningen van een andere onderneming, ook toelaat om op ‘onrechtmatige’ wijze een voordeel te behalen op grond van de inspanningen van deze andere onderneming, dat deze ‘handelspraktijk’ kan

¹⁵³³ In dit verband overweegt het Hof van Beroep van Brussel in twee uitspraken: “*le copieur ne doit pas avoir consenti le moindre effort créatif pour distinguer sa prestation, son produit ou son service de celui de l’autre vendeur.*” Brussel 7 december 2006, *T.B.H.* 2007, p.580 (p.583) en Brussel 18 september 2003, *JLMB* 2004, p. 1630 (p. 1631).

¹⁵³⁴ In die zin bijvoorbeeld: H. KÖHLER, “UWG § 4 Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen” in H. KÖHLER en J. BORNKAMM, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München, C.H. BECK, 2011, nr. 9.34 (“*Begriff der Nachahmung: Randnummer 9.34§ 4 Nr 9 setzt die Nachahmung einer Ware oder Dienstleistung voraus. Der Begriff hat eine hersteller- und eine produktbezogene Komponente: Erstens muss dem Hersteller im Zeitpunkt der Herstellung des Produkts das Original als Vorbild bekannt gewesen sein. Bei einer selbstständigen Zweitentwicklung ist daher schon begrifflich eine Nachahmung ausgeschlossen (BGH GRUR 2002, 629,633,– Blendegel; BGH GRUR 2008, 1115 Tz 24 – ICON).*”).

kwalificeren als een geval van ‘parasitaire mededinging’¹⁵³⁵. Het recht inzake oneerlijke mededinging huldigt in dat opzicht, zoals gezegd, het principe van een ‘vrijheid van kopiëren’ in de zin dat het iedereen vrij laat om de kenmerken te kopiëren die te danken zijn aan het resultaat van inspanningen van een andere onderneming, in omstandigheden waarin dit kopiëren, in het licht van het geheel van de feitelijke omstandigheden die er mee gepaard gaan, *geen* onrechtmatige, parasitaire mededinging uitmaakt¹⁵³⁶.

Er bestaat echter nogal wat onzekerheid en discussie rond de precieze omstandigheden waarin aan te nemen is dat een handelspraktijk die teruggaat op het kopiëren van de kenmerken die te danken zijn aan het resultaat van inspanningen van een andere onderneming, ook gepaard gaat met het op ‘onrechtmatige’ wijze behalen van een voordeel op grond van deze inspanningen. In dit verband is er dan met name de opvatting dat iemand op ‘onrechtmatige’ wijze een voordeel behaalt bij het kopiëren van de kenmerken die te danken zijn aan het resultaat van inspanningen van een andere onderneming, indien zich daarbij, in essentie, het volgende voordoet: dit kopiëren laat toe om eigen inspanningen uit te sparen bij het vervaardigen en aanbieden van zintuiglijk waarneembare manifestatie met dezelfde kenmerken¹⁵³⁷. Deze opvatting stootte echter ook reeds op kritiek. Deze kritiek ging

¹⁵³⁵ Vergelijk op dit punt, zoals aangegeven, bijvoorbeeld, GÖTTING, die spreekt van een rollenverdeling tussen de intellectuele rechten en het recht inzake oneerlijke mededinging om het uitbuiten van de prestatie van iemand anders te vatten vanuit een verschillend perspectief, en, die in dit verband met name schrijft: “*Das Wettbewerbsrecht erfasst die Ausnutzung einer fremden Leistung unter einem anderen Gesichtspunkt als die Sonderschutzrechte. Während diese die Schöpferische Leistung als solche schützen, wende sich das Wettbewerbsrecht gegen das Handlungsunrecht unlauterer Wettbewerbshandlungen. Der gegenstand der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung wird nicht wie bei den Immaterialgüterrechten in dem Schutz der konkreten fremden Leistung, sondern in der Art und Weise, in der fremden Leistungen im Wettbewerb genutzt und verwertet werden, gesehen. Kurz gesagt bezieht sich der ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz anders als die Immaterialgüterrechte nicht auf das ‚ob‘, sondern auf das ‚wie‘ der Nachahmung.*” H.-P. GÖTTING, “Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9)”, in K.-H. FEZER (ed.), *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Verlag C.H. Beck München 2005, (Band 1) p. 762.

¹⁵³⁶ In die zin bijvoorbeeld: Brussel 1 maart 2011, RABG 2001, p.1136 (p. 1139); Brussel 7 december 2006, *T.B.H.* 2007, p.580 (p.582: “*Dans la vie commerciale, c’est la liberté de copier son concurrent qui est la règle...*”). Zie ook bijvoorbeeld: V. WELLENS, *Doorwerking van de intellectuele rechten in de Wet Handelspraktijken: voorrangsregels op het kruispunt van de oneerlijke mededinging en de vrijheid van kopie*, Gent, Larcier, 2007, p. 7; M. BUYDENS, “La Sanction de la ‘Piraterie de produits’ par le Droit de la Concurrence Déloyale”, *J.T.* 1993, p. 119; F. GOTZEN, “De Norm van de Eerlijke Gebruiken en de Intellectuele Rechten” in P. WYTINCK en J. STUYCK, *De nieuwe wet handelspraktijken: wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, Brussel, Story-Scientia 1992, p. 261-262; L. VOGEL, *Droit de la concurrence déloyale. 350 décisions commentées*, Parijs, LawLex, 2005, p. 480 en M. BUYDENS “Produktpiraterie und unlauterer Wettbewerb - Die Situation in Belgien und Frankreich mit Hinweisen auf die Rechtslage in Deutschland”, *GRUR Int* 1995, p.17-18; F. GROSHEIDE, “Hoe slaafs mag men nabootsen”, *IER* 2005, p. 270 en de nuancering bij Ch. GIELEN, “Bescherming tegen nodeloos verwarringsgevaar, ook bekend als bescherming tegen slaafse nabootsing” in D. VISSER en D. VERKADE (eds), *Een eigen, oorspronkelijk karakter. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor*, Amsterdam, DeLex, 2007, p.101; H.-P. GÖTTING, “Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9)” in K.-H. FEZER, *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, München, Beck, 2005, Band 1, p. 761 e.v..

¹⁵³⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: Brussel 7 december 2006, *T.B.H.* 2007, p.580 (in het bijzonder p.582-583 “... *celui qui copie ou imite doit tirer profit des efforts et investissements de l’autre vendeur, quelle qu’en soit la forme; c’est le cas notamment lorsque le copieur évite ainsi des frais de recherche et de développement du produit ou profite de la publicité effectuée par le créateur original; ...*”); Hoge Raad 27 juni 1986 (Holland Nautic v. Decca), *Computerrecht* 1986, p.176 (p.177: “*Ontbreekt een dergelijke absoluut recht dan is bij een stand van zaken als zich hier voordoet voor een vergelijkbare bescherming via het recht van de ongeoorloofde mededinging in beginsel ten minste vereist dat wordt geprofiteerd van een prestatie van dien aard dat zij op één lijn valt te stellen met die welke toekenning van een dergelijk recht rechtvaardigen.*”); Bundesgerichtshof 14 december 1995 (Vakuumpompen-zaak), *GRUR* 1996, p.210 (p.212: “*Zu den im Streitfall besonders zu berücksichtigenden Umständen gehören vor allem das von der Klägerin behauptete schrittweise und zielbewußte Anhängen an eine Vielzahl ihrer Produkte, die freie Wählbarkeit einer Fülle von Gestaltungselementen und die aufgrund der Ersparung kostspieliger, eigener Entwicklungsarbeit mögliche erhebliche Preisunterbietung in Verbindung mit den daraus erzielten Wettbewerbsvorteilen.*”); H.-P. GÖTTING, “Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9)” in K.-H. FEZER, *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, München, Beck, 2005, Band 1, p.782 (Waar hij die ‘*Behinderung von Mitbewerbern*’ omschrijft als: “...*die systematische Nachahmung einer Vielzahl eigenartiger, überdurchschnittlicher Erzeugnisse eines Mitbewerbers*

vooral terug op de analyse dat het realiseren van een uitsparing van inspanningen een inherent kenmerk uitmaakt van *elk* kopiëren. Deze analyse leidt dan tot het besluit dat, in zoverre de zonet beschreven opvatting het realiseren van een uitsparing als criterium neemt om het kopiëren te verbieden, deze benadering er toe leidt *elk* kopiëren te verbieden en deze opvatting, bijgevolg, onverenigbaar is met de principiële vrijheid van kopiëren binnen het recht inzake oneerlijke mededinging¹⁵³⁸. In de Belgische rechtspraak en rechtsleer stellen we vast dat het, tot voor kort, relatief duidelijk was dat twee feitelijke omstandigheden als indicatie te beschouwen zijn dat het kopiëren van de kenmerken die te danken zijn aan het resultaat van inspanningen van een andere onderneming, ook gepaard gaat met het op ‘onrechtmatige wijze’ behalen van een voordeel dat kenmerkend is voor ‘parasitaire mededinging’. De eerste omstandigheid is dat diegene die kopieert of imiteert profiteert van de inspanningen en de investeringen van een andere verkoper. Daarbij wordt dan aangenomen dat deze omstandigheid met name voorlag indien een onderneming via het betrokken kopiëren of imiteren in staat was om de kosten uit te sparen van onderzoek en ontwikkeling rond een product of kon profiteren van eerdere inspanningen rond het voeren van reclame¹⁵³⁹. De tweede omstandigheid is dat de onderneming die kopieert of imiteert zelf niet de minste creatieve inspanningen geleverd had om zijn prestatie te onderscheiden van deze van de andere verkoper¹⁵⁴⁰. Het Hof van Cassatie heeft echter voor onzekerheid gezorgd rond de geldigheid van deze benadering door uitdrukkelijk het volgende te stellen: “*De verkoper die, zonder zelf een creatieve inspanning te leveren, rechtstreeks voordeel haalt uit belangrijke inspanningen of investeringen gewijd aan een creatie met economische waarde van een andere verkoper, begaat nog geen daad strijdig met de eerlijke handelsgebruiken. De rechter kan nochtans op grond van het behalen van een voordeel om een andere reden dan het louter nabootsen, oordelen dat dit handelen onrechtmatig is. Die andere redenen bestaan niet alleen uit de miskennis van intellectuele eigendomsrechten of verwarringstichtende reclame, maar kunnen elke vorm van onrechtmatig gedrag zijn.*”¹⁵⁴¹ Er is echter nogal wat discussie in de rechtsleer rond de precieze draagwijdte van deze overweging van het Hof van Cassatie en of dit daadwerkelijk inhoudt dat het ongeldig is om te focussen op de beide zonet aangehaalde feitelijke omstandigheden met het oog op de vaststelling of een kopiëren gepaard gaat met het op onrechtmatige wijze behalen van een ‘voordeel’¹⁵⁴². In de rechtspraak, stellen we vast dat sommige uitspraken nu woordelijk de overwegingen aanhalen

durch ein planmäßiges und zielgerichtetes Anhängen an die fremde Leistung, obwohl andere Gestaltungselemente frei wählbar sind.”)

¹⁵³⁸ In die zin bijvoorbeeld : M. BUYDENS “Produktpiraterie und unlauterer Wettbewerb - Die Situation in Belgien und Frankreich mit Hinweisen auf die Rechtslage in Deutschland”, *GRUR Int* 1995, p. 23 (“*Wir haben jedoch gleichwohl festgestellt, daß in der Praxis die Rechtsprechung dazu neigt, die einfache Tatsache des Profitierens von den kreativen und geschäftlichen Anstrengungen eines anderen als nach dem Recht des unlauteren Wettbewerbs unzulässig anzusehen (Theorie des "parasitären Wettbewerbs"). Wir haben bereits festgestellt, daß diese Haltung in Wahrheit darauf hinausläuft, den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit in sein Gegenteil zu verkehren : Wenn man die logische Folge der Nachahmung (d. h. den hieraus notwendigerweise gezogenen Nutzen) als unlauter ansieht, so läuft dies in Wahrheit darauf hinaus, die Nachahmung als solche zu verurteilen.*”) en M. BUYDENS, “La Sanction de la 'Piraterie de produits' par le Droit de la Concurrence Déloyale” , *J.T.* 1993, p. 126 (“*Nous avons remarqué que cette théorie du parasitisme revient, en fait, à renverser le principe de la liberté de la copie: condamner l'effet logique de toute copie (c'est-à-dire le bénéfice qu'on en retire nécessairement) revient, en effet, à condamner la copie elle-même.*”).

¹⁵³⁹ In twee uitspraken bijvoorbeeld overweegt het Hof van Beroep van Brussel in dit verband: “*celui qui copie ou imite doit tirer profit des efforts et investissements de l'autre vendeur, quelle qu'en soit la forme; c'est le cas notamment lorsque le copieur évite ainsi des frais de recherche et de développement du produit ou profite de la publicité effectuée par le créateur original;*” Brussel 7 december 2006, *T.B.H.* 2007, p. 580 (p.582-583) en Brussel 18 september 2003, *JLMB* 2004, p. 1630 (p. 1631).

¹⁵⁴⁰ In dit verband overweegt het Hof van Beroep van Brussel in twee uitspraken: “*le copieur ne doit pas avoir consenti le moindre effort créatif pour distinguer sa prestation, son produit ou son service de celui de l'autre vendeur.*” Brussel 7 december 2006, *T.B.H.* 2007, p.580 (p.583) en Brussel 18 september 2003, *JLMB* 2004, p. 1630 (p. 1631).

¹⁵⁴¹ Cass. 29 mei 2009, *NJW* 2010, p. 151 (p. 153).

¹⁵⁴² Sommige auteurs geven aan dat uit het betrokken Cassatie-arrest af te leiden is dat er nauwelijks nog ruimte is voor de figuur van ‘parasitaire mededinging’. Zie in die zin bijvoorbeeld D. MERTENS, “Het Hof van Cassatie over ‘parasitaire mededinging’ en ‘aanhaking’. Scherpstelling of genadeschot?” noot bij Cass. 29 mei 2009, *R.W.* 2010-2011, p. 1565-1566; De meeste auteurs daarentegen nemen aan dat het betrokken Cassatie-arrest niet zo ver gaat en geven aan dat het nog steeds mogelijk blijft om een beroep te doen op het recht inzake oneerlijke mededinging ten aanzien van ‘parasitaire mededinging’. In die zin bijvoorbeeld: J. LIGOT, F. VANBOSSSELE, O. BATTARD en A. TALLON (editor), *Les pratiques loyales*, Brussel, Larcier, 2012, p.113 (“*..., à défaut de*

van het zonet besproken Cassatie-arrest bij de beoordeling of sprake is van ‘parasitaire mededinging’¹⁵⁴³. Andere uitspraken daarentegen blijven bij het traceren van ‘parasitaire mededinging’, ondanks het betrokken Cassatie-arrest, niettemin belang hechten aan het feit dat een ‘kopiëren’ van de incorporatie van inspanningen van een andere onderneming, een uitsparen van eigen inspanningen toeliet¹⁵⁴⁴.

2.2. De *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken

In het kader van ons onderzoek rond de wenselijkheid van de specialisatie die *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht, bespreken we in de tweede plaats dan ook de afbakening van de groep zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ waarover deze *sui generis* intellectuele rechten een bevoegdheid verlenen bij het toekennen van bescherming. Ook hier gaat onze aandacht met name uit naar de aanwijzingen die de betrokken beschermingsregelingen geven voor het uitvoeren van deze afbakening.

Doorheen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken menen we in dit verband vast te stellen dat zij in wezen steeds op dezelfde manier te werk gaan bij het afbaken van het ‘object’ waarover zij een exclusieve bevoegdheid verlenen. In essentie is het telkens zo dat, indien een relevante referentie-incorporatie inderdaad blijkt geeft van een resultaat van inspanningen van de soort dat deze *sui generis* intellectuele rechten vereisen voor het toekennen van bescherming, deze *sui generis* intellectuele rechten een rechthebbende dan een exclusieve bevoegdheid verlenen over een ‘object’ dat, volgens de theorie rond intellectueelrechtelijke lasten, bestaat uit een groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties waarrond aan te nemen is dat deze hun capaciteit om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomeen teweeg te brengen, danken aan dit bescherming motiverende resultaat van inspanningen. Om een zintuiglijk waarneembare manifestatie tot het ‘object’ te rekenen vragen deze *sui generis* intellectuele rechten daarbij dan, in essentie, telkens om na te gaan of deze zintuiglijk waarneembare manifestatie, bekeken op het relevante niveau van abstractie, inderdaad een relevante en op ‘ontlening’ – kennis dus – gebaseerde, voldoende gelijkenis vertoont met de zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, om het volgende aannemelijk te maken: dat deze zintuiglijk waarneembare manifestatie zijn capaciteit om bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomeen teweeg te brengen, eveneens dankt aan dit resultaat van inspanningen.

In dit onderdeel nemen we opnieuw de vier typische parameters binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ als leidraad om dieper in te gaan op de richtlijnen die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken bieden om het ‘object’ af te bakenen waarover zij een exclusieve bevoegdheid verlenen. Volgens de theorie rond ‘intellectueelrechtelijke lasten’ is immers aan te nemen dat de richtlijnen die deze *sui generis* intellectuele rechten geven op dit punt, door hun aansluiting bij het archetypische ingrijpen van intellectuele rechten, te verstaan zijn als aanwijzingen rond de invulling van deze vier typische parameters binnen de ‘denkoperatie rond verschillen’.

précision quant à ce peuvent constituer les autres circonstances, l’on peut craindre que la portée de l’arrêt du 29 mai 2009 de la Cour de Cassation soit, en pratique, limitée.”); G. STRAETMANS, “Over parasitaire concurrentie en namaak”, *DAOR* 2011, p. 287-288: (“*De wat dubbelzinnige formulering van het arrest laat echter nog ruimte voor speculatie over mogelijke omstandigheden die de in dit arrest benadrukte vrijheid van kopie en zelfs slaafse kopie alsnog parasitair of onrechtmatig kunnen maken. Beweren op grond van dit arrest dat nabootsing of navolging zonder verwarringsgevaar of andere ‘begeleidende’ fout nooit kan worden verboden, vormt daarom m.i. nog steeds meer wens dan werkelijkheid.*”) en R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 78.

¹⁵⁴³ Zie bijvoorbeeld: Brussel 8 februari 2011, *I.R.D.I.* 2012, p. 160 (p. 167) en Brussel 1 maart 2011, *RABG* 2001, p. 1136.

¹⁵⁴⁴ Zie bijvoorbeeld: Luik 10 juni 2011, *I.R.D.I.* 2012, p. 83 (p.86 “*le comportement parasitaire (qui) consiste à tirer profit des efforts fournis par un tiers, en se dispensant de tout travail de création ou de tout investissement*”) en Gent 9 mei 2011, *Bull. BMM* 2011, p. 158 (“*Appellante toont niet aan dat geïntimeerde geteerd heeft op de investeringen van appellante, zonder zelf een inspanning te leveren.*”).

1.2.1. Relevante referentiekenmerken

Doorheen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, stellen we in de eerste plaats vast dat zij, met het oog op de afbakening van de zintuiglijk waarneembare manifestaties die het 'object' uitmaken van de exclusieve bevoegdheid die zij verlenen naar aanleiding van een resultaat van inspanningen, richtlijnen geven rond het volgende punt: het vastleggen van de relevante referentiekenmerken binnen de relevante referentie-incorporatie van inspanningen die als geschikt uitgangspunt gelden om deze afbakening door te voeren. In dit onderdeel gaan we nu dieper in op deze richtlijnen. Eerst (A.) doen we dit voor het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht. Daarna (B.) doen we dit ook voor het databankenrecht *sui generis*. Door deze indeling willen we met name opnieuw ruimte creëren om eventuele bijzonderheden aan het licht te laten komen die samenhangen met het gegeven dat het *sui generis* recht rond databanken als enige uitdrukkelijk geen intellectuele arbeid vereist voor het toekennen van zijn bescherming.

A. Chips, computerprogramma's en de structuur van databanken

De afbakening van het 'object' van de exclusieve bevoegdheid die het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht verlenen naar aanleiding van een resultaat van inspanningen, zal *de facto* steeds starten van de volgende vraag: welke kenmerken die de betrokken, relevante referentie-incorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, behoren als uitgangspunt te dienen voor het doorvoeren van deze afbakening. De regelgeving rond deze *sui generis* intellectuele rechten bevat geen uitdrukkelijk aanwijzingen om deze vraag te beantwoorden. In dit verband stellen we echter vast dat het gebruikelijk is om aan te nemen dat ook deze *sui generis* intellectuele rechten vragen om bij deze afbakening van het 'object' uit te gaan van die zintuiglijk waarneembare kenmerken van de betrokken relevante referentie-incorporatie die reeds op zichzelf het toekennen van bescherming kunnen motiveren¹⁵⁴⁵.

B. Databankenrecht *sui generis*

Ook bij het databankenrecht *sui generis* zal de afbakening van het 'object' van de exclusieve bevoegdheid die dit recht verleent naar aanleiding van een resultaat van inspanningen, *de facto* starten met het volgende: het vastleggen van de kenmerken van de betrokken, relevante referentie-incorporatie, met name dus van het verzameld geheel van elementen die de inhoud uitmaken van de betrokken 'databank', die als uitgangspunt behoren te dienen voor het doorvoeren van deze afbakening. Doorheen de rechtsleer lijken we dan met name twee benaderingen vast te stellen rond het vastleggen van deze kenmerken. Enerzijds, lijken sommige auteurs aan te nemen dat, indien de aggregatie-prestatie rond de inhoud van een concrete 'databank' aanleiding gaf tot bescherming op grond van het databankenrecht *sui generis*, het verzamelde geheel van de elementen die de betrokken inhoud uitmaken van deze 'databank' dan als uitgangspunt kan dienen voor de afbakening van het 'object'¹⁵⁴⁶. Anderzijds, geven meerdere auteurs echter aan dat de afbakening van het 'object', in het kader van het databankenrecht *sui generis* steeds moet starten met het vastleggen van die verzamelde gehelen van elementen binnen een concrete 'databank', die ook daadwerkelijk het 'substraat' vormen van de in kwantitatief of kwalitatief opzicht substantiële investering die de

¹⁵⁴⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. HOEREN, *Der Schutz von Mikrochips in der Bundesrepublik Deutschland. Kritische Überlegungen zum Halbleiterschutzgesetz vom November 1987*, Münster, Waxmann Verlag, 1988, p 17; N. VON WERDT, *Ausgewählte Probleme zum Topographienschutz von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen. Der Schutzgegenstand und die Schutzvoraussetzungen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, p. 144; Bundesgerichtshof, 24 mei 2007, *GRUR* 2007, p. 685 (p. 687: "Eine Verletzung des Urheberrechts an einem Sammelwerk kann nur angenommen werden, wenn das beanstandete Werk diejenigen Strukturen hin-sichtlich der Auslese und Anordnung des Stoffs enthält, die das Sammelwerk als eine persönliche geistige Schöpfung im Sinne des § 4 UrhG ausweisen. Nur wenn die Kombination der übernommenen Elemente besondere Strukturen in deren Auslese und Anordnung aufweist und darin das Gewebe der persönlichen geistigen Schöpfung des Sammelwerkes erkennen lässt (vgl. Erwgrd 15 Satz 2 der Datenbankrichtlinie), kann eine Beeinträchtigung des Urheberrechts an dem Sammelwerk im Sinne des § 4 UrhG angenommen werden..."); Zie ook: Initieel Voorstel Richtlijn Computerprogramma's, punt 2.3-2.5. en Conclusie van Advocaat-Generaal Y. BOT van 29 november 2011, C-406/10 (*SAS Institute t. World Programming*), overweging 47-48.

¹⁵⁴⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: C. BERGER, "Der Schutz elektronischer Datenbanken nach der EG-Richtlinie vom 11. 3. 1996", *GRUR* 1997, p. 172 ("Schutzgegenstand ist unmittelbar der Inhalt der Datenbank, dessen Entnahme und Weiterverwendung verboten wird.").

bescherming motiveert die de concrete ‘databank’ geniet op grond van dit intellectuele recht¹⁵⁴⁷. Deze tweede benadering, lijkt ons daarbij correcter te zijn. De afbakening van de omvang van de bescherming die het databankenrecht *sui generis* verleent, blijkt het Europese Hof van Justitie immers ook op ander punten te richten naar het gegeven of sprake is van: *het zich toe-eigenen respectievelijk het ter beschikking stellen van het publiek, zonder toestemming van de samensteller van de databank, van de resultaten van diens investering*¹⁵⁴⁸. Het is, volgens ons, dus aan te nemen dat de afbakening van het ‘object’ in het kader van het databankenrecht *sui generis* concreet dient te starten met de volgende analyse: het traceren van die verzamelde gehelen van elementen binnen de betrokken ‘databank’, die op zich genomen, het toekennen van bescherming kunnen motiveren op grond van dit intellectuele recht¹⁵⁴⁹. Daarbij geldt volgens ons dan ook dat uitgesloten is dat afzonderlijke elementen van de inhoud van een databank, kunnen kwalificeren als het ‘substraat’ van de in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantiële investering in de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van deze databank, die het toekennen van bescherming motiveert op grond van het databankenrecht *sui generis*¹⁵⁵⁰. Een dergelijke kwalificatie lijkt integendeel enkel weggelegd te zijn voor verzamelde gehelen van elementen. Het Europese Hof van Justitie lijkt ons daarin te bevestigen door te stellen dat de intrinsieke waarde van de opgevraagde of hergebruikte elementen geen relevant criterium is voor de beoordeling of een opgevraagd of hergebruikt deel een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel betreft van de inhoud van de betrokken databank¹⁵⁵¹.

¹⁵⁴⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. EHMANN, „Datenbankurheberrecht, Datenbankherstellerrecht und die Gemeinschaft der Rechtsinhaber - Zugleich Besprechung von BGH Gedichttitelliste I und II“, *GRUR* 2008, p. 477 en M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 148-149 (“Die Datenbank als Substrat der in ihr verkörperten immateriellen Investitionsleistung”).

¹⁵⁴⁸ Vergelijk op dit punt: H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*) r.o. 51 (“Het gebruik van uitdrukkingen als „ongeacht op welke wijze en in welke vorm” en „elke vorm van het aan het publiek ter beschikking stellen” toont aan dat de communautaire wetgever een ruime betekenis heeft willen geven aan de begrippen opvraging en hergebruik. Deze begrippen moeten in het licht van het doel van de richtlijn dus in die zin worden uitgelegd, dat zij verwijzen naar iedere handeling die bestaat in het zich toeëigenen respectievelijk het ter beschikking stellen van het publiek, zonder toestemming van de samensteller van de databank, van de resultaten van diens investering, waardoor deze laatste inkomsten waarmee hij wordt geacht de kosten van deze investering te kunnen dekken, worden ontnomen.”); Zie in die zin ook: T. EHMANN, „Datenbankurheberrecht, Datenbankherstellerrecht und die Gemeinschaft der Rechtsinhaber - Zugleich Besprechung von BGH Gedichttitelliste I und II“, *GRUR* 2008, p. 477.

¹⁵⁴⁹ Vergelijk op dit punt ook: H.v.J. 5 maart 2009, C-545/07 (*Apis-Hristovich t. Lakorda*), r.o. 61 (“Bovendien kan, ..., hoe dan ook slechts bij een geheel van gegevens dat voor bescherming krachtens het recht *sui generis* in aanmerking komt, omdat het enerzijds een databank in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 96/9 is, en anderzijds in de samenstelling ervan substantieel is geïnvesteerd in de zin van artikel 7, lid 1, van deze richtlijn, in kwantitatief opzicht worden beoordeeld of een substantieel deel is opgevraagd en/of hergebruikt.”).

¹⁵⁵⁰ Zie in die zin ook: B. MICHAUX, *Droit des bases de données*, Brussel, Wolters Kluwer Belgium, 2005, p. 9 (“Le droit *sui generis* ne concerne pas les éléments pris individuellement. Il protège le contenu de la base considéré dans son ensemble ou dans ses parties substantielles contre certains acte commis par un utilisateur ou un concurrent”).

¹⁵⁵¹ H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 72.

1.2.2. Abstractie

Doorheen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, stellen we in de tweede plaats vast dat zij, met het oog op de afbakening van de zintuiglijk waarneembare manifestaties die het 'object' uitmaken van de exclusieve bevoegdheid die zij verlenen naar aanleiding van een resultaat van inspanningen, richtlijnen geven rond het volgende punt: het *niveau van abstractie* waarop voor deze afbakening een vergelijking door te voeren is tussen de kenmerken van een zintuiglijk waarneembare manifestatie en de relevante referentiekenmerken die een relevante referentie- incorporatie dankt aan dit resultaat van inspanningen. In dit onderdeel gaan we nu dieper in op deze richtlijnen. Eerst (A.) doen we dit opnieuw voor het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht. Daarna (B.) doen we dit ook voor het databankenrecht *sui generis*. Door deze indeling willen we met name opnieuw ruimte creëren om eventuele bijzonderheden aan het licht te laten komen die samenhangen met het gegeven dat het *sui generis* recht rond databanken als enige uitdrukkelijk geen intellectuele arbeid vereist voor het toekennen van zijn bescherming.

A. Chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht

Het aanknopingspunt voor de richtlijnen die het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht bieden rond de relevante graad van abstractie bij het afbakenen van het 'object' is eveneens telkens de, hierboven reeds vermelde, 'vorm versus inhoud'-dichotomie die binnen deze intellectuele rechten aanvaardt wordt en die, zoals gezegd, vaak bevestiging krijgt in de uitdrukkelijk bepalingen van deze intellectuele rechten¹⁵⁵². Ook hier stellen we vast dat de concrete richtlijnen die in de regel uit deze 'vorm versus inhoud'-dichotomie afgeleid worden rond de relevante graad van abstractie bij de afbakening van het 'object' zich daarbij in wezen laten samenvatten tot de volgende overkoepelende richtlijn: de graad van abstractie die relevant bleek bij het toekennen van bescherming naar aanleiding van het concrete resultaat van inspanningen, dient dan vervolgens ook de relevante graad van abstractie te vormen bij de afbakening van het 'object' van de verleende exclusieve bevoegdheid. Deze overkoepelende richtlijn houdt dan echter ook in dat de hierboven besproken discussie rond de relevante graad van abstractie bij het toekennen van bescherming op grond van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, ook doorwerkt bij het bepalen van de relevante graad van abstractie om het 'object' af te bakenen van de exclusieve bevoegdheid die deze intellectuele rechten verlenen. Enerzijds stellen we in dit verband dus vast dat het standpunt bestaat dat het chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht vragen om bij de afbakening van het 'object' enkel aandacht te hebben voor het niveau van abstractie van de concrete vormgeving en om het niveau van abstractie van het uitgewerkte of het abstracte idee daarbij dus steeds buiten beschouwing te laten. Anderzijds is er in dit verband dus echter ook de opvatting dat, binnen het chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht, de relevante graad van abstractie bij de afbakening van het 'object' een variabele graad van abstractie is die, in beginsel, te situeren is op het niveau van de concrete vormgeving maar die ook kan opschuiven tot het niveau van het 'uitgewerkte idee', in het bijzonder indien dit niet impliceert dat de toegekende bescherming hierdoor ongerechtvaardigd ver zou gaan in het verhinderen van de totstandkoming van substituten. Ook binnen deze tweede opvatting is dan echter uitgesloten dat het niveau van abstractie van het abstracte idee of de abstracte inhoud, binnen deze *sui generis* intellectuele rechten, als leidraad zou dienen voor de afbakening van het 'object'. Wat de argumentatie voor deze beide opvattingen betreft, kunnen we in wezen verwijzen naar de bespreking hierboven rond de relevante graad van abstractie bij het toekennen van bescherming op grond van het chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht.

¹⁵⁵² Zie in dit verband: art 8 Richtlijn Chips ("De bescherming van topografieën van halfgeleiderprodukten overeenkomstig artikel 2 strekt zich niet uit tot andere in de topografie belichaamde concepten, processen, systemen, technieken of gecodeerde informatie dan de topografie zelf."); art. XI.321. WER (oud art. 3 Chipswet); art 1.2. Richtlijn Computerprogramma's ("De bescherming overeenkomstig deze richtlijn wordt verleend aan de uitdrukkingwijze, in welke vorm dan ook, van een computerprogramma. De ideeën en beginselen die aan enig element van een computerprogramma ten grondslag liggen, met inbegrip van de ideeën en beginselen die aan de interfaces daarvan ten grondslag liggen, worden niet krachtens deze richtlijn auteursrechtelijk beschermd."); art. XI.295., lid 2 WER (oud art 2, lid 2 Wet Computerprogramma's) en de inleidende zin van art. 5 Richtlijn Databanken ("De maker van een databank heeft, met betrekking tot de voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komende uitdrukkingvorm van de databank, het exclusieve recht te verrichten of toe te staan: ...").

B. Databankenrecht *sui generis*

Binnen het databankenrecht *sui generis* stellen we vast dat ook het bepalen van de relevante graad van abstractie bij de afbakening van het ‘object’ vaak weinig aandacht krijgt en veelal impliciet gebeurt. Bij het doorvoeren van deze afbakening van het ‘object’ blijkt het, volgens ons, dan met name *de facto* gebruikelijk om aan te nemen dat bij de afbakening van het ‘object’ in het kader van het databankenrecht *sui generis*, net als bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming, de volgende graad van abstractie als leidraad dient te fungeren: het niveau van de concrete elementen die, als gevolg van een bepaald resultaat van inspanningen, samen de inhoud uitmaken van de betrokken ‘databank’¹⁵⁵³. Dit houdt dus concreet in dat het databankenrecht *sui generis* een bescherming toekent die zich richt naar de belichaming, in het verzamelde geheel of gehelen van verzamelde elementen binnen de concrete databank, van die specifieke ‘aggregatie-prestatie’ die het toekennen van bescherming motiveert¹⁵⁵⁴. Zoals aangegeven, is aan te nemen dat het gegeven dat de bescherming motiverende ‘aggregatie-prestatie’ ook aanleiding gaf tot een bepaald uitgewerkt of abstract idee dat toepassing kan vinden in bijvoorbeeld andere ‘databanken’, in het kader van het databankenrecht *sui generis* recht, geen reden is om een hogere graad van abstractie te hanteren bij het afbakenen van het ‘object’¹⁵⁵⁵.

1.2.3. Gelijkenissen

Doorheen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, stellen we in de derde plaats vast dat zij, met het oog op de afbakening van de zintuiglijk waarneembare manifestaties die het ‘object’ uitmaken van de exclusieve bevoegdheid die zij verlenen naar aanleiding van een resultaat van inspanningen, ook richtlijnen geven rond het volgende punt: de *mate van gelijkenis* die, op het relevante niveau van abstractie, moet bestaan tussen de relevante referentiekenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan dit resultaat van inspanningen en de kenmerken van een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, om deze andere zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen tot dit ‘object’ te rekenen. In dit onderdeel gaan we nu dieper in op deze richtlijnen. Eerst (A.) doen we dit opnieuw voor het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht. Daarna (B.) doen we dit ook voor het databankenrecht *sui generis*. Door deze indeling willen we met name opnieuw ruimte creëren om eventuele bijzonderheden aan het licht te laten komen die samenhangen met het gegeven dat het *sui generis* recht rond databanken als enige uitdrukkelijk geen intellectuele arbeid vereist voor het toekennen van zijn bescherming.

A. Chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht

In het kader van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht stellen we vast dat het vrij gebruikelijk is om aan te nemen dat zij vragen om, met het oog op de afbakening van het ‘object’, na te of een zintuiglijk waarneembare manifestatie een ‘substantiële gelijkenis’ vertoont met de relevante referentiekenmerken van een referentie-incorporatie. Dit blijkt niet uit de uitdrukkelijk bepalingen rond deze intellectuele rechten maar wel uit de heersende opvatting dat de vaststelling van inbreuk, in het kader van deze intellectuele rechten, vraagt dat sprake is van een dergelijke ‘substantiële gelijkenis’¹⁵⁵⁶. Hierbij is dan opnieuw

¹⁵⁵³ Zie in die zin, bijvoorbeeld: M. SCHELLEKENS, “A database right in search results? – An intellectual property right reconsidered in respect of computer generated databases”, *Computer Law & Security Review* 2011, p. 628.

¹⁵⁵⁴ Vergelijk op dit punt ook: T. EHMANN, „Datenbankurheberrecht, Datenbankherstellerrecht und die Gemeinschaft der Rechtsinhaber - Zugleich Besprechung von BGH Gedichttitelliste I und II“, *GRUR* 2008, p. 477.

¹⁵⁵⁵ Zie in die zin, bijvoorbeeld: M. SCHELLEKENS, “A database right in search results? – An intellectual property right reconsidered in respect of computer generated databases”, *Computer Law & Security Review* 2011, p. 628 en E. DERCLAYE, “Database Sui Generis Right: What Is a Substantial Investment? A Tentative Definition”, *I.I.C.* 2005, p. 29.

¹⁵⁵⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: United States Court of Appeals (Federal Circuit) 9 oktober 1992, (*Brooktree Corporation v. Advanced Micro Devices*), 977 F.2d 1555, (p. 1564 “Although the Semiconductor Chip Protection Act does not use the word “copy” to describe infringement, the parallel language reflects the incorporation of the well-explicated copyright principle of substantial similarity into the Semiconductor Chip Protection Act, as discussed *infra*.”); A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 97 e.v.; Toelichting bij het Voorstel voor een Richtlijn van het Europese Parlement en de

op te merken dat een dergelijk vereiste rond het voorliggen van een ‘substantiële gelijkenis’ om tot inbreuk te besluiten binnen de betrokken *sui generis* intellectuele recht, in principe, ook inhoudt dat een ‘niet-substantiële gelijkenis’, ook wanneer het hierbij gaat om een gelijkenis rond ‘beschermde elementen’, niet volstaat om tot inbreuk te besluiten¹⁵⁵⁷.

Binnen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht stellen we echter vast dat er vaak discussie bestaat rond de precieze mate van ‘gelijkenissen’ dan wel ‘afwezigheid van verschillen’ die moet voorliggen opdat inderdaad sprake zou zijn van een ‘substantiële gelijkenis’ die toelaat om de vaststelling van een ‘inbreuk’ te staven.

In het kader van het databanken-auteursrecht is er in dit verband bijvoorbeeld discussie rond de vraag of een vaststelling van een ‘substantiële gelijkenis’ in het kader van het traceren van inbreuk reeds mogelijk is bij een gelijkenis rond relatief weinig kenmerken die weliswaar erg kenmerkend zijn voor de bescherming motiverende ‘eigen, intellectuele schepping’ rond de ‘keuze’ of rangschikking van de elementen van een databank, dan wel of dit enkel mogelijk is in het licht van een gelijkenis rond relatief veel kenmerken, met name voldoende om op zich blijkt te geven van de bescherming motiverende ‘eigen, intellectuele schepping’ rond de ‘keuze’ of rangschikking van de elementen van een databank¹⁵⁵⁸.

Binnen het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht bestaat er vooral discussie rond de wijze waarop bij de vaststelling van een ‘substantiële gelijkenis’, in het kader van het traceren van inbreuk, op passende wijze rekening te houden is met de gerichtheid van chips en computerprogramma’s op het vervullen van hun functie. In

Raad betreffende de octrooieerbaarheid van in computers geïmplementeerde uitvindingen, COM(2002) 92 definitief, 2002/0047 (COD), Brussel, 20.02.2002, p. 9 (Doelend op het computerprogramma-auteursrecht: “*Het auteursrecht verbiedt het in wezenlijke mate kopiëren van de broncode of de doelcode, maar verhindert niet de vele mogelijke alternatieve wijzen om dezelfde ideeën en beginselen in een andere broncode of doelcode uit te drukken.*”) en A. BEUNEN, *Protection for databases: the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, p. 91 (“*In order for this selection or arrangement to still be recognisable, the database part has to be sufficiently large. This arguably means that, in practice, only the taking of a substantial part will constitute an infringement.*”); Vergelijk echter ook: H. STRUIK, P. VAN SCHELVEN en W. HOORNEMAN, *Softwarerecht. Bescherming en gebruik van computerprogrammatuur onder auteursrecht en octrooirecht*, Deventer, Kluwer, 2010, p.113 (“*Voor wat betreft de bescherming tegen de partiële reproductie van een computerprogramma geldt dat de Softwarerichtlijn geen regels stelt aan de minimumomvang van de reproductie. Niet is vereist dat de reproductie een substantieel deel van het programma betreft. Ook het overnemen van een of meer kleine gedeelten uit het programma van een ander kan dus inbreuk op diens auteursrecht opleveren. Vereist is wel dat auteursrechtelijk beschermde trekken uit het oorspronkelijke werk terugkomen in datgene wat wordt overgenomen (...).*”).

¹⁵⁵⁷ Zie in dit verband: T. VINJE, “Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität”, *GRURInt* 1992, p. 259 (“*Zunächst dürfte die lediglich "de minimis"-Übernahme selbst identischer Codebestandteile unter keinem der europäischen Urheberrechtsgesetze eine Verletzung darstellen. Dazu ein Beispiel: Die Version, 2.0 von Microsoft Word benutzte ein ungewöhnliches Mittel, um bei einem PC das Vorhandensein eines Enhanced Graphics Adapter (EGA) festzustellen. Es suchte nämlich innerhalb von IBM's EGA BIOS danach, ob die Buchstaben "IBM" im Copyrightvermerk erscheinen. ... Mag die Bezeichnung "IBM" möglicherweise auch Ausdruck sein, so sollte die Übernahme derart kleiner Teile selbst identischen Codes ein kompatibles Programm nicht im urheberrechtlichen Sinne "im wesentlichen ähnlich" machen.*”) en High Court of Justice (Chancery Division) 15 April 1999, (*Cantor Fitzgerald International v. Tradition*), *R.P.C.* 2000, p. 95, r.o. 74-75; Vergelijk echter ook: B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 82 (“*There may, of course, be insubstantial similarities between code based on information derived by decompilation and the original code, since those parts of the two programs will be achieving the same function. However, the similarities must be insubstantial and the result, not of copying protectable expression, but as a consequence of the 'merger doctrine' explained above, or merely coincidental similarity.*”).

¹⁵⁵⁸ Zie rond deze discussie, bijvoorbeeld: A. BEUNEN, *Protection for databases: the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, p.91-93; H. LADDIE, P. PRESCOTT, en M. VITORIA, *The Modern Law of Copyright and Designs*, London, Butterworths, 2000, p. 142-143 en House of Lords, 21 January 1963 (*Ladbroke v William Hill*), *W.L.R.* 1964, p. 273 (p.276: “*...the question whether he has copied a substantial part depends much more on the quality than on the quantity of what he has taken. One test may be whether the part which he has taken is novel or striking, or is merely a commonplace arrangement of ordinary words or well-known data.*”).

dit verband stellen we met name vast dat onderscheiden redeneringen opgebouwd worden die resulteren in verschillende drempels om te besluiten tot het bestaan van een dergelijke ‘substantiële gelijkenis’.

In de eerste plaats is er immers de opvatting dat binnen het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht, aan te nemen is dat de beoordeling of een ‘substantiële gelijkenis’ voorligt die toelaat om tot ‘inbreuk’ te besluiten, zich dient te richten naar het volgende: of de gelijkenis kenmerken betreft die de relevante referentie-incorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen die ook wezenlijk zijn voor het functioneren van de betrokken relevante referentie-incorporatie¹⁵⁵⁹. Binnen deze opvatting kan dus ook een gelijkenis rond relatief weinig kenmerken reeds aanleiding geven tot een ‘substantiële gelijkenis’ indien deze kenmerken die voortvloeien uit het bescherming motiverende resultaat van inspanningen belangrijk blijken te zijn voor het functioneren van de betrokken relevante referentie-incorporatie¹⁵⁶⁰. Alvast in het kader van het computerprogramma-auteursrecht heeft de rechtsleer en rechtspraak deze benadering echter ook reeds op de korrel genomen. Het punt van kritiek daarbij is dan met name dat, in zoverre rond bijna elk deel van een computerprogramma te argumenteren valt dat dit belangrijk is voor het functioneren ervan, de zonet vermelde benadering er ook zou toe leiden dat een gelijkenis rond bijna elk deel van een computerprogramma, hoe klein ook, zou volstaan om een ‘substantiële gelijkenis’ vast te stellen met het oog het traceren van ‘inbreuk’ binnen het computerprogramma-auteursrecht¹⁵⁶¹.

In de tweede plaats is er echter ook de opvatting dat, binnen het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht, de vaststelling van een ‘substantiële gelijkenis’ die toelaat om tot ‘inbreuk’ te besluiten een erg hoge mate van gelijkende kenmerken moet vragen om te vermijden dat deze intellectuele rechten ongerechtvaardigd ver zouden gaan in het verhinderen van de totstandkoming van substituten. Het achterliggende idee hierbij is dat een relatief hoge drempel om een ‘substantiële gelijkenis’ te aanvaarden moet compenseren voor het feit dat er eventueel relatief weinig alternatieve vormgevingen kunnen bestaan om een chip of een computerprogramma een bepaalde functie te laten vervullen¹⁵⁶².

¹⁵⁵⁹ In die zin bijvoorbeeld: High Court of Australia 12 februari 1992, (Autodesk Inc. v Dyason), 173 CLR 1992, p. 330 (p. 346: “*For Widget C is a computer program and a substantial, indeed essential, part of that program is the look-up table by reference to which Widget C processes the information which it receives from the AutoCAD lock.*”); Vergelijk ook: W. CORNISH en D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 816; In de rechtspraak was de geldigheid van deze redenering bijvoorbeeld reeds aan de orde in: High Court of Australia 30 september 1999 (*Data Access v Powerflex Services*), 1999 202 CLR 1 166, ALR 228 en High Court of Australia 12 februari 1992 (*Autodesk v. Dyason*), 1992 173 CLR 330, (Zie in het bijzonder de overweging van DAWSON p. 346 e.v.).

¹⁵⁶⁰ In die zin bijvoorbeeld: High Court of Australia 12 februari 1992, (Autodesk Inc. v Dyason), 173 CLR 1992, p. 330 (p. 346: “*For Widget C is a computer program and a substantial, indeed essential, part of that program is the look-up table by reference to which Widget C processes the information which it receives from the AutoCAD lock.*”); Vergelijk ook: W. CORNISH en D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 816.

¹⁵⁶¹ Zie in dit verband bijvoorbeeld: High Court of Justice (Chancery Division) 15 April 1999, (*Cantor Fitzgerald International v. Tradition*), R.P.C. 2000, p. 95 (r.o. 74-75: “*A program expressed in a computer language must not contain any errors of syntax (or it will not compile) and it must contain no semantic errors. These considerations might suggest that every part of a computer program is essential to its performance, and so every part, however small, is a "substantial part" of the program. There is some authority that such an approach is correct. ...It seems to me, with all respect, that this reasoning would result in any part of any computer program being substantial since without any part the program would not work, or at best not work as desired. It seems to me with all respect that such an approach is simplistic.*”) en L. BENTLEY en B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 182

¹⁵⁶² Zie in die zin bijvoorbeeld: A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 99 (“*The degree of similarity by identity that is required for infringement is greater with respect to a fact-based work than with respect to a work by fiction. ... By analogy, the degree of similarity by identity that is required for infringement is likely to be greater with respect to a purely functional design (such as an IC design) than with respect to a design with aesthetic merit.*”) en R. STERN, “Determining Liability for Infringement of Mask Work Rights Under the Semiconductor Chip Protection Act”, *Minnesota Law Review* 1985-1986, p. 296 (“*Both the legislative history and common sense lead to the conclusion that the similarity between two semiconductor chips must be quite close for them to be actionably or infringingly similar to one another. If the rule were otherwise, the SCPA might be used to protect the "idea" of a chip layout rather than just the mask work owner's investment in person-hours devoted to preparing an "expression" of the idea.*”).

B. Databankenrecht *sui generis*

Het databankenrecht *sui generis* stelt uitdrukkelijk dat het, met het oog op de afbakening van het ‘object’, vraagt om na te gaan of sprake is van een gelijkenis rond het ‘geheel’ of een ‘in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel’ van de inhoud van de concrete databank die aanleiding gaf tot deze bescherming¹⁵⁶³. Het databankenrecht *sui generis* stelt daarbij overigens ook uitdrukkelijk dat een herhaalde en systematische overname van niet-substantiële delen van de inhoud van de databank, onder omstandigheden, eveneens aanleiding kan geven tot ‘inbreuk’. Dit is met name het geval indien deze herhaalde en systematische overname strijdig zou zijn met een normale exploitatie van deze databank dan wel de rechtmatige belangen van de producent van deze databank ongerechtvaardigde schade zou toebrengen¹⁵⁶⁴.

In de eerste plaats was er in dit verband dan met name discussie en onzekerheid rond de vraag hoe te bepalen was of iets een ‘in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel’ uitmaakt van de inhoud van een concrete databank die aanleiding gaf tot deze bescherming. Twee punten waren daarbij dan met name aan de orde. Ten eerste waren er verschillende opvattingen rond wat dan wel precies het referentiepunt uitmaakt om een ‘in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel’ te traceren van de inhoud van een concrete databank die aanleiding geeft tot bescherming door het databankenrecht *sui generis*: de inhoud van deze databank opgevat als ‘immaterieel goed¹⁵⁶⁵’, het verzamelde geheel van de concrete elementen die de inhoud vormen van deze databank¹⁵⁶⁶ of, ten slotte, het ‘substraat’ van de voor het toekennen van bescherming vereiste ‘substantiële investering’ binnen concrete verzamelde gehelen van de elementen die de inhoud uitmaken van deze databank¹⁵⁶⁷. In dit verband merkten verschillende auteurs al op dat het databankenrecht *sui generis* weinig precieze aanwijzingen geeft rond de concrete interactie tussen de vereisten die het voor het toekennen van zijn bescherming stelt aan een *investering* en de criteria die het voor het afbakenen van zijn toegekende bescherming laat aanknopen bij de *inhoud* van een databank¹⁵⁶⁸. Ten tweede werkten de hierboven besproken vragen rond de betekenis van de

¹⁵⁶³ Zie: art 7.1. Richtlijn Databanken en art 4, lid 1 Databankenwet.

¹⁵⁶⁴ Zie: art 7.5. Richtlijn Databanken (“*Het herhaald en systematisch opvragen en/of hergebruiken van niet-substantiële delen van de inhoud van de databank, in strijd met een normale exploitatie van die databank of waardoor ongerechtvaardigde schade wordt toegebracht aan de rechtmatige belangen van de fabrikant van de databank, zijn niet toegestaan.*”) en art 4, lid 2 Databankenwet.

¹⁵⁶⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. VOGEL, “Abschnitt 6. Schutz des Datenbankherstellers” in G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, p.1644 (Met name waar zij de volgende omschrijving geeft aan het ‘Schutzgegenstand des Datenbankherstellerrechts’: “...*die auf einem Trägermedium festgelegte Datenbank als Erscheinungsform des unter wesentlichem Investitionsaufwand gesammelten, geordneten und einzeln zugänglich gemachten Inhalts als immaterielles Gut.*”)

¹⁵⁶⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: B. MICHAUX, *Droit des bases de données*, Brussel, Wolters Kluwer Belgium, 2005, p. 9 (Met name waar hij ‘contenu’ als vowerp van het databankenrecht *sui generis* omschrijft als: “*Il s’agit de tous les éléments qui ont été réunis au sein du recueil constituant la base de données*”); C. BERGER, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach der EG-Richtlinie vom 11. 3. 1996”, *GRUR* 1997, p. 172 (“*Schutzgegenstand ist unmittelbar der Inhalt der Datenbank, dessen Entnahme und Weiterverwendung verboten wird.*”).

¹⁵⁶⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. EHMANN, „Datenbankurheberrecht, Datenbankherstellerrecht und die Gemeinschaft der Rechtsinhaber - Zugleich Besprechung von BGH „Gedichttitelliste I und II” *GRUR* 2008, 477; H. HABERSTUMPF, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz”, *GRUR* 2003, p. 25-26 (“*Obwohl das neue Recht Schutz vor der unerlaubten Entnahme und Weiterverwendung des Inhalts der Datenbank gewährt, ist dieser nicht Schutzgegenstand. Nach der Konzeption der Richtlinie wird es nämlich durch die Verwertung der gesammelten Werke, Daten oder anderen Elemente nicht verletzt, wenn sie weder der Datenbank entnommen noch von ihr ausgehend weiterverwendet, sondern von anderer Seite beschafft werden. Vor allem spricht aber die Beschränkung des Schutzes auf wesentliche Teile des Datenbankinhalts dagegen, diesen als Gegenstand des Rechts anzusehen. Schutzgegenstand ist vielmehr die in der Datenbank verkörperte Investitionsleistung ihres Herstellers. Er wird folglich erst tangiert, wenn ihr durch die Entnahme wesentlicher Teile des Inhalts ein Schaden zugefügt wird.*”); M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 148 e.v. (“*Die Datenbank als materielles Substrat der in ihr verkörperten immateriellen Investitionsleistung*”).

¹⁵⁶⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: J. DAVISON en P. HUGENHOLTZ, “Football fixtures, horse races and spin-offs: the ECJ domesticates the database right.” *E.I.P.R.* 2005, p. 113 (“*The Directive, however, does not provide for a*

uitdrukkingen ‘in kwantitatief opzicht’ en ‘in kwalitatief opzicht’, als precisering bij de substantiële investering die het databankenrecht *sui generis* vereist voor het toekennen van bescherming, dan ook door in de uitlegging van diezelfde uitdrukkingen als precisering bij de notie ‘substantieel deel van de inhoud’ in de context van het afbakenen van het ‘object’. In dit verband was er bijvoorbeeld in het bijzonder de bezorgdheid dat de notie van een ‘in kwalitatief opzicht substantieel deel’ een aanknopingspunt kon bieden om de bescherming van het databankenrecht *sui generis* te laten slaan op afzonderlijke elementen van de databank waarin een belangrijk deel vervat lag van de investeringen in de betrokken databank¹⁵⁶⁹.

Rond de interpretatie van de notie van een ‘in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van de inhoud’ bij het afbakenen van de bescherming die het databankenrecht *sui generis* toekent naar aanleiding van een concrete databank, gaf het Europees Hof van Justitie echter reeds opnieuw belangrijk punten van houvast. Het Europees Hof van Justitie heeft immers reeds aangegeven dat de beoordeling van het al dan niet substantiële karakter van het opgevraagde of het hergebruikte deel van de inhoud van een databank moet gebeuren in het licht van het volgende referentiepunt: de investering in de samenstelling van de databank, en de schade die de betrokken overname van dit deel heeft toegebracht aan deze investering. Dit geldt volgens het Hof zowel voor de beoordeling van het in kwalitatief opzicht als in kwantitatief opzicht substantieel zijn van het overgenomen deel¹⁵⁷⁰.

De beoordeling of een overname van een deel van de inhoud van een databank een in *kwantitatief* opzicht substantieel deel uitmaakt van de inhoud van deze databank, is daarbij volgens het Hof dan specifiek te bepalen “*in verhouding tot de omvang van de totale inhoud van deze databank*”¹⁵⁷¹. Deze aanwijzing die het Hof daarbij geeft rond de vaststelling van een in kwantitatief opzicht substantieel deel, is daarbij volgens ons dan zo te verstaan dat het er ook vanuit die optiek op aankomt dat, door de overname van vele elementen uit de databank, ook daadwerkelijk het ‘substraat’ overgenomen wordt van een substantiële investering in de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van de betrokken databank. Dit menen we met name te kunnen afleiden uit de nadruk die het Hof elders legt op de investering in de samenstelling van een databank als referentiepunt bij de beoordeling of een overgenomen deel een substantieel deel uitmaakt van deze concrete databank¹⁵⁷². Deze interpretatie houdt dan met name in dat de pure omvang van het overgenomen deel in relatie tot de inhoud van de databank waaruit overgenomen werd, strikt genomen niet het doorslaggevende element zou kunnen zijn voor de vaststelling van een overname van een in kwantitatief opzicht substantieel deel.

De beoordeling of een overname van een deel van de inhoud van een databank een in *kwalitatief* opzicht substantieel deel uitmaakt van de inhoud van deze databank is volgens het Hof dan specifiek te bepalen in het licht van “*de omvang van de investering in de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van het voorwerp van de opvraging en/of het hergebruik*”¹⁵⁷³. Hier is duidelijk dat het bij deze vaststelling rond een in kwalitatief opzicht substantieel deel op aankomt dat, door de overname van de betrokken elementen uit de databank, ook daadwerkelijk het ‘substraat’ overgenomen wordt van een substantiële investering in de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van de betrokken databank. Op dit criterium van een in *kwalitatief* opzicht substantieel deel zal in de regel een beroep gedaan worden in gevallen waar het overgenomen deel geen in

clear correlation between the pre-requisite for obtaining protection and the test of infringement. The former confers protection once the necessary substantial investment has been made in obtaining, presenting or verifying. The latter simply requires an extraction or reutilisation of a substantial part of the contents of the database.”); B. COENE, “Sui-generisbescherming voor databanken. Hof van Justitie interpreteert.”, *NJW* 2005, p. 120 en G. WESTKAMP, “Protecting Databases Under US and European Law - Methodical Approaches to the Protection of Investments Between Unfair Competition and Intellectual Property Concepts”, *IIC* 2003, p. 779.

¹⁵⁶⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. DAVISON, *The legal protection of databases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 85.

¹⁵⁷⁰ Zie in dit verband: H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 69 (Onder verwijzing naar overweging 42 Richtlijn Databanken stelt het Hof daar met name “*Uit deze overweging blijkt dat de beoordeling, vanuit kwalitatief standpunt, van het substantiële karakter van het betrokken deel, evenals de beoordeling vanuit kwantitatief standpunt moet plaatsvinden met het oog op de investering in de samenstelling van de databank en de schade die de opvraging en/of het hergebruik van dit deel aan deze investering heeft toegebracht.*”).

¹⁵⁷¹ H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 70.

¹⁵⁷² Zie: H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 69 (“*...dat de beoordeling, vanuit kwalitatief standpunt, van het substantiële karakter van het betrokken deel, evenals de beoordeling vanuit kwantitatief standpunt moet plaatsvinden met het oog op de investering in de samenstelling van de databank en de schade die de opvraging en/of het hergebruik van dit deel aan deze investering heeft toegebracht.*”).

¹⁵⁷³ H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 71.

kwantitatief opzicht substantieel deel uitmaakt. Uit de rechtspraak van het Hof lijkt echter af te leiden dat het criterium van een in *kwalitatief* opzicht substantieel er niet kan toe leiden de overname van individuele elementen uit een databank als een overname van een substantieel deel te beschouwen. Het Hof geeft immers, zoals aangegeven, aan dat de intrinsieke waarde van de opgevraagde of hergebruikte elementen geen relevant criterium is voor de beoordeling of het betrokken deel een substantieel karakter heeft¹⁵⁷⁴.

Daarnaast was het in deze context dan ook niet geheel duidelijk hoe de aanwijzing van het databankenrecht *sui generis* precies te verstaan is dat het de betrokken rechthebbende ook een bevoegdheid verleent over het herhaald en systematisch ‘opvragen’ of ‘hergebruiken’ van niet-substantiële delen van de inhoud van de databank, in dien dit in strijd is met een normale exploitatie van die databank dan wel de rechtmatige belangen van deze rechthebbende ongerechtvaardigde schade zou toebrengen¹⁵⁷⁵. Ook op dit punt bood het Europees Hof van Justitie echter reeds belangrijke punten van houvast. Ten eerste verduidelijkte dit Hof dat het verbod binnen het databankenrecht *sui generis* rond het herhaald en systematisch ‘opvragen’ of ‘hergebruiken’ van niet-substantiële delen van de inhoud van de databank het volgende doel heeft: vermijden dat de personen zich langs deze weg zouden onttrekken aan de exclusieve bevoegdheid van de rechthebbende rond de opvraging en het hergebruik van substantiële delen van de betrokken databank¹⁵⁷⁶. Het begrip niet-substantieel deel van de inhoud van een databank strekt zich daarbij volgens het Hof dan uit tot ieder deel van de databank dat noch in kwantitatief opzicht noch in kwalitatief opzicht een substantieel deel uitmaakt¹⁵⁷⁷. De uitdrukkingen ‘normale exploitatie’ en ‘ongerechtvaardigde schade aan de rechtmatige belangen’ verwijzen daarbij volgens het Hof naar gedragingen waarvoor geen toestemming is gegeven, en die ertoe strekken, door het cumulatieve effect van *opvragingen*, de gehele inhoud of een substantieel deel van de inhoud van een door het *sui generis*-recht beschermde databank te reconstrueren en/of, door het cumulatieve effect van *hergebruik*, de gehele inhoud of een substantieel deel van de inhoud van een dergelijke databank ter beschikking te stellen van het publiek¹⁵⁷⁸. Het betreft dus gedragingen die op die manier ernstige schade toebrengen aan de investeringen van de samensteller in deze databank¹⁵⁷⁹.

1.2.4. Relevantie

Doorheen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, stellen we in de vierde plaats vast dat zij, met het oog op de afbakening van de zintuiglijk waarneembare manifestaties die het ‘object’ uitmaken van de exclusieve bevoegdheid die zij verlenen naar aanleiding van een resultaat van inspanningen, richtlijnen geven rond het volgende punt: de *relevantie* van een voldoende gelijkenis, op het relevante niveau van abstractie, tussen de relevante referentiekenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan dit resultaat van inspanningen en de kenmerken van een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie, om deze zintuiglijk waarneembare manifestatie ook daadwerkelijk tot dit ‘object’ te rekenen. In dit onderdeel gaan we nu dieper in op deze richtlijnen. Eerst (A.) doen we dit opnieuw voor het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht. Daarna (B.) doen we dit ook voor het databankenrecht *sui generis*. Door deze indeling willen we met name opnieuw ruimte creëren om eventuele bijzonderheden aan het licht te laten komen die samenhangen met het gegeven dat het *sui generis* recht rond databanken als enige uitdrukkelijk geen intellectuele arbeid vereist voor het toekennen van zijn bescherming.

¹⁵⁷⁴ H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 72.

¹⁵⁷⁵ Zie: art 7.5. Richtlijn Databanken en art 4, lid 2 Databankenwet; Zie de uitdrukkelijke prejudiciële vraag in dit verband in: H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 22.

¹⁵⁷⁶ H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 85-88.

¹⁵⁷⁷ H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 73.

¹⁵⁷⁸ H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 89.

¹⁵⁷⁹ H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 89.

A. Het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht

In het kader van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht stellen we vast dat het gebruikelijk is om aan te nemen dat deze intellectuele rechten vragen om de afbakening van het ‘object’ *niet alleen* te richten naar de loutere vaststelling dat een zintuiglijk waarneembare manifestatie de daartoe vereiste gelijkenis vertoont met de relevante referentiekenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *maar ook* naar een toetsing rond de relevantie van deze gelijkenis in het licht van een eventuele opname van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ van de exclusieve bevoegdheid die zij verlenen.

Een eerste aanknopingspunt binnen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht voor richtlijnen om, bij de afbakening van het ‘object’, de daadwerkelijk relevantie te toetsen van een gelijkenis die op zich zou toelaten om een zintuiglijk waarneembare manifestatie tot het ‘object’ te rekenen, is dan met name opnieuw de opvatting dat deze intellectuele rechten vragen om het ‘object’ af te bakenen in het licht van het voorliggen van door ‘ontlening’ – kennis dus – te verklaren *gelijkenis*¹⁵⁸⁰. Ook hier wordt in de regel tot het voorliggen van een dergelijke ‘ontlening’ besloten van zodra in essentie twee feiten vaststaan: ‘gelijkenis’ en ‘kennis’. Bij ‘gelijkenis’ gaat het er dan met name opnieuw om dat een zintuiglijk waarneembare manifestatie, op het door het betrokken intellectuele recht aangegeven niveau van abstractie, een voldoende relevante en substantiële gelijkenis vertoont met de incorporatie van inspanning, die bescherming geniet. Bij ‘kennis’ gaat het dan met name opnieuw om het feit dat de zonet vermelde ‘gelijkenis’ zijn verklaring moet vinden in het feit dat een persoon kennis had van de kenmerken van de betrokken incorporatie van inspanningen en deze kenmerken vervolgens overnam.

Een tweede aanknopingspunt binnen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, voor richtlijnen om bij de afbakening van het ‘object’ de relevantie te toetsen van een gelijkenis die op zich genomen inbreuk zou kunnen staven, zijn volgens ons dan opnieuw, weliswaar bediscussieerde, opvattingen waaruit een bepaald standpunt blijkt rond de inherente limieten van de door deze intellectuele rechten toegekende bescherming. Binnen het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, is in dit verband dan bijvoorbeeld opnieuw te denken aan opvattingen die inhouden dat duplicaties van incorporaties van het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, geen aanleiding kunnen geven tot ‘inbreuk’, indien ze – hoewel ze strikt genomen een ‘substantiële gelijkenis’ inhouden met ‘beschermd elementen’ op het relevante niveau van abstractie die ook te verklaren is door ‘ontlening’ – niet resulteren in een bijkomende mogelijkheid om het betrokken ‘resultaat van inspanningen’ te genieten¹⁵⁸¹. Binnen het chipsrecht is in dit verband te denken aan

¹⁵⁸⁰ Zie in dit verband bijvoorbeeld: E.-P. HEILEIN, *Die Bedeutung des Rechtsschutzes für integrierte Halbleiterschaltkreise in der Praxis. Prognose und Probleme eines sondergesetzlichen Schutzes.*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2003, p. 96; A. MEIJBOOM, “Das niederländische Gesetz über den Schutz von Halbleitertopographien”, *GRURInt* 1988, p. 925 (“*Der Gesetzgeber schließt sich hier eindeutig der urheberrechtlichen Entlehnungstheorie an, die eine Schutzrechtsverletzung nur bei nachweisbarer Entlehnung annimmt, und lehnt dementsprechend die Monopoltheorie ab, die eine Verletzung des Schutzrechts schon bei Identität zweier Werke annimmt.*”); R. STERN, “Determining Liability for Infringement of Mask Work Rights Under the Semiconductor Chip Protection Act”, *Minnesota Law Review* 1985-1986, p. 303 e.v.; Toelichting bij het Voorstel voor een Richtlijn van het Europese Parlement en de Raad betreffende de octrooierbaarheid van in computers geïmplementeerde uitvindingen, COM(2002) 92 definitief, 2002/0047 (COD), Brussel, 20.02.2002, p. 9 (Met name waar rond het computerprogramma-auteursrecht gesteld wordt: “*Het beschermt evenmin tegen de ontwikkeling van een identiek of wezenlijk identiek programma zonder de wetenschap van een bestaand auteursrecht.*”); G. VANDERSTICHELE, “Het oorspronkelijkheidscriterium in het auteursrecht op databanken” (Noot bij H.v.J. 1 maart 2012, C-604/10 (*Football Dataco et al. t. YAHOO UK*)), *I.R.D.I.* 2013, p. 95; G. WESTKAMP, *Der Schutz von Datenbanken und Informationssammlungen im britischen und deutschen Recht*, München, Verlag C.H. Beck, 2003, p. 56; Vergelijk op dit punt ook: P. NORDELL, “Das Kriterium der Doppelschöpfung im schwedischen Recht - Theorie und Praxis”, *GRUR Int.* 1997, p. 115-116.

¹⁵⁸¹ Zie in in die zin bijvoorbeeld: T. DREIER, “Perspektiven einer Entwicklung des Urheberrechts” in J. BECKER en T. DREIER, *Urheberrecht und digitale Technologie*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, p. 135 (“*Ist, wie Art. 4 (a) der EG-Richtlinie zum Rechtsschutz für Computerprogramme – und dem folgend die entsprechende Regelung des Vorschlages einer Datenbankrichtlinie – nahezu legen scheint, mit der auch nur teilweisen und vorübergehenden Vervielfältigung tatsächlich bereits jede technische Vervielfältigung zwingend*

de vraag of duplicaties of weergaves van de topografie van een halfgeleiderproduct inherent pas aanleiding kunnen geven tot ‘inbreuk’ indien ze ook daadwerkelijk ingezet worden om een halfgeleiderproduct te vervaardigen¹⁵⁸². De rode draad in deze context, is volgens ons dan met name de overweging dat de toegekende bescherming op grond van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht telkens de volgende inherente limiet kent: deze bescherming grijpt niet in zolang er geen zelfstandige, bijkomende mogelijkheid voorligt om, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomeen te genieten die teruggaan op het bescherming motiverende ‘resultaat van inspanningen’.

B. Databankenrecht *sui generis*

Ook in het kader van het databankenrecht *sui generis* is het dan allerm minst ongebruikelijk om te aanvaarden dat dit beschermingsregime vraagt om de afbakening van het ‘object’ *niet alleen* te richten naar de loutere vaststelling dat een zintuiglijk waarneembare manifestatie de daartoe vereiste gelijkenis vertoont met de relevante referentiekenmerken die een relevante referentie-incorporatie dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *maar ook* naar een toetsing rond de relevantie van deze gelijkenis in het licht van een eventuele opname van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ van de exclusieve bevoegdheid die zij verlenen.

Een eerste aanknopingspunt binnen het databankenrecht *sui generis* voor richtlijnen om, bij de afbakening van het ‘object’, de daadwerkelijk relevantie te toetsen van een gelijkenis die op zich zou toelaten om een zintuiglijk waarneembare manifestatie tot het ‘object’ te rekenen, is dan met name de opvatting dat het databankenrecht *sui generis* vraagt om het ‘object’ af te bakenen in het licht van het daadwerkelijk toe-eigenen van investeringen. Bij deze overweging gaat het er dan in wezen om dat een ‘inbreuk’ op het toegekende databankenrecht *sui generis* het volgende vereist: dat een verzameling van elementen tot stand kwam die voldoende lijkt op de inhoud van de beschermde databank, door, via een ‘directe’ of ‘indirecte’ overname van gehelen van elementen uit deze databank bij ‘opvraging’ of ‘hergebruik’, ook daadwerkelijk de ‘aggregatie-prestatie’ toe te eigenen waaraan deze eerdere databank haar bescherming dankt¹⁵⁸³. Daarbij geldt dan dat sprake is van een ‘opvraging’ of ‘hergebruik’ langs ‘directe’ weg indien deze handelingen betrekking hebben op de initiële manifestatie van de beschermde databank. Een ‘opvraging’ of ‘hergebruik’ langs ‘indirecte’ weg ligt voor indien de betrokken handelingen betrekking

*eine Vervielfältigung im Sinne des Urheberrechts? M.E. verbleibt hier außerhalb dieser sondergesetzlichen Regelungen durchaus die Möglichkeit, nicht schon jede technische Vervielfältigung als urheberrechtliche Vervielfältigung i.S.d §§ 15 Abs. 1, Nr. 1, 16 UhrG anzusehen, sondern nur diejenige, die aus wertender Sicht eine neue Möglichkeit der Werknutzung eröffnet, ...”); Uitdrukkelijk anders echter, bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 c Zustimmungsbefürftige Handlungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 6 (“Auch kann es nicht darauf ankommen, ob eine zusätzliche Nutzungsmöglichkeit geschaffen werden kann (...), da andernfalls nur gegen die auf Speichermedien erstellte Raubkopie, nicht aber auf die hiervon im Speicher vorhandene Kopie vorgegangen werden könnte (...).”).*

¹⁵⁸² Vergelijk voor deze vraagstelling bijvoorbeeld: A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p.95 e.v.; Hierbij is op te merken dat met name art. 5.3. Richtlijn Chips en art. XI.328., a) WER (oud art. 10, a) Chipswet) het in dit verband in elk geval nodig achten om uitdrukkelijk te bepalen dat het reproductierecht niet geldt voor reproducties uitsluitend voor de analyse, de evaluatie of het onderwijzen van de concepten, processen, systemen of technieken die in de topografie belichaamd zijn of van de topografie zelf.

¹⁵⁸³ Vergelijk op dit punt: H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*) r.o. 51 (“*Het gebruik van uitdrukkingen als „ongeacht op welke wijze en in welke vorm” en „elke vorm van het aan het publiek ter beschikking stellen” toont aan dat de communautaire wetgever een ruime betekenis heeft willen geven aan de begrippen opvraging en hergebruik. Deze begrippen moeten in het licht van het doel van de richtlijn dus in die zin worden uitgelegd, dat zij verwijzen naar iedere handeling die bestaat in het zich toeëigenen respectievelijk het ter beschikking stellen van het publiek, zonder toestemming van de samensteller van de databank, van de resultaten van diens investering, waardoor deze laatste inkomsten waarmee hij wordt geacht de kosten van deze investering te kunnen dekken, worden ontnomen.*”) Zie in die zin ook: T. EHMANN, „Datenbankurheberrecht, Datenbankherstellerrecht und die Gemeinschaft der Rechtsinhaber - Zugleich Besprechung von BGH Gedichttitelliste I und II“, *GRUR* 2008, p. 477.

hebben op een kopie van deze databank¹⁵⁸⁴. Om te beoordelen of een ‘directe’ of ‘indirecte’ overname uit een databank bij ‘opvraging’ of ‘hergebruik’ nu ook een toe-eigenen inhoud van de beschermde ‘aggregatie-prestatie’ doet het concrete procedé dat gebruikt werd om deze overname te realiseren weinig ter zake. Bij deze beoordeling komt het er veeleer op aan of een persoon tot een gelijkende verzameling van elementen kwam op grond van eigen inspanningen dan wel door zich de beschermde ‘aggregatie-prestatie’ toe te eigenen van een andere persoon, met name door middel van een overname van een reeds door deze andere persoon verzameld geheel van elementen dat deze beschermde aggregatie-prestatie belichaamt. Het Europees Hof van Justitie gaf in dit verband reeds aan dat het *niet* zo is dat enkel sprake zou kunnen zijn van een ‘opvraging’ bij: “*de mechanische reproductie van de inhoud van een databank of van een deel ervan via een klassiek „copy/paste”-procedé, zonder enige bewerking van de inhoud,..*”¹⁵⁸⁵. Een ‘opvraging’ doet zich volgens het Hof ook voor indien “*de gegevens uit een databank pas in een andere databank worden overgenomen na een kritische beoordeling door de betrokkene,..*”¹⁵⁸⁶. Het gegeven dat ‘inbreuk’ op het toegekende *sui generis* recht rond databanken echter vereist dat daadwerkelijk sprake moet zijn van het toe-eigenen van de beschermde aggregatie-prestatie rond de inhoud van een databank heeft echter de volgende belangrijke implicatie. De *kennis* van een persoon rond de initiële, beschermde databank én het gegeven dat deze persoon vervolgens een voldoende gelijkende verzameling van elementen maakt, volstaan op zich nog niet om binnen het *sui generis* recht rond databanken tot inbreuk te besluiten¹⁵⁸⁷. Het besluit dat inbreuk voorligt is pas mogelijk als vaststaat dat de voldoende gelijkenis van de latere verzameling van elementen inderdaad berust op een toe-eigenen van de ‘aggregatie-prestatie’ waaraan de initiële databank haar bescherming ontleent.

Een tweede aanknopingspunt binnen het databankenrecht *sui generis*, voor richtlijnen om bij de afbakening van het ‘object’ de relevantie te toetsen van een gelijkenis die op zich genomen inbreuk zou kunnen staven, zijn volgens ons dan opnieuw, weliswaar bediscussieerde, opvattingen waaruit een bepaald standpunt blijkt rond de inherente limieten van de door het databankenrecht *sui generis* toegekende bescherming. De rode draad doorheen deze overwegingen is daarbij dat in sommige gevallen, ondanks een ‘directe’ of ‘indirecte’ overname van substantiële delen van de inhoud van een databank, toch geen ‘inbreuk’ zou voorliggen omdat deze overname niet leidt tot een bijkomende, zelfstandige mogelijkheid om de ‘aggregatie-prestatie’ te genieten rond de inhoud van deze databank. Vanuit die logica wordt dan soms aangegeven dat de hoeveelheid tijdelijke duplicaties van elementen die technisch noodzakelijk zijn bij een concrete raadpleging van een beschermde databank, misschien toch niet als absolute graadmeter kan dienen om te beoordelen of sprake is van een opvraging van een in kwalitatief of kwantitatief

¹⁵⁸⁴ H.v.J. 9 november 2004 C-203/02 (*BHB t. William Hill*) r.o. 52 (“*In deze context en in tegenstelling tot het standpunt van William Hill en de Belgische en de Portugese regering, kunnen de begrippen opvraging en hergebruik niet worden beperkt tot de gevallen waarin de opvraging en het hergebruik rechtstreeks geschieden vanuit de oorspronkelijke databank, omdat anders de samensteller van de databank niet wordt beschermd tegen het zonder toestemming kopiëren vanuit een kopie van zijn databank.*”).

¹⁵⁸⁵ H.v.J 9 oktober 2008 C-304/07 (*Directmedia Publishing t. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*), r.o. 40.

¹⁵⁸⁶ H.v.J 9 oktober 2008 C-304/07 (*Directmedia Publishing t. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*), r.o. 45.

¹⁵⁸⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: H.v.J 5 maart 2009, C-545/07 (*Apis-Hristovich t. Lakorda*) r.o. 51 (“*De door de verwijzende rechter ook in zijn vierde vraag vermelde omstandigheid dat materiële en technische kenmerken in de inhoud van een databank ook zijn terug te vinden in de inhoud van een andere databank, kan worden opgevat als een aanwijzing dat er sprake is van overbrenging tussen deze twee databanken en dus van opvraging. Zoals Lakorda heeft opgemerkt, staat het evenwel aan deze rechter na te gaan of andere factoren, zoals het gebruik van dezelfde bronnen voor de samenstelling van de twee databanken en de aanwezigheid van deze kenmerken in die gemeenschappelijke bronnen, deze gelijkvormigheid eventueel kan verklaren.*”); Zie ook: T. EHMANN, „Datenbankurheberrecht, Datenbankherstellerrecht und die Gemeinschaft der Rechtsinhaber - Zugleich Besprechung von BGH Gedichttitelliste I und II“, *GRUR* 2008, p. 477 (“*Im Ergebnis liegt bezüglich der Gedichtsammlung keine Rechtsverletzung vor, da das Datenbankherstellerrecht nicht gegen die Entnahmen aus anderen Quellen nach Kenntnisnahme von der Datenbank der Klägerin schützt*”...“*Sofern also die Beklagte sich die Elemente selbst aus anderen Quellen zusammengesucht (beschafft), sie selbst überprüft und angeordnet hat, hat sie auch nicht in die Datenbank als Substrat der schutzwürdigen Investitionsleistung der Klägerin eingegriffen. Dies gilt selbst dann, wenn er wegen der Kenntnis der Datenbank der Kläger geringere Kosten im Rahmen ihrer Auswahlentscheidung hatte.*”); Vergelijk: E. DERCLAYE, “Database Sui Generis Right: What Is a Substantial Investment? A Tentative Definition”, *I.I.C.* 2005, p. 21 (“*This is because the making of a database of pre-existing elements does not create a monopoly. These elements are still collectable by anyone interested in making an identical or similar database. Like copyright and unlike patent law, the sui generis right is only an anti-copying right.*”).

opzicht substantieel deel van de betrokken databank¹⁵⁸⁸. Vanuit een dergelijke logica van de inherente limieten van de toegekende bescherming werd ook reeds geargumenteed dat geen sprake zou zijn van een inbreuk op de bescherming die een databank ontleent aan het databankenrecht *sui generis*, indien een overname van elementen uit deze databank niet tot doel had om vervolgens opgenomen te worden in een andere databank. Deze laatste argumentatie heeft het Hof van Justitie echter duidelijk afgewezen. Het doel van de overname van elementen is volgen het Hof irrelevant om te beoordelen of er al dan niet sprake is van inbreuk op de bescherming ontleend aan het databankenrecht *sui generis*¹⁵⁸⁹. Het criterium in dit verband is volgens het Hof veeleer of de overname van een verzameld geheel van elementen al dan niet gepaard gaat met het zich toe-eigenen van de beschermde ‘aggregatie-prestatie’ die belichaamd is in dit verzameld geheel van elementen¹⁵⁹⁰.

2.3. De wenselijkheid van de specialisatie door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken

Op grond van de vorige twee onderdelen bespreken we nu concreet of de wenselijkheid van de ‘specialisatie’, doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, dan kan volgen uit het volgende: de verschillende invulling die zij, in vergelijking met het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen rond parasitaire mededinging, geven aan de typische parameters binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ die de beoordeling beheersen rond de afbakening van het ‘object’. Daarbij gaan we dus met name na of deze *sui generis* intellectuele rechten op dit vlak een verschillende aanpak hanteren die, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, te analyseren is als een mogelijk argument om de wenselijkheid te staven, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, van de specialisatie die zij doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht. Dit betekent dus dat we de betrokken beschermingsregimes bij deze analyse evalueren als middelen om de specifieke soort investeringsbescherming te verlenen die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van de intellectuele rechten en het ingrijpen tegen parasitaire mededinging.

Onze bespreking in dit verband delen we opnieuw op in twee fasen. Eerst (2.3.1.) inventariseren we de eventuele verschillen die vast te stellen zijn tussen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, enerzijds, en het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen rond ‘parasitaire mededinging’, anderzijds, op het vlak van de invulling die zij geven aan de parameters die de beoordeling beheersen rond de afbakening van de groep zintuiglijk waarneembare manifestaties waarrond zij eventueel een bevoegdheid verlenen. Daarna (2.3.2.) bespreken we of de vastgestelde verschillen op dit vlak, binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, duiden op een wenselijke specialisatie doorgevoerd door de betrokken *sui generis* intellectuele rechten.

2.3.1. Overzicht van de ‘specialisatie’ doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten

Het is al evenmin steeds eenvoudig om te bepalen *of en in welke mate* in de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken nu daadwerkelijk, in vergelijking met het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen rond ‘parasitaire mededinging, een verschillende invulling te lezen is van de parameters die de afbakening beheersen van hun ‘object’. De verklaring hiervoor is ook in dit geval dat er, zoals hierboven besproken, vaak discussie bestaat rond de interpretatie die te geven is aan de concrete bepalingen en

¹⁵⁸⁸ Sommige auteurs geven in dit verband aan dat het *sui generis* recht rond databank weliswaar geen uitdrukkelijke uitzondering rond tijdelijke technische reproductiehandelingen bevat, maar dat de factoren die relevant zijn binnen deze uitdrukkelijke uitzondering, tot op zekere hoogte ook relevant kunnen zijn bij de interpretatie van de uitdrukkelijke uitzonderingen die wel opgenomen zijn binnen het *sui generis* recht rond databank. Zie op dit punt: D. THUM, “UrhG § 87c Schranken des Rechts des Datenbankherstellers ” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 44 en T. DREIER, “UrhG § 87 c Schranken des Rechts des Datenbankherstellers” in T. DREIER en SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 1.

¹⁵⁸⁹ Zie bijvoorbeeld: H.v.J 5 maart 2009, C-545/07 (*Apis-Hristovich t. Lakorda*), r.o. 46 (“Voorts is het doel van de overbrenging irrelevant voor de beoordeling of er sprake is van opvraging. Zo is het van weinig belang dat de betrokken overbrenging de samenstelling van een andere, al dan niet met de oorspronkelijke databank concurrerende databank tot doel heeft, dan wel in het kader van een andere, al dan niet commerciële activiteit dan de samenstelling van een databank plaatsvindt”).

¹⁵⁹⁰ H.v.J 5 maart 2009, C-545/07 (*Apis-Hristovich t. Lakorda*), r.o. 40.

beginselen binnen de betrokken beschermingsregelingen die aangeven welke groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties onder hun bescherming valt. Deze discussie zorgt dan opnieuw voor onduidelijkheid rond de precieze invulling die de betrokken beschermingsregelingen, via deze concrete bepalingen en beginselen, geven aan de parameters die de afbakening beheersen van hun bescherming op dit punt.

Het vastleggen van de relevante referentiekenmerken die, binnen een relevante referentie-incorporatie van het bescherming motiverend resultaat van inspanningen, als geschikt uitgangspunt gelden om de groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties af te bakenen die onder de toegekende bescherming vallen, is dan het punt waarrond de vaststelling nog het eenvoudigst is of de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken op dit vlak blijken geven van een eigen benadering. In dit verband stellen we immer vast dat deze *sui generis* intellectuele rechten als principe de richtlijn geven om, zoals *mutatis mutandis* ook het auteursrecht en het octrooirecht doen, die kenmerken op te sporen binnen de betrokken relevante referentie-incorporatie die reeds op zichzelf blijken kunnen geven van het bescherming motiverend resultaat van inspanningen. Hierbij is dan uiteraard wel op te merken dat het concrete resultaat van de toepassing van de zonet aangehaalde richtlijn zal verschillen naargelang de betrokken *sui generis* intellectuele rechten, het auteursrecht en het octrooirecht er een eigen benadering op nahouden op het vlak van het vastleggen van wat zij als een bescherming motiverend resultaat van inspanningen aanvaarden en wat zij als een relevante referentie-incorporatie aanvaarden van dit resultaat van inspanningen.

Op het vlak van de te hanteren graad van abstractie bij de afbakening van de toegekende bescherming is het daarentegen al veel moeilijker om in kaart te brengen in welke mate de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken blijken geven van een eigen aanpak op dit punt. Het is daarbij met name opnieuw moeilijk om de aanpak in dit verband binnen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht te situeren tegenover de benadering op dit punt die het auteursrecht beheerst, omdat we, zoals aangegeven, binnen elk van deze intellectuele rechten op discussie stoten rond de volgende vraag: de mate waarin zij voor het toekennen en afbakenen van hun bescherming ook een hoger niveau van abstractie relevant achten dan de concrete vormgeving. In het kader van het databankenrecht *sui generis* beschikken we opnieuw over relatief weinig aanwijzingen rond de te hanteren graad van abstractie bij de afbakeningen van de bescherming op grond van dit beschermingsregime.

Met betrekking tot de mate van gelijkenissen die als maatstaf dient bij het afbakenen van de toegekende bescherming, is het dan evenmin voor de hand liggend om te bepalen in hoeverre de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken blijken geven van een verschillende aanpak op dit vlak. Ook hier is het immers met name niet eenvoudig om te bepalen in welke mate het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, ditmaal met hun norm van een 'substantiële gelijkenis' dan inderdaad, zoals sommigen zoals aangegeven wenselijk achten, een andere drempel hanteren als het auteursrecht doet op dit vlak met zijn criterium van een 'substantiële gelijkenis'. Rond het databankenrecht *sui generis* stellen we vast dat de meningsverschillen rond de interpretatie van de notie van een 'in kwantitatief of kwalitatief opzicht substantieel deel', meningsverschillen die in wezen terug gaan op interpretatievragen rond het vereiste van een 'in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantiële investering', het opnieuw moeilijk maken om de eventuele eigen aanpak van dit beschermingsregimes op dit punt precies te situeren tegenover bijvoorbeeld het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging' of het auteursrecht.

Tenslotte, is het evenmin eenvoudig om precies te bepalen in welke mate de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken er een eigen benadering op nahouden op het vlak van de toetsing die zij doorvoeren rond, kort gezegd, de concrete relevantie van een voldoende gelijkenis om inbreuk vast te stellen. Daarbij is het niet moeilijk om vast te stellen dat het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, net als het auteursrecht en anders als het octrooirecht, vragen dat sprake is van 'ontlening', door kennis te verklaren gelijkenis dus, om een zintuiglijk waarneembare manifestatie tot het 'object' te rekenen. Hoewel het databankenrecht *sui generis* weinig aanwijzingen biedt in dit verband, laat zich, zoals aangegeven, ook nog vaststellen dat dit beschermingsregime, voor de beoordeling of zintuiglijk waarneembare manifestatie tot het 'object' te rekenen zijn, vraagt om een voldoende gelijkenis daartoe *niet* verder te toetsen op het feit of deze gelijkenis te verklaren is door *kennis* van de databank die aanleiding gaf tot bescherming maar *wel*

op het gegeven of deze gelijkenis zijn verklaring vindt in een direct of indirect opvragen of hergebruiken uit deze databank dat leidt tot het zich toe-eigenen van de bescherming motiverende, aggregatie-prestatie rond deze databank. Deze benadering doet het databankenrecht *sui generis* daarbij dan afwijken van zijn gerichtheid op het concept van een intellectueelrechtelijke bescherming en eerder gelijkenissen vertonen met de benadering die we op dit vlak aantreffen binnen het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’. Het is echter veel moeilijker om te bepalen in hoeverre de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, met name in vergelijking met het auteursrecht en het octrooirecht, een eigen benadering hanteren rond het volgende punt: de concrete relevantie van een voldoende gelijkenis om inbreuk vast te stellen, zoals aangegeven, laten afhangen van het voorliggen van een zelfstandige, bijkomende mogelijkheid om, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomeen te genieten die teruggaan op het bescherming motiverende resultaat van inspanningen.

In het licht van de zonet aangehaald discussiepunten, is het dus moeilijk om exact de ‘specialisatie’ in kaart te brengen die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, door de invulling die zij geven aan de parameters die de afbakening beheersen van het ‘object waarover zij een bevoegdheid verlenen. Welke ‘specialisatie’, welke eigen aanpak deze *sui generis* intellectuele rechten op dit vlak met zich meebrengen binnen het intellectuele eigendomsrecht is opnieuw sterk afhankelijk van de interpretatie die precies gegeven wordt aan de betrokken bepalingen en beginselen binnen deze *sui generis* intellectuele rechten en aan de bepalingen en beginselen waarmee de overige beschermingsregimes binnen het intellectuele eigendomsrecht aangeven over welke groep zintuiglijk waarneembare manifestaties ze een bevoegdheid kunnen verlenen.

2.3.2. Evaluatie van de specialisatie vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’

Vervolgens evalueren we nu of de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, in vergelijking met het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, blijk geven van een verschillende aanpak rond het afbakenen van de groep zintuiglijk waarneembare manifestaties waarover zij een bevoegdheid verlenen, hun ‘object’, waarrond het volgende geldt: binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, is dit verschil in benadering te analyseren als een mogelijk argument om de wenselijkheid te staven, van de specialisatie die deze *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht. Daarbij gaan we dus in wezen opnieuw na of deze *sui generis* intellectuele rechten, ditmaal op dit specifieke vlak, blijk geven van een verschillende inhoud of mate van precisering van gedragsvoorschriften waarvan aannemelijk is dat deze een bijdrage levert tot een meer gerechtvaardigde regeling die opweegt tegen de juridische inspanningen die deze *sui generis* intellectuele rechten veroorzaken door de hogere graad van differentiatie van gedragsvoorschriften die zij teweegbrengen binnen het intellectuele eigendomsrecht.

Om de zonet omschreven evaluatie uit te voeren, achten we het dan met name ook hier aangewezen om ons te focussen op de volgende vraag: of de concrete bepalingen en beginselen van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken de nodige aanknopingspunten en interpretatieruimte bieden om aan te nemen dat zij, op het vlak van het afbakenen van het ‘object’ waarover zij een bevoegdheid verlenen, een aanpak *kunnen* hanteren die verschilt van deze binnen het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen rond ‘parasitaire mededinging’ en die, binnen de focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, ook de wenselijkheid van hun ‘specialisatie’ kan helpen verantwoorden. Deze benadering moet met name toelaten om, bij de beoogde evaluatie, de hierboven aangehaalde moeilijkheid te neutraliseren dat de vele discussiepunten rond de interpretatie van deze *sui generis* intellectuele rechten het vaak allerm minst eenvoudig maken om een eenduidig beeld te verkrijgen rond de invulling die deze *sui generis* intellectuele rechten geven aan de parameters die de afbakening beheersen van het ‘object’ waarover zij een bevoegdheid verlenen.

Als referentiepunt om bij de zonet beschreven evaluatie de *mogelijke* invulling te beoordelen die de interpretatie van de concrete bepalingen en beginselen van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken toelaat van de parameters die de afbakening beheersen van het ‘object’, richten we ons dan ook in dit geval naar het volgende: de hierboven besproken theoretische modellen van een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht die de betrokken *sui generis* intellectuele rechten volgens de

systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dienen te implementeren opdat hun ingrijpen een *valabele* en *noodzakelijke* differentiatie zou uitmaken van de concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, met het oog op een, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht gericht op het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Rond (A.1.) het chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht richten we ons dus ook in dit geval naar het theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving gebonden is aan een concrete vormgeving. In het geval van (A.2.) het databanken *sui generis* is onze leidraad opnieuw het theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’.

A. De sui generis intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en de structuur van databanken

Volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dienen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht dus het theoretische model te implementeren van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving, gebonden is aan een concrete vormgeving. De motivatie hiervoor is, zoals aangegeven, in wezen dat bij chips, computerprogramma's en de structuur van databanken vaak sprake is van resultaten van *intellectuele* arbeid die gericht zijn op het bedenken van bepaalde vormkenmerken die hen geschikt moeten maken om een bepaalde functionele taak te vervullen en dat deze resultaten van intellectuele arbeid kwetsbaar zijn voor ‘imitatievoordeel’.

In wat volgt, bespreken we nu hoe de concrete bepalingen en beginselen die, binnen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, de afbakening sturen van het ‘object’ waarover zij een bevoegdheid verlenen, zo te verstaan zijn dat deze intellectuele rechten zo goed mogelijk de opdracht vervullen van het implementeren van het zonet vermelde theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving, gebonden is aan een concrete vormgeving. Daarbij geven we dan met name aan welke interpretatie van deze concrete bepalingen en beginselen maakt dat hun aanwijzingen zo goed mogelijk aansluiten bij de concrete invulling die zij, volgens de systematiek rond imitatievoordeel ook behoren te geven aan de parameters binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ die de afbakening van het ‘object’ beheerst, om bij het sturen van deze afbakening passend rekening te houden: 1.) met de algemene richtlijnen die deze systematiek in dit verband voorschrijft voor het afstellen van het ingrijpen van intellectuele rechten en 2.) met de accenten die bij een afstelling volgens deze richtlijnen aan de orde zijn om tot een implementatie te komen van het specifieke theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving, gebonden is aan een concrete vormgeving. Bij deze bespreking geven we dan ook telkens aan in welke mate de zonet beschreven, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, meest wenselijke interpretatie van de concrete bepalingen en beginselen van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, rond het afbakenen van het ‘object’, ook vraagt om aan te nemen dat deze *sui generis* intellectuele rechten, bij de betrokken afbakening van het ‘object’ waarover zij een bevoegdheid verlenen, een verschillende benadering hanteren, in vergelijking met het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, waarrond het volgende geldt: binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, is dit verschil in benadering te analyseren als een mogelijk argument om de wenselijkheid te staven, van de specialisatie die deze *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht.

A.1. Relevante referentiekenmerken

Met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afbakening van het ‘object’, via de denkoperatie rond ‘gelijkenissen’, dient een intellectueel recht zich volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, zoals aangegeven, aan de volgende richtlijn te houden bij zijn invulling van de parameter rond de relevante referentiekenmerken binnen de relevante-referentie incorporatie: het intellectuele recht moet deze parameter zo invullen dat enkel de zintuiglijk waarneembare kenmerken van de relevante-referentie incorporatie die, op zich genomen, de beslissing tot het toekennen van bescherming kunnen verantwoorden in het licht van de ‘denkoperatie rond verschillen’, ook als uitgangspunt kunnen fungeren voor de afbakening van het ‘object’ van de verleende exclusieve bevoegdheid in het kader van de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’. De invulling die deze richtlijn voorstaat van de betrokken parameter rond de relevante referentiekenmerken binnen de relevante-referentie incorporatie is daarbij volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, zoals aangegeven, immers met name aangewezen om het volgende toe te laten: dat de vaststellingen rond het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid die de uitvoering van de ‘denkoperatie rond verschillen’ aannemelijk maakte op basis van de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen een relevante referentie-incorporatie, ook naadloos kunnen doorvloeien in de afbakening van het ‘object’ via de uitvoering van de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ ten aanzien van diezelfde relevante referentie-incorporatie. Doorheen het auteursrecht, het octrooirecht, het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht stellen we dan vast dat hun hierboven besproken, gebruikelijke invulling van de betrokken parameter rond de relevante referentiekenmerken binnen de relevante-referentie incorporatie, telkens in wezen aansluit bij de zonet vermelde richtlijn die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ op dit punt voorschrijft. De systematiek rond ‘imitatievoordeel’ acht dit wenselijk aangezien er volgens haar, zelf met het oog op een *valabele* en *noodzakelijke* differentiatie van beschermingsregimes binnen het intellectuele eigendomsrecht, geen reden is om intellectuele rechten een uiteenlopende invulling te laten geven aan de betrokken parameter.

A.2. Relevante graad van abstractie

Bij de invulling van de parameter rond de relevante graad van abstractie, binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’, behoort een intellectueel recht zich, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, zoals aangegeven, aan de volgende richtlijn te houden met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afbakening van het ‘object’: het intellectueel recht moet deze parameter zo invullen dat het, langs deze weg, vraagt om het niveau van abstractie van de ‘vormgeving’ dan wel het niveau van abstractie van het ‘uitgewerkte idee’ als leidraad te nemen bij het afbakenen van het ‘object’, naargelang rond dit intellectuele recht de initiële beleidskeuze gemaakt werd om dit bescherming te laten verlenen naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan het ‘aanwendingsscala’ te situeren is op, respectievelijk, het niveau van de concrete ‘vormgeving’ dan wel het niveau van het ‘uitgewerkte idee’. Voor het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht betekent dit volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan met name dat zij concreet het volgende moeten doen in het kader van deze richtlijn, zoals deze toepassing vindt op het omzetten van het hierboven besproken theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van *intellectuele arbeid* waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving gebonden is aan een concrete vormgeving: aangeven dat bij de afbakening van het ‘object’ enkel het niveau van abstractie van de concrete vormgeving relevant is en niet het niveau van abstractie van de uitgewerkte of abstracte ideeën. Voor de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, volgt dit dan met name opnieuw rechtstreeks uit haar, hierboven besproken, analyse dat het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht zich naar het betrokken theoretische model dienen te richten om een *valabele* en *noodzakelijke* ‘differentiatie’ door te voeren in de concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht. Gezien de initiële beleidskeuze om de betrokken intellectuele rechten bescherming te laten verlenen specifiek naar aanleiding van resultaten van *intellectuele arbeid* waarvan het ‘aanwendingsscala’ te situeren is op het niveau van de concrete ‘vormgeving’, laat enkel een afbakening van het ‘object’ strikt op het niveau van abstractie van de concrete vormgeving dan toe om op passende wijze, met name met voldoende oog voor de ‘basiscausaliteit’ van het

betrokken ingrijpen¹⁵⁹¹, ‘imitatieoordeel’ te traceren en te neutraliseren rond deze resultaten van *intellectuele arbeid*.

Volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ is het relevante niveau van abstractie ten aanzien van zintuiglijk waarneembare kenmerken bij het toekennen en afbakenen van de intellectueelrechtelijke bescherming op grond van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, zoals aangegeven, dus de ‘concrete vormgeving’ die zich laat vaststellen in het licht van concrete zintuiglijk waarneembare manifestaties dan wel het ‘weefsel’ dat zintuiglijk waarneembare manifestaties samenhoudt¹⁵⁹². Rond het chipsrecht neemt de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan met name, zoals aangegeven, aan dat het niveau van abstractie van de ‘concrete vormgeving’, als relevant niveau van abstractie voor het verlenen en afbakenen van zijn bescherming, zich uitsluitend te richt heeft naar de vorm van de afzonderlijk schakelcomponenten binnen een halfgeleiderproduct, de situering en ordening van deze schakelcomponenten binnen dit halfgeleiderproduct, en de manier waarop deze schakelcomponenten binnen dit halfgeleiderproduct met elkaar verbonden zijn tot een schakeling¹⁵⁹³. Binnen het computerprogramma-auteursrecht is volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, zoals gezegd, aan te nemen dat het niveau van abstractie van de ‘concrete vormgeving’, als relevant niveau van abstractie voor het verlenen en afbakenen van zijn bescherming, enkel getypeerd is door de opeenvolging van binaire toestanden binnen zintuiglijk waarneembare manifestaties die de instructies belichamen van dit computerprogramma of door de beschrijvingen van de instructies van een computerprogramma in doelcode of broncode, in beide gevallen, met inbegrip van de onderlinge ordening die daarbij vast te stellen is tussen delen van deze code of delen van deze opeenvolging van binaire toestanden¹⁵⁹⁴. In het kader van het databanken-auteursrecht

¹⁵⁹¹ Bij dit principe van ‘basiscausaliteit’ gaat het er dan zoals aangegeven om te bereiken dat de concrete gevallen waarin een persoon zich kan beroepen op het ingrijpen van dit intellectuele recht, gelijke tred houden met de concrete gevallen waarin de inspanningen van deze persoon ook daadwerkelijk aan de basis liggen van, respectievelijk, een toegenomen geschiktheid van schaarse middelen tot behoeftebevrediging dan wel iets wat te beschouwen is als de ‘vrucht’ van zijn arbeid.

¹⁵⁹² Het specifieke ‘weefsel’ is daarbij, zoals aangegeven, gebonden aan en bepaald door de concrete zintuiglijk waarneembare manifestaties die het samenhoudt. Dit maakt dat het ‘weefsel’ dus ook niet gelijkstaat met een uitgewerkt idee om zintuiglijk waarneembare manifestaties te verbinden. Het komt er volgens ons dus zoals gezegd bijvoorbeeld concreet op neer dat het ‘weefsel’, voorgesteld door “-” tussen “a-a” niet hetzelfde is als het weefsel tussen “A-A”. Anders zou het ‘weefsel’ immers overeenkomen met het uitgewerkte idee om letters te verbinden door “-”. Voor een gelijkaardige benadering, vergelijk bijvoorbeeld: C. BERKING, “Die Unterscheidung von Inhalt und Form im Urheberrecht” in M. Reh binder, (ed.) *Schriftenreihe des Archivs für Urheber- und Medienrecht (UFITA)*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, p. 155 e.v..

¹⁵⁹³ Zie in die zin, zoals aangegeven, bijvoorbeeld ook: N. VON WERDT, *Ausgewählte Probleme zum Topographienschutz von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen. Der Schutzgegenstand und die Schutzvoraussetzungen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, p. 65 (“Damit stellen wir zusammenfassend fest: Die Topographie ist das Muster, das sich aus der Anordnung von Bausteinen zu einer integrierten Schaltung ergibt, wobei die Anordnung der Bausteine oder die Form der Bausteine oder beide zusammen das Muster bestimmen.”).

¹⁵⁹⁴ Zie in die zin, zoals aangegeven, bijvoorbeeld ook: D. KARJALA, “A Coherent Theory for the Copyright Protection of Computer Software and Recent Judicial Interpretations”, *U.Cin.L.Rev.* 1997-1998, p. 65-66 (“... , there exists a social policy basis for protecting computer programs, notwithstanding their functional nature, under copyright. That policy, however, also clearly indicates how copyright protection in programs and their interfaces should be limited to avoid upsetting the careful balance between copyright and patent that has evolved over time. The short answer is that the program copyright should protect only the literal code and mechanical or electronic translations of code.”); G. LUNNEY, “Lotus v. Borland: Copyright and Computer Programs”, *Tulane Law Review* 1995-1996, 2431-2432 (Die aangeeft dat een “undue copying advantage” bij computerprogramma's reeds kan vermeden door een optreden ten aanzien van mechanisch of bijna exact kopiëren van code.); E. ULMER en G. KOLLE, “Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen”, *GRURInt* 1982, p. 494 e.v. (o.a.: p.497: “Unzweifelhaft ist aber, daß jedenfalls das konkrete wissenschaftliche Werk in seinem Aufbau, in der Fülle seiner Gedanken und Beispiele und ihrer Beziehung zueinander geschützt ist. Kurz gefaßt: Geschützt ist das durch Inhalt und Form bestimmte Gewebe des Werkes. Der Schutz erstreckt sich dabei, urheberrechtlichen Grundsätzen entsprechend, auch auf die Bearbeitungen, wie Übersetzungen, Kürzungen und andere Umgestaltungen, unter der Voraussetzung, daß die wesentlichen Züge des Werkes übernommen werden. Für die Computerprogramme ergibt sich daraus, daß die abstrakten Elemente, auf denen die Programme beruhen, die mathematischen Prinzipien, die Regelmethode, der in der Fachsprache sogenannte “Algorithmus” als solche, keine geschützten Werke sind. Wie

is volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, zoals aangegeven, aan te nemen dat het niveau van abstractie van de ‘concrete vormgeving’, als relevant niveau van abstractie voor het verlenen en afbakenen van zijn bescherming, enkel getypeerd is door de daadwerkelijke, zintuiglijk waarneembare ordening tussen de specifieke elementen die opgenomen zijn binnen de databank¹⁵⁹⁵. Volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ is dus aan te nemen dat de betrokken bepalingen en beginselen binnen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht dus vragen om de afbakening van het ‘object’ van de door deze intellectuele rechten verleende exclusieve bevoegdheid strikt te richten naar een lager niveau van abstractie dan het niveau van abstractie waarop het octrooirecht en, onder omstandigheden, het auteursrecht aansturen op dit punt.

A.3. Voldoende gelijkenis

Met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afbakening van het ‘object’, via de denkoperatie rond ‘gelijkenissen’, behoort een intellectueel recht zich volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, zoals aangegeven, aan de volgende richtlijn te houden bij zijn invulling van de betrokken parameter rond gelijkenissen: het intellectuele recht moet deze parameter zo invullen dat een zintuiglijk waarneembare manifestatie pas binnen het ‘object’ kan vallen indien de zintuiglijk waarneembare kenmerken van deze manifestatie een gelijkenis vertonen tegenover de, aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid te danken, relevante referentiekenmerken binnen de relevante referentie-incorporatie die, bekeken op het voor het betrokken intellectuele recht relevante niveau van abstractie en op het vlak van hun capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, een voldoende gelijkenis is om aannemelijk te maken dat de capaciteit van de betrokken zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen deze manifestatie om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen zou kunnen te danken zijn aan het betrokken, bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid. Bij de invulling van deze parameter rond gelijkenissen komt het er volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dus in wezen op aan om, weliswaar opnieuw in interactie met de overige parameters binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’, aan te sturen op de volgende,

bereits dargestellt, gehen aber die algorithmischen Lösungselemente unmittelbar in die konkrete Gestalt des Programms ein und sind infolgedessen mitbestimmend für das individuelle Gepräge des Programms. In ihrer konkreten Verschmelzung mit dem einzelnen Programm werden sie daher vom Urheberrechtsschutz miteingefasst. Die Benutzung des Algorithmus ist frei, wird aber bei einer allein darauf aufbauenden, eigenständigen Programmschöpfung nicht dazu führen, daß jüngeres und geschütztes Programm in ihren wesentlichen Zügen identisch sind.”); Vergelijk ook: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 a Gegenstand des Schutzes” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 23-25 (“Die Ausdrucksform erfasst neben den Programmdateien des Maschinen-, Objekt- oder Quellcodes (...) vor allem die innere Struktur und Organisation des Computerprogramms. Eine wahrnehmbare Ausdrucksform des Computerprogramms kann auf allen Entwicklungsstufen vorliegen (...). Dem Urheberschutz zugänglich sind auf der Ebene des Programmcodes und der niedrigsten Abstraktion zunächst die konkrete Sammlung, Auswahl und Gliederung der Befehle (...). Abzugrenzen ist diese Leistung vom nicht schutzfähigen Algorithmus im engeren Sinne (...). Die konkrete Befehlsfolge und -auswahl entspricht dem, was teils – wenn auch sprachlich unpräzise – als Implementationsalgorithmus bezeichnet wird (...). Der BGH hat (noch zum alten Recht) zu verstehen gegeben, dass er nicht nur den Programmcode, sondern auch das Gewebe des Computerprogramms für schutzfähig hält (...).”) en T. DREIER, “UrhG § 69 a Gegenstand des Schutzes” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 21 (“Schutzfähig ist zunächst das Programm in seiner konkreten Form. Der Schutz besteht jedoch nicht allein gegen die bloße 1: 1-Kopie, sondern darüber hinaus auch gegen die Übernahme mit unwesentlichen Abweichungen in der Codeform sowie gegen die Übernahme für das Programm wesentlicher inhaltlicher Strukturelemente, wie sie etwa in der besonderen Gliederung des Programmablaufs, der Anordnung der einzelnen Programmelemente und ihrem Zusammenwirken zum Ausdruck kommen.”).

¹⁵⁹⁵ Zie in die zin, zoals aangegeven, bijvoorbeeld ook: A. QUAEDVLIEG, “Onafhankelijk, geordend en toegankelijk: het object van het databankenrecht in de richtlijn”, *AMI* 2000, p. 183; H. HABERSTUMPF, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz”, *GRUR* 2003, p. 22 (“Schutzgegenstand ist die schöpferisch strukturierte Sammlung, die im logischen Datenmodell einer Datenbank konkretisiert ist. Allgemeine Ideen oder Grundsätze, etwa die in der Informationstheorie entwickelten Verfahren zur Entwicklung und Strukturierung von Datenbanken, die einem konkreten Modell zu Grunde liegen, werden vom Schutz nicht erfasst.”) en H. VANHEES, “De juridische bescherming van databanken” (noot bij Brussel, 3 mei 2000), *I.R.D.I.* 2001, p. 41 (“Dit blijkt ook zeer duidelijk uit art. 5, aanhef richtlijn databanken, waar bepaald wordt dat de maker van een databank een aantal exclusieve rechten bezit m.b.t. de voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komende uitdrukingsvorm van de databank.”).

bipolaire beoordeling: in het licht van de betrokken gelijkenissen is *wel* of *niet* aannemelijk dat de betrokken zintuiglijk waarneembare kenmerken hun capaciteit tot het teweegbrengen van gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen zouden danken aan het betrokken, bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid. Deze richtlijn dienen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, ook aan te houden met het oog op het implementeren van het hierboven besproken theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van *intellectuele arbeid* waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving gebonden is aan een concrete vormgeving. De achterliggende redenering hierbij, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, is dan met name, zoals aangegeven, dat voldoende gelijkenissen, ingebed binnen een test rond door ‘kennis’ te verklaren ‘gelijkenis’ bekeken op het relevante niveau van abstractie, weliswaar een zo objectieve mogelijke indicator vormen rond ‘imitatieoordeel’ ten aanzien van resultaten van intellectuele arbeid, maar ook geen indicator vormen die volledig vrij is van in wezen subjectieve appreciaties. Met name het ingrijpen van een intellectueel recht in deze context een onderscheiden afstelling geven in het licht van beoordelingen rond het bestaan van onderscheiden graden van gelijkenissen, zet volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, zoals gezegd, al snel aan tot een afstelling van het betrokken ingrijpen die al te veel steunt op subjectieve appreciaties. In die zin acht de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ het dus aangewezen om aan te nemen dat het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht met het inbreuk-criterium van een ‘substantiële gelijkenis’, weliswaar in interactie met hun specifieke invulling van de overige parameters binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’, aansturen op de volgende, bipolaire beoordeling: in het licht van de betrokken gelijkenissen is *wel* of *niet* aannemelijk dat de betrokken zintuiglijk waarneembare kenmerken hun capaciteit tot het teweegbrengen van gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen zouden danken aan het betrokken, bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid. Op dat vlak dienen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dus uiteindelijk ook aan te sturen op dezelfde benadering, dezelfde bipolaire beoordeling, als ook het octrooirecht en het auteursrecht doen tegen de achtergrond van hun specifieke invulling van de overige parameters binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’.

A.4. Relevantie van voldoende gelijkenis

Bij de invulling van de parameter rond de concrete relevantie van voldoende gelijkenis, binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenis’, dient een intellectueel recht zich, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, zoals aangegeven, aan de volgende richtlijn te houden met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afbakening van het ‘object’: het intellectuele recht moet deze parameter zo invullen dat een zintuiglijk waarneembare manifestatie pas binnen het ‘object’ kan vallen indien de voldoende ‘gelijkenis’ die deze zintuiglijk waarneembare manifestatie daartoe vertoont tegenover de, aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid te danken, relevante referentiekenmerken binnen de relevante referentie-incorporatie, 1.) ook een gelijkenis is die zijn verklaring kan vinden in *kennis* van eerdere zintuiglijk waarneembare kenmerken die te danken zijn aan dit bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid en 2.) ook een gelijkenis is die maakt dat deze zintuiglijk waarneembare manifestatie een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen toelaat dat in wezen mogelijk gemaakt is door het bescherming motiverende ‘resultaat’ van intellectuele arbeid, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van het betrokken ‘resultaat’ van intellectuele arbeid, die de rechthebbende met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken. Met deze richtlijn wil de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ er met name voor zorgen dat intellectuele rechten vereisen om bij de afbakening van het ‘object’, steeds terug te vallen op een toetsing die inderdaad alle specifieke omstandigheden verifieert die volgens haar, zoals aangegeven, nodig zijn om te kunnen besluiten tot ‘imitatieoordeel’ ten aanzien van het bescherming motiverende ‘resultaat’ van intellectuele arbeid. Deze richtlijn dienen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, dan ook evengoed aan te houden met het oog op het implementeren van het hierboven besproken theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van *intellectuele arbeid* waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving gebonden is aan een concrete vormgeving.

Uit de zonet vermelde richtlijn die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ voorschrijft voor het invullen van de parameter rond de concrete relevantie van voldoende gelijkenis, blijkt dan ook in de eerste plaats dat deze systematiek instemt met de gebruikelijke opvatting, binnen het chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht, dat deze intellectuele rechten vragen om het ‘object’ af te bakenen in het licht van het voorliggen van door ‘ontlening’ – kennis dus – te verklaren *gelijkenis*¹⁵⁹⁶. De afbakening van het ‘object’ afstellen op het voorliggen van een dergelijke door ‘ontlening’ – kennis dus – te verklaren *gelijkenis* acht de systematiek daarbij zoals aangegeven met name belangrijk met het oog op het traceren en neutraliseren van ‘imitatievoordeel’ omdat een persoon enkel kan steunen op ‘imitatievoordeel’ ten aanzien van een resultaat van intellectuele arbeid indien hij ook kennis heeft van de zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde geschiktheid tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan dit resultaat van intellectuele arbeid¹⁵⁹⁷. Hierbij is dan ook meteen op te merken dat het volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ geen valabele optie zou zijn voor het chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht om op dit punt, het vereisen van ‘ontlening’ dus bij het afbakenen van het ‘object’, een verschillende aanpak te hanteren dan bijvoorbeeld het auteursrecht.

In de tweede plaats, geeft de hierboven vermelde richtlijn die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ verdedigt rond de invulling van de parameter rond de concrete relevantie van voldoende gelijkenis ook aan dat deze systematiek inderdaad het volgende wenselijk acht: aannemen dat de inherente limieten van de door het chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht toegekende bescherming inhouden dat deze bescherming niet ingrijpt zolang er geen sprake is van een zelfstandige, bijkomende mogelijkheid om, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten die teruggaan op het bescherming motiverende ‘resultaat van inspanningen’. Binnen de hierboven besproken opvattingen in die zin, komt het er, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, dan met name op aan om een dergelijke ‘zelfstandige, bijkomende mogelijkheid’ als volgt te verstaan: als een zintuiglijk waarneembare manifestatie die een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen toelaat dat in wezen mogelijk gemaakt is door het betrokken bescherming motiverende ‘resultaat’ van intellectuele arbeid, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van het betrokken ‘resultaat’ van intellectuele arbeid, die de rechthebbende met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken. Ook hier stellen we dan opnieuw vast dat de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ de wenselijkheid van het aanvaarden van de zonet omschreven limiet als een constante ziet

¹⁵⁹⁶ Zie in dit verband bijvoorbeeld: E.-P. HEILEIN, *Die Bedeutung des Rechtsschutzes für integrierte Halbleiterschaltkreise in der Praxis. Prognose und Probleme eines sondergesetzlichen Schutzes.*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2003, p. 96; A. MEIJBOOM, “Das niederländische Gesetz über den Schutz von Halbleitertopographien”, *GRURInt* 1988, p. 925 (“*Der Gesetzgeber schließt sich hier eindeutig der urheberrechtlichen Entlehnungstheorie an, die eine Schutzrechtsverletzung nur bei nachweisbarer Entlehnung annimmt, und lehnt dementsprechend die Monopoltheorie ab, die eine Verletzung des Schutzrechts schon bei Identität zweier Werke annimmt.*”); R. STERN, “Determining Liability for Infringement of Mask Work Rights Under the Semiconductor Chip Protection Act”, *Minnesota Law Review* 1985-1986, p. 303 e.v.; Toelichting bij het Voorstel voor een Richtlijn van het Europese Parlement en de Raad betreffende de octrooierbaarheid van in computers geïmplementeerde uitvindingen, COM(2002) 92 definitief, 2002/0047 (COD), Brussel, 20.02.2002, p. 9 (Met name waar rond het computerprogramma-auteursrecht gesteld wordt: “*Het beschermt evenmin tegen de ontwikkeling van een identiek of wezenlijk identiek programma zonder de wetenschap van een bestaand auteursrecht.*”); G. VANDERSTICHELE, “Het oorspronkelijkheids criterium in het auteursrecht op databanken” (Noot bij H.v.J. 1 maart 2012, C-604/10 (*Football Dataco et al. t. YAHOO UK*)), *I.R.D.I.* 2013, p. 95; G. WESTKAMP, *Der Schutz von Datenbanken und Informationssammlungen im britischen und deutschen Recht*, München, Verlag C.H. Beck, 2003, p. 56; Vergelijk op dit punt ook: P. NORDELL, “Das Kriterium der Doppelschöpfung im schwedischen Recht - Theorie und Praxis”, *GRUR Int.* 1997, p. 115-116.

¹⁵⁹⁷ Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld: A. QAEDVLIET, “Beschermingsdrift: Een studie naar feiten en achtergronden rond sweat of the brow- of prestatiebescherming”, *B.I.E.* 1996, (Deel I) p.4-10 en (Deel II) p.51-60 (“*Een keuze voor een ontleningsstelsel lijkt voor de hand te liggen, nu het bij sweat of the brow bescherming in de eerste plaats erom gaat te voorkomen dat kosteloos geprofitteerd wordt van investeringen etc; dat mag niet beletten dat iemand onafhankelijk die investeringen doet en gebruik maakt van de aldus bereikte resultaten.*”).

doorheen het intellectuele eigendomsrecht en het met andere woorden dus geen valabele optie acht om het chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht of databanken-auteursrecht op dit punt te laten aansturen op een eigen aanpak die verschilt van de andere beschermingsregimes binnen het intellectuele eigendomsrecht.

A.5. Besluit

Op grond van de bespreking rond de vorige punten, kunnen we dan, ten slotte, overgaan tot een besluit rond de vraag of aan te nemen is dat het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, op het vlak van het sturen van de afbakening van het 'object' waarover zij een bevoegdheid verlenen, een verschillende benadering hanteren, in vergelijking met het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging', waarrond het volgende geldt: binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond 'imitatievoordeel', is dit verschil in benadering te analyseren als een mogelijk argument om de wenselijkheid te staven, van de specialisatie die deze *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht. Op dit punt gaan we dus met andere woorden over tot een conclusie rond de vraag of de zonet vermelde *sui generis* intellectuele rechten, specifiek op het vlak van het sturen van de afbakening van het 'object', blijk geven van het volgende: een verschillende inhoud of mate van precisering van gedragsvoorschriften waarvan aannemelijk is dat deze een bijdrage levert tot een meer gerechtvaardigde regeling die opweegt tegen de juridische inspanningen die deze *sui generis* intellectuele rechten veroorzaken door de hogere graad van differentiatie van gedragsvoorschriften die zij teweegbrengen binnen het intellectuele eigendomsrecht. Bij ons besluit in dit verband achten we het dan met name opnieuw aangewezen om ons te richten naar de specialisatie die het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, mits een passende interpretatie, *mogelijk* maken binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht en om deze *mogelijke* specialisatie te beoordelen in twee fasen.

In een eerste fase, menen we dan te kunnen concluderen dat, binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond 'imitatievoordeel', het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht inderdaad steeds toelaten om hen te verstaan als de uitdrukking van een soort ingrijpen van intellectueelrechtelijke bescherming dat, op het vlak van het sturen van de afbakening van het 'object', een wenselijke specialisatie doorvoert, binnen het intellectuele eigendomsrecht, ten aanzien van het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging'. Uit de bespreking hierboven menen we immers te mogen besluiten dat de aanwijzingen die het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht geven rond het afbakenen van het 'object', mits een passende interpretatie, ook inderdaad toelaten om deze intellectuele rechten als volgt te analyseren: als de implementatie van het theoretisch model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving, gebonden is aan een concrete vormgeving, een theoretisch model dus waarvan de implementatie, volgens de systematiek rond 'imitatievoordeel', zoals aangegeven te beschouwen is als een *valabele* en *noodzakelijke* differentiatie in de concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, met het oog op een, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht *maar* waarvan de implementatie zich volgens de systematiek rond 'imitatievoordeel' niet of niet even duidelijk en consequent laat realiseren aan de hand van het octrooirecht, het auteursrecht of het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging'.

Belangrijk hierbij is dan met name de vaststelling dat het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht kunnen gelezen worden als intellectuele rechten die naar aanleiding van een resultaat van *intellectuele arbeid* waarvan de toepassing in zintuiglijk waarneembare kenmerken met een *functionele* beleving, *gebonden* is aan een concrete *vormgeving*, overgaat tot het volgende: tot het verlenen van een exclusieve bevoegdheid over een 'object' dat, via een test rond door 'ontlening' te verklaren 'gelijkenis', af te bakenen is op het niveau van abstractie van de concrete 'vormgeving' ten aanzien van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die te danken zijn aan dit resultaat van intellectuele arbeid, zonder dat de functionele gerichtheid van de betrokken zintuiglijk waarneembare kenmerken hun relevantie stoort voor de afbakening van dit 'object'. In deze interpretatie voorzien deze *sui generis* intellectuele rechten dan immers, ten aanzien van de feitelijke situaties binnen hun toepassingsgebied, in een ingrijpen: 1.) dat wezenlijk anders afgesteld is als het ingrijpen dat het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging' voorzien ten aanzien van hun toepassingsgebied, en 2.) dat deze *sui generis* intellectuele rechten, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, ook deze wezenlijk

andere afstelling behoren te geven, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatieoordeel’. Het gegeven dat het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht dus tegenover het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ een dergelijke differentiatie van gedragsvoorschriften doorvoeren in het licht van onderscheiden feitelijke situaties die, binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond imitatieoordeel, ook een dergelijk wezenlijk onderscheiden ingrijpen vragen, maakt volgens ons dan ook aannemelijk dat deze differentiatie van gedragsvoorschriften het volgende doet: een bijdrage leveren tot meer gerechtvaardigde investeringsbeschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht die hoger is als de toename van juridische inspanningen die zij teweegbrengt om beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht toepassing te laten vinden.

In een tweede fase, menen we dan echter ook te kunnen concluderen dat, binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, niet meteen argumenten te vinden zijn, specifiek in de aanwijzingen die het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht geven op het vlak van het sturen van de afbakening van het ‘object’ waarover ze een exclusieve bevoegdheid verlenen, om aan te nemen dat het naast elkaar bestaan van deze *sui generis* intellectuele rechten een wenselijke specialisatie doorvoert binnen het intellectuele eigendomsrecht. Op grond van de bespreking hierboven rond het toekennen van bescherming op grond van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, liggen volgens ons immers nog niet meteen argumenten voor om het volgende aan te nemen: dat één van de zonet vermelde intellectuele rechten een ingrijpen voorziet rond feitelijke situaties, ten aanzien waarvan een optimaal ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, ook inderdaad een wezenlijk anders afgesteld ingrijpen vraagt op het vlak van het afbakenen van het ‘object’, als het geval is ten aanzien van de feitelijke situaties waarrond de beide andere, zonet vermelde intellectuele rechten een ingrijpen voorzien. Geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ moeten we, zoals aangegeven, zelfs eerder aannemen dat, in het licht van de theoretische modellen die volgens deze systematiek als leidraad kunnen dienen voor *valabele* en *noodzakelijk* differentiaties van concrete beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, in wezen, éénzelfde model behoren te implementeren, met name het theoretisch model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving, gebonden is aan een concrete vormgeving. In zoverre, het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht inderdaad telkens hetzelfde, zonet vermelde theoretische model behoren te implementeren, impliceert dit ook dat zij telkens in wezen op dezelfde aanpak dienen aan te sturen bij de afbakening van het ‘object’ waarover zij een exclusieve bevoegdheid verlenen. Zoals aangegeven, vraagt de implementatie van het betrokken model hen dan met name telkens om een exclusieve bevoegdheid te verlenen over een ‘object’ dat, via een test rond door ‘ontlening’ te verklaren ‘gelijkenis’, af te bakenen is op het niveau van abstractie van de concrete ‘vormgeving’ ten aanzien van de zintuiglijk waarneembare kenmerken die te danken zijn aan dit resultaat van intellectuele arbeid, zonder dat de functionele gerichtheid van de betrokken zintuiglijk waarneembare kenmerken hun relevantie stoort voor de afbakening van dit ‘object’. Vanuit deze analyse is dan ook aan te nemen dat sterk te betwijfelen is of het naast elkaar bestaan van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, bekeken specifiek op het vlak van de aanwijzingen die zij geven om de afbakening te sturen van het ‘object’, als volgt te analyseren is: als een hogere differentiatie van gedragsvoorschriften waarvan een bijdrage te verwachten is tot een meer gerechtvaardigde investeringsbeschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht die hoger is als de toename van juridische inspanningen die zij teweegbrengt om beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht toepassing te laten vinden. Ook hier is het echter nog voorbarig om een oordeel te vellen rond de uiteindelijke wenselijkheid van de specialisatie die het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, ook tegen over elkaar doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht. We gingen immers nog niet na of, *in concreto*, de wenselijkheid van deze specialisatie niet alsnog te beargumenteren is in het licht van de volgende elementen van het ingrijpen van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht: hun afbakening van de exclusieve bevoegdheid die ze verlenen over het ‘object’ en, in het geval van het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht, de uitdrukkelijk bepalingen die zij voorzien om ‘reverse engineering’ te regelen.

B. Het sui generis intellectuele rechten rond de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken

Volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ behoort het databankenrecht *sui generis*, zoals gezegd, het theoretische model te implementeren van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’. De motivatie hiervoor is, zoals aangegeven, in wezen het gegeven dat er rekening mee te houden is dat de aggregatie-prestatie rond de inhoud van een databank vaak teruggaat op *handenarbeid*. Dit gegeven zorgt er voor dat passend optreden tegen ‘imitatievoordeel’ rond deze aggregatie-prestatie waaraan de inhoud van een databank zijn geschiktheid dankt om kennis te verschaffen rond het bestaan en de eigenschappen van de verzamelde elementen, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, dus om een ingrijpen vraagt dat het theoretische model implementeert van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’. Een dergelijk passend optreden tegen ‘imitatievoordeel’ rond deze aggregatie-prestatie laat zich volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, strikt genomen, niet realiseren in het kader van een intellectueelrechtelijke bescherming.

In wat volgt, bespreken we nu hoe de concrete bepalingen en beginselen die, binnen het databankenrecht *sui generis*, de afbakening sturen van het ‘object’ waarover dit een bevoegdheid verleent, zo te verstaan zijn dat dit intellectuele recht alsnog zo goed mogelijk de opdracht vervult van het implementeren van het zonet vermelde theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’. Daarbij geven we dan met name aan welke interpretatie van deze concrete bepalingen en beginselen maakt dat hun aanwijzingen de parameters binnen de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’ met het oog op het afbakenen van het ‘object’, een concrete invulling geven die alsnog zo goed mogelijk aansluit bij de richtlijnen die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ voorschrijft voor het afbakenen van de toegekende bescherming bij het implementeren van het theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’. Dat we de betrokken concrete bepalingen en beginselen hierbij verstaan als aanwijzingen rond het afbakenen van een ‘object’ en de daartoe uit te voeren ‘denkoperatie rond verschillen’ die typisch is voor intellectuele rechten, volgt daarbij dan met name opnieuw uit het feit dat we nu eenmaal moeilijk om de vaststelling heen kunnen dat het databankenrecht *sui generis* zijn aanwijzingen geeft vanuit het concept van een intellectueelrechtelijke bescherming. In het volgende onderdeel geven we dan ten slotte ook telkens aan in welke mate de zonet beschreven interpretatie van de concrete bepalingen en beginselen van het databankenrecht *sui generis* rond het afbakenen van het ‘object’, die volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ wenselijk is, ook vraagt om aan te nemen dat het databankenrecht *sui generis*, bij het afbakenen van het ‘object’ waarover dit een bevoegdheid verleent, een verschillende benadering hanteert, in vergelijking met het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, waarrond het volgende geldt: binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, is dit verschil in benadering te analyseren als een mogelijk argument om de wenselijkheid te staven, van de specialisatie die deze *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht.

B.1. Relevante referentiekenmerken

Met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afbakening van het ‘object’, behoort het databankenrecht *sui generis* zich, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, aan de volgende richtlijn te houden, bij het vaststellen van de relevante referentie-kenmerken voor deze afbakening binnen de relevante-referentie incorporatie: het databankenrecht *sui generis* moet op dit punt aangeven dat enkel de zintuiglijk waarneembare kenmerken van de relevante-referentie incorporatie die, op zich genomen, de beslissing tot het toekennen van zijn bescherming kunnen verantwoorden, ook als uitgangspunt kunnen fungeren voor het afbakenen van de groep zintuiglijk waarneembare manifestaties waarover het een exclusieve bevoegdheid verleent. Deze richtlijn gaat daarbij dan met name terug op de analyse dat het, ook met het oog het implementeren van het hierboven besproken theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’, aangewezen is om het volgende toe te laten: dat de vaststellingen rond het bescherming motiverende resultaat van inspanningen die, bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming, gedaan werden op basis van de relevante zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen een relevante referentie-incorporatie, ook naadloos kunnen doorvloeien in de afbakening van het ‘object’ ten aanzien van diezelfde relevante referentie-incorporatie. In het licht van deze richtlijn kan de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ zich dan met name vinden in de hierboven aangehaalde opvatting dat het databankenrecht *sui generis* vraagt om de afbakening van het ‘object’ door te voeren vertrekkende

van het ‘substraat’ van de bescherming motiverende ‘substantiële investering’, in een verzamelde geheel van elementen van de betrokken ‘databank’ die aanleiding gaf tot het toekennen van bescherming. Hierbij is dan overigens op te merken dat de zonet beschreven richtlijn het databankenrecht *sui generis* niet vraagt om op dit punt een andere benadering te hanteren als de benadering die in wezen ook het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ hanteert om, bij de afbakening van zijn ingrijpen, de groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties te bepalen waarrond het ingrijpt omdat deze voortvloeien uit ‘parasitaire mededinging’.

B.2. Relevante graad van abstractie

Op het vlak van de te hanteren graad van abstractie ten aanzien van zintuiglijk waarneembare kenmerken, bij de afbakening van het ‘object’, behoort het databankenrecht *sui generis* zich, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, aan de volgende richtlijn te houden met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afbakening van het ‘object’: het databankenrecht *sui generis* moet, op dit punt, voor de afbakening van het ‘object’ een toetsing opleggen die de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan het bescherming motiverend resultaat van inspanningen, vergelijkt met de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken van andere zintuiglijk waarneembare manifestaties waarrond te beoordelen is of zij onder het ‘object’ vallen. Ook deze richtlijn steunt daarbij dan op de analyse van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dat het databankenrecht *sui generis*, bij het implementeren van het hierboven besproken theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’, in staat moet zijn om rekening te houden met resultaten van *handenarbeid* die aanleiding gaven tot het verzamelde geheel van elementen dat de inhoud uitmaakt van een concrete databank. Deze richtlijn steunt daarbij dan met name op de analyse van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dat het databankenrecht *sui generis*, met het oog op het implementeren van het hierboven besproken theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’, aanwijzingen moet geven rond het afbakenen van het ‘object’ die, in het bijzonder om te waken over de ‘basiscausaliteit’ van zijn ingrijpen, op passende wijze rekening houden met het ‘aanwendingsscala’ van resultaten van *handenarbeid* die aanleiding gaven tot het verzamelde geheel van elementen dat de inhoud uitmaakt van een concrete databank. Volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ moet het databankenrecht *sui generis* daartoe dan met name vragen om, bij de afbakening van het ‘object’, uit te gaan van de zonet beschreven, erg concrete vergelijking – als het ware op het minimale niveau van abstractie – tussen de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken die de relevante referentie-incorporatie dankt aan het bescherming motiverend resultaat van inspanningen en de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken van een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie waarrond te beoordelen is of deze onder het ‘object’ valt. Op dit punt is er volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ immers rekening mee te houden dat, zoals eerder aan bod kwam, het ‘aanwendingsscala’ van resultaten van *handenarbeid* zich in beginsel beperkt tot de specifieke zintuiglijk waarneembare kenmerken van de zintuiglijk waarneembare manifestatie die het directe voorwerp vormde van de betrokken handelingen van *handenarbeid*. In die zin stemt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dus ook in met de hierboven aangehaalde opvatting die stelt dat de afbakening van het ‘object’ van de bevoegdheid die het databankenrecht *sui generis* verleent, door te voeren is op het niveau van het concrete verzamelde geheel van elementen dat, als resultaat van de bescherming motiverende ‘substantiële investering’, de inhoud uitmaakt van de ‘databank’ die aanleiding gaf tot het toekennen van bescherming op grond van het databankenrecht *sui generis*¹⁵⁹⁸. Daarbij kan de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ zich ook vinden in de hierboven aangehaalde opvatting dat aan te nemen is dat, in het kader van het databankenrecht *sui generis* recht, het gegeven dat de bescherming motiverende ‘aggregatie-prestatie’ ook aanleiding gaf tot een bepaald uitgewerkt of abstract idee dat toepassing kan vinden in bijvoorbeeld andere ‘databanken’, geen reden is om een hogere graad van abstractie te hanteren bij het afbakenen van het ‘object’¹⁵⁹⁹. Dat het databankenrecht *sui generis* daarbij voor de beoordeling rond het toekennen van zijn bescherming, weliswaar rekening houdt met *intellectuele arbeid* in

¹⁵⁹⁸ Zie in die zin, bijvoorbeeld: M. SCHELLEKENS, “A database right in search results? – An intellectual property right reconsidered in respect of computer generated databases”, *Computer Law & Security Review* 2011, p. 628; Vergelijk op dit punt ook: T. EHMANN, „Datenbankurheberrecht, Datenbankherstellerrecht und die Gemeinschaft der Rechtsinhaber - Zugleich Besprechung von BGH Gedichttitelliste I und II“, *GRUR* 2008, p. 477.

¹⁵⁹⁹ Zie in die zin, bijvoorbeeld: M. SCHELLEKENS, “A database right in search results? – An intellectual property right reconsidered in respect of computer generated databases”, *Computer Law & Security Review* 2011, p. 628 en E. DERCLAYE, “Database Sui Generis Right: What Is a Substantial Investment? A Tentative Definition”, *I.I.C.* 2005, p. 29.

zoverre deze in de concrete incorporatie vloeit van het verzamelde geheel van elementen dat de inhoud uitmaakt van een bepaalde ‘databank’, maar vraagt om bij de afbakening van het ‘object’ geen rekening te houden met het concrete ‘aanwendingsscala’ van het betrokken resultaat van intellectuele arbeid, laat zich volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan met name opnieuw als volgt verantwoorden: het databankenrecht *sui generis* vermijdt op deze manier om een aanknopingspunt te creëren om de incorporatie van resultaten van *handenarbeid* bescherming te verlenen op een onwenselijk hoog niveau van abstractie.

In het licht van de zonet besproken richtlijn die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ voorstaat rond de optimale afstelling van de afbakening van het ‘object’ in het kader van het databankenrecht *sui generis*, kunnen we dan ook hier opnieuw twee belangrijke observaties doen in het licht van de verdere bespreking. Ten eerste stellen we vast dat het opnieuw niet onmogelijk en zelfs niet ongebruikelijk is om de bepalingen en beginselen van het databankenrecht *sui generis* een interpretatie te geven die aansluit bij de zonet vermelde richtlijn, die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ voorstaat, nochtans, met het oog op het implementeren van het hierboven besproken theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’. Ten tweede observeren we opnieuw dat de zonet beschreven richtlijn geen andere aanpak vraagt van het databankenrecht *sui generis* op het vlak van de hanteren graad van abstractie bij het afbakenen van de groep zintuiglijk waarneembare manifestaties waarover het een bevoegdheid verleent, als de benadering die in wezen ook het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ op dit punt toelaat om, bij de afbakening van zijn ingrijpen, de groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties te bepalen waarrond het ingrijpt omdat deze voortvloeien uit ‘parasitaire mededinging’.

B.3. Voldoende gelijkenis

Met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afbakening van het ‘object’, behoort het databankenrecht *sui generis* zich, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, aan de volgende richtlijn te houden bij het vaststellen van de gelijkenissen die een zintuiglijk waarneembare manifestatie moet vertonen om binnen het ‘object’ te kunnen vallen: het databankenrecht *sui generis* dient, op dit punt, aan te geven dat een zintuiglijk waarneembare manifestatie pas binnen het ‘object’ kan vallen indien de zintuiglijk waarneembare kenmerken van deze manifestatie een gelijkenis vertonen tegenover de, aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken, relevante referentiekenmerken binnen de relevante referentie-incorporatie die, bekeken op het minimale niveau van abstractie van de betrokken concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken, een voldoende gelijkenis is om aannemelijk te maken dat de capaciteit om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen van de betrokken zintuiglijk waarneembare kenmerken binnen deze manifestatie zou kunnen te danken zijn aan het betrokken, bescherming motiverende resultaat van inspanningen. Deze richtlijn gaat daarbij dan met name terug op de analyse van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dat het databankenrecht *sui generis*, met het oog op het implementeren van het hierboven besproken theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’, gevallen van ‘imitatievoordeel’ dient te traceren en te neutraliseren ten aanzien van het bescherming motiverende resultaat van inspanningen dat tot het verzamelde geheel van elementen leidde dat de inhoud uitmaakt van de databank die aanleiding gaf tot het toekennen van bescherming op grond van het databankenrecht *sui generis*. Begrepen in de zonet vermelde zin van het traceren van ‘imitatievoordeel’, kan de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ zich dus ook vinden in de hierboven aangehaalde opvatting dat, bij de afbakening van het ‘object’ in het kader van het databankenrecht *sui generis*, de vraag, of een zintuiglijk waarneembare manifestatie te beschouwen is als een in kwantitatief of kwalitatief opzicht substantieel deel van de inhoud van een ‘databank’, te beantwoorden is in het licht van; “*de investering in de samenstelling van de databank, en de schade die de betrokken overname van dit deel heeft toegebracht aan deze investering.*”¹⁶⁰⁰

De zonet besproken richtlijn die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ voorstaat rond de optimale afstelling van de afbakening van het ‘object’ in het kader van het databankenrecht *sui generis*, laat ons dan ook hier opnieuw toe om twee belangrijke punten vast te stellen in het licht van de verdere bespreking. Ten eerste observeren we dat het opnieuw niet onmogelijk en zelfs niet ongebruikelijk is om de bepalingen en beginselen van het databankenrecht *sui generis* een interpretatie te geven die aansluit bij de zonet vermelde richtlijn, die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ voorstaat, nochtans, met het oog op het implementeren van het hierboven besproken

¹⁶⁰⁰ Zie: H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 69.

theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’. Ten tweede stellen we ook hier weer vast dat de zonet beschreven richtlijn geen andere aanpak vraagt van het databankenrecht *sui generis* op het vlak van het vaststellen van voldoende gelijkens bij het afbakenen van de groep zintuiglijk waarneembare manifestaties waarover het een bevoegdheid verleent, als de benadering die in wezen ook het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ op dit punt toelaat om, bij de afbakening van zijn ingrijpen, de groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties te bepalen waarrond het ingrijpt omdat deze voortvloeien uit ‘parasitaire mededinging’.

B.4. Relevantie van voldoende gelijkens

Op het vlak van de factoren die de concrete relevantie bepalen van een voldoende gelijkens van een zintuiglijk waarneembare manifestatie om binnen het ‘object’ te vallen, behoort het databankenrecht *sui generis* zich volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ aan de volgende richtlijn te houden, met het oog op een, binnen de focus van ons onderzoek, optimale afbakening van het ‘object’: het databankenrecht *sui generis* moet aangeven dat een zintuiglijk waarneembare manifestatie pas binnen het ‘object’ kan vallen indien de voldoende ‘gelikens’ die deze zintuiglijk waarneembare manifestatie daartoe vertoont tegenover de, aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken, relevante referentiekenmerken binnen de relevante referentie-incorporatie, 1.) ook een gelijkens is die *in concreto* voortvloeit uit zintuiglijk waarneembare handelingen die daadwerkelijk ‘imitatievoordeel’ realiseerden ten aanzien van het bescherming motiverende resultaat van inspanningen en 2.) ook een gelijkens is die maakt dat deze zintuiglijk waarneembare manifestatie een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen toelaat dat in wezen mogelijk gemaakt is door het bescherming motiverende ‘resultaat’ van intellectuele arbeid, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van het betrokken ‘resultaat’ van intellectuele arbeid, die de rechthebbende met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken. Met deze richtlijn wil de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ met name verzekeren dat het databankenrecht *sui generis*, erop aanstuurt om bij de afbakening van het ‘object’, steeds terug te vallen op een toetsing die, volgens haar, in het licht van het geheel van de begeleidende, feitelijke omstandigheden rond een voldoende gelijkens met het verzamelde geheel van elementen van een ‘databank’, het nodige nagaat om te kunnen besluiten tot ‘imitatievoordeel’ ten aanzien van het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, ook en met name wanneer het daarbij gaat om een resultaat van handenarbeid.

Uit de zonet vermelde richtlijn die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ voorschrijft om bij de afbakening van het ‘object’, in het kader van het databankenrecht *sui generis*, voldoende gelijkens ook te toetsen op zijn concrete relevantie, blijkt volgens ons dan, in de eerste plaats, het volgende: dat deze systematiek instemt met de hierboven aangehaalde opvatting dat het databankenrecht *sui generis* vraagt om een zintuiglijk waarneembare manifestatie pas tot het ‘object’ te rekenen als de voldoende gelijkens die deze manifestatie daartoe vertoont inderdaad berust op een zich daadwerkelijk toe-eigenen van de ‘aggregatie-prestatie’ waaraan de initiële databank haar bescherming ontleent. Deze opvatting houdt daarbij, zoals aangeven, dan met name ook in dat een zintuiglijk waarneembare manifestatie nog niet tot het ‘object’ te rekenen is, in het kader van het databankenrecht *sui generis*, op grond van het loutere feit dat de voldoende gelijkens daartoe van deze manifestatie zijn verklaring kan vinden in *kennis* van het bestaan en de kenmerken van de initiële databank die aanleiding gaf tot het toekennen van bescherming op grond van het databankenrecht *sui generis*¹⁶⁰¹.

¹⁶⁰¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: H.v.J 5 maart 2009, C-545/07 (*Apis-Hristovich t. Lakorda*) r.o. 51 (“De door de verwijzende rechter ook in zijn vierde vraag vermelde omstandigheid dat materiële en technische kenmerken in de inhoud van een databank ook zijn terug te vinden in de inhoud van een andere databank, kan worden opgevat als een aanwijzing dat er sprake is van overbrenging tussen deze twee databanken en dus van opvraging. Zoals Lakorda heeft opgemerkt, staat het evenwel aan deze rechter na te gaan of andere factoren, zoals het gebruik van dezelfde bronnen voor de samenstelling van de twee databanken en de aanwezigheid van deze kenmerken in die gemeenschappelijke bronnen, deze gelijkvormigheid eventueel kan verklaren.”); Zie ook: T. EHMANN, „Datenbankurheberrecht, Datenbankherstellerrecht und die Gemeinschaft der Rechtsinhaber - Zugleich Besprechung von BGH Gedichttitelliste I und II“, *GRUR* 2008, p. 477 (“Im Ergebnis liegt bezüglich der Gedichtsammlung keine Rechtsverletzung vor, da das Datenbankherstellerrecht nicht gegen die Entnahmen aus anderen Quellen nach Kenntnisnahme von der Datenbank der Klägerin schützt”... “Sofern also die Beklagte sich

In de tweede plaats, geeft de hierboven vermelde richtlijn die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ verdedigt om bij de afbakening van het ‘object’, in het kader van het databankenrecht *sui generis*, voldoende gelijkens ook te toetsen op zijn concrete relevantie, volgens ons, ook aan dat deze systematiek inderdaad opnieuw het volgende wenselijk acht: aannemen dat de inherente limieten van de door het databankenrecht *sui generis* toegekende bescherming inhouden dat deze bescherming niet ingrijpt zolang er geen sprake is van een zelfstandige, bijkomende mogelijkheid om, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomeen te genieten die teruggaan op het bescherming motiverende ‘resultaat van inspanningen’. Binnen de hierboven besproken opvattingen in die zin, komt het er, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, dan met name op aan om een dergelijke ‘zelfstandige, bijkomende mogelijkheid’ als volgt te verstaan: als een zintuiglijk waarneembare manifestatie die een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen toelaat dat in wezen mogelijk gemaakt is door het betrokken bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen, die de rechthebbende met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken. Ook hier kunnen we er dan ook op wijzen dat de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ de wenselijkheid van het aanvaarden van de zonet omschreven limiet als een constante ziet doorheen het intellectuele eigendomsrecht en het met andere woorden dus niet als een valabele optie ziet om het databankenrecht *sui generis* op dit punt te laten aansturen op een eigen aanpak die verschilt van de andere beschermingsregimes binnen het intellectuele eigendomsrecht.

In het licht van de zonet besproken richtlijn die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ voorstaat rond de optimale afstelling van de afbakening van het ‘object’ in het kader van het databankenrecht *sui generis*, kunnen we dan, ten slotte, ook hier opnieuw twee belangrijke observaties doen in het licht van de verdere bespreking. Ten eerste stellen we vast dat het opnieuw niet onmogelijk en zelfs niet ongebruikelijk is om de bepalingen en beginselen van het databankenrecht *sui generis* een interpretatie te geven die aansluit bij de zonet vermelde richtlijn, die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ voorstaat, nochtans, met het oog op het implementeren van het hierboven besproken theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’. Ten tweede observeren we ook hier dat de zonet beschreven richtlijn geen andere aanpak vraagt van het databankenrecht *sui generis* op het vlak van het toetsen van de relevantie van voldoende gelijkens bij het afbakenen van de groep zintuiglijk waarneembare manifestaties waarover het een bevoegdheid verleent, als de benadering die in wezen ook het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ op dit punt toelaat om, bij de afbakening van zijn ingrijpen, de groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties te bepalen waarrond het ingrijpt omdat deze voortvloeien uit ‘parasitaire mededinging’.

B.5. Besluit

Op grond van de bespreking rond de vorige punten, kunnen we dan, ten slotte, opnieuw overgaan tot een besluit rond de vraag of aan te nemen is dat, ditmaal, het databankenrecht *sui generis*, op het vlak van het sturen van de afbakening van het ‘object’ waarover het een bevoegdheid verleent, een verschillende benadering hanteert, in vergelijking met het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, waarrond het volgende geldt: binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, is dit verschil in benadering te analyseren als een mogelijk argument om de wenselijkheid te staven, van de specialisatie die deze *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht. Op dit punt gaan we dus met andere woorden over tot een conclusie rond de vraag of het

die Elemente selbst aus anderen Quellen zusammengesucht (beschafft), sie selbst überprüft und angeordnet hat, hat sie auch nicht in die Datenbank als Substrat der schutzwürdigen Investitionsleistung der Klägerin eingegriffen. Dies gilt selbst dann, wenn er wegen der Kenntnis der Datenbank der Kläger geringere Kosten im Rahmen ihrer Auswahlentscheidung hatte.”); Vergelijk: E. DERCLAYE, "Database Sui Generis Right: What Is a Substantial Investment? A Tentative Definition", *I.I.C.* 2005, p. 21 (“*This is because the making of a database of pre-existing elements does not create a monopoly. These elements are still collectable by anyone interested in making an identical or similar database. Like copyright and unlike patent law, the sui generis right is only an anti-copying right.*”).

databankenrecht *sui generis*, specifiek op het vlak van het sturen van de afbakening van het 'object', blijkt geeft van het volgende: een verschillende inhoud of mate van precisering van gedragsvoorschriften waarvan aannemelijk is dat deze een bijdrage levert tot een meer gerechtvaardigde regeling die opweegt tegen de juridische inspanningen die dit *sui generis* intellectuele recht veroorzaakt door de hogere graad van differentiatie van gedragsvoorschriften die het teweegbrengt binnen het intellectuele eigendomsrecht.

Op dit punt menen we dan met name te mogen concluderen dat, binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond 'imitatievoordeel', niet meteen argumenten te vinden zijn, specifiek in de aanwijzingen die het databankenrecht *sui generis* geeft om de afbakening van het 'object' te sturen, om aan te nemen dat dit *sui generis* intellectuele recht een wenselijke specialisatie doorvoert, binnen het intellectuele eigendomsrecht, ten aanzien van het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging'. Opdat het databankenrecht *sui generis*, geredeneerd vanuit de systematiek rond 'imitatievoordeel', überhaupt een *valabele* differentiatie zou uitmaken van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, moeten we, zoals aangegeven, immers al het nodige doen om dit beschermingsregime zo veel mogelijk zo te interpreteren dat dit, net als het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging', het theoretisch model van een ingrijpen tegen 'parasitair kopiëren' implementeert. Op grond van wat hierboven aan bod kwam, blijkt volgens ons dan dat, alvast de concrete bepalingen rond de afbakening van het 'object', het dan niet onmogelijk maken om in het databankenrecht *sui generis* een dergelijke implementatie te lezen van het theoretisch model van een ingrijpen tegen 'parasitair kopiëren'. Uit deze noodzaak om het databankenrecht *sui generis* te interpreteren conform het theoretisch model van een ingrijpen tegen 'parasitair kopiëren' volgt naar onze mening dan echter ook dat, specifiek op het vlak van het sturen van de afbakening van het 'object', niet meteen argumenten voorliggen om het volgende aan te nemen: dat het databankenrecht *sui generis* een ingrijpen voorziet rond feitelijke situaties, ten aanzien waarvan een optimaal ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond 'imitatievoordeel', ook inderdaad een wezenlijk anders afgesteld ingrijpen vraagt, als het geval is ten aanzien van de feitelijke situaties waarrond het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging' behoort op te treden. Vanuit deze analyse is dan ook aan te nemen dat sterk te betwijfelen is of het naast elkaar bestaan van het databankenrecht *sui generis* en het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging', bekeken specifiek op het vlak van de aanwijzingen die zij geven om de groep zintuiglijk waarneembare manifestaties af te bakenen waarrond zij een bevoegdheid verlenen, als volgt te analyseren is: als een hogere differentiatie van gedragsvoorschriften waarvan een bijdrage te verwachten is tot een meer gerechtvaardigde investeringsbeschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht die hoger is als de toename van juridische inspanningen die zij teweegbrengt om beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht toepassing te laten vinden. Ook hier is een besluit rond de uiteindelijke wenselijkheid van de specialisatie het databankenrecht *sui generis* doorvoert binnen het intellectuele eigendomsrecht echter opnieuw voorbarig, aangezien we op dit punt nog niet nagingen of de wenselijkheid van specialisatie die het databankenrecht *sui generis* doorvoert, *in concreto* niet alsnog te beargumenteren is in het licht van zijn afbakening van de bevoegdheid die het verleent over het 'object'.

3. De controle over manifestaties op grond van de toegekende bescherming

In dit derde onderdeel bespreken we nu of de wenselijkheid van de ‘specialisatie’ die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, onderling en ten aanzien van het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, kan volgen uit de invulling die deze *sui generis* intellectuele rechten geven aan het volgende: de parameters die de afbakening beheersen van de ‘exclusieve bevoegdheid’ die zij, bij het toekennen van bescherming, verlenen over een ‘object’. Uit bovenvermelde ‘theorie rond intellectueelrechtelijke lasten’ volgt, dat het er in dit verband dan met name op aankomt om in te gaan op de mate waarin deze *sui generis* intellectuele rechten, de rechthebbende zintuiglijk waarneembare handelingen voorbehouden in het licht van een raamwerk van zes mogelijke, archetypische rollen die deze zintuiglijk waarneembare handelingen kunnen vervullen in het ‘doen ontstaan’ of ‘voortzetten’ van ‘consumptieketens’. Deze zes archetypische rollen zijn, zoals aangegeven:

- (1) het **doen ontstaan** van een *nieuwe, alternatieve* ‘consumptieketen’ rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die ook **blijft bestaan** na de stopzetting van de betrokken handeling die aanleiding gaf tot deze alternatieve consumptieketen, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende;
- (2) het **doen ontstaan** van een *nieuwe, alternatieve* consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die **verdwijnt** samen met de stopzetting van de betrokken handelingen die aanleiding gaf tot deze alternatieve consumptieketen, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende;
- (3) de **voortzetting** van een *bestaande*, consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ door het **doen circuleren** van de zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende;
- (4) de **voortzetting** van een *bestaande, alternatieve* consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, *naast* de consumptieketens rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende, door het **doen circuleren** van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’;
- (5) de **voortzetting** van een *bestaande*, consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, door het **gebruikmaken** van de zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende; en, tenslotte
- (6) de **voortzetting** van een *bestaande* alternatieve consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, *naast* de consumptieketens rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van op grond van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende, door het **gebruikmaken** van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’.

Om in wat volgt nu concreet aan te geven of de wenselijkheid van de ‘specialisatie’ doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten inderdaad kan volgen uit hun aanpak rond het verlenen van een ‘exclusieve bevoegdheid’, opteren we er echter voor om dit relevante raamwerk van zes mogelijke, archetypische rollen die zintuiglijk waarneembare handelingen kunnen vervullen in het ‘doen ontstaan’ of ‘voortzetten’ van ‘consumptieketens’, te synthetiseren en te structureren naargelang het gaat om: (3.1) het door een dupliceren of

wijzigen van zintuiglijk waarneembare kenmerken *doen ontstaan* van *nieuwe* ‘consumptieketens’ rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, (3.2) het door een initieel ‘in het verkeer brengen’ *doen ontstaan* van *nieuwe* en door een *doen circuleren* voortzetten van bestaande ‘consumptieketens’ rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen en, tenslotte, (3.3.) het door een gebruikmaken *voortzetten* van bestaande ‘consumptieketens’ rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen. De verklaring voor deze indeling is dan met name dat deze het meest geschikt is om de brug te leggen tussen de analyse rond ‘consumptieketens’ en de bestaande categorieën voorbehouden handelingen binnen het octrooirecht, het auteursrecht en de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken¹⁶⁰².

Bij deze bespreking houden we zowel de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, het octrooirecht, het auteursrecht als het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ tegen het zonet vermelde raamwerk van het verlenen van een bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare handelingen met een bepaalde rol in het ‘doen ontstaan’ of ‘voortzetten’ van ‘consumptieketens’. Daarbij dienen we dus wel telkens rekening te houden met de volgende bijzonderheid. Intellectuele rechten kennen de rechthebbende, in beginsel, een exclusieve bevoegdheid toe over zintuiglijk waarneembare handelingen van zodra het volgende gegeven is: deze zintuiglijk waarneembare handelingen kwalificeren als één van de wettelijke categorieën voorbehouden handelingen ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’. Dit hangt, zoals aangegeven, samen met het gegeven dat het ingrijpen van intellectuele rechten aansluit bij het juridische concept van een subjectief recht en de rechthebbende met andere woorden een absolute bevoegdheid verleent over een bepaald ‘object’. Het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ daarentegen laat een belanghebbende pas toe om op te treden tegen zintuiglijk waarneembare handelingen indien zich het volgende blijkt voor te doen: het gaat *in concreto* om ‘handelspraktijken’ die teruggaan op het kopiëren van een incorporatie van zijn inspanningen in omstandigheden waarin deze ‘handelspraktijken’ onrechtmatig zijn omwille van hun ‘parasitair’ karakter¹⁶⁰³. Dit volgt uit het gegeven dat dit ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging, zoals gezegd, in beginsel aansluit bij het juridische concept van een ‘objectiefrechtelijke plicht’, met name een verbod op ‘parasitaire mededinging’, waaraan personen een relatieve bevoegdheid kunnen ontleen om, in een concreet geval, van andere personen de naleving te eisen van dit verbod¹⁶⁰⁴.

¹⁶⁰² Zorgen dat het zo eenvoudig mogelijk is om deze brug te leggen is daarbij volgens ons met name belangrijk omdat het binnen de relevante regelgeving en bestaande interpretaties rond de betrokken beschermingsregimes nu eenmaal niet gebruikelijk is om de bevoegdheden die deze beschermingsregimes verlenen, te preciseren of te analyseren in termen van het doen ontstaan van ‘consumptieketens’.

¹⁶⁰³ Vergelijk bijvoorbeeld: G. STRAETMANS, “Over parasitaire concurrentie en namaak”, *DAOR* 2011, p. 283 (“*Van aanhaken of parasitaire concurrentie is er sprake wanneer een onderneming de faam van een andere uitbuit zonder verwarring te stichten en zonder de verdiensten van de andere onderneming omlaag te halen (zonder slechtmaking of dénigrement)*”); P. CALLENS, “Leiden nieuwe cumulregels automatisch tot aanhaking wanneer auteursrechtelijke namaak wordt vastgesteld?” *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2008, p. 690 (“*Aanhaken of parasiteren houdt in dat een verkoper, zonder verwarring te stichten en zonder de verdiensten van een andere verkoper af te breken, door het kopiëren of imiteren profiteert van de creatieve inspanningen en investeringen die deze andere verkoper zich heeft getroost en van de faam en het succes die op grond hiervan werden verworven, terwijl hijzelf gespaard blijft van deze inspanningen en investeringen.*”) V. WELLENS, “Doorwerking van het auteursrecht in de Wet Handelspraktijken”, *T.B.H.* 2007, p.587 (“*Aanhaking (of parasitisme) veronderstelt dat, zonder dat daarvoor sprake moet zijn van verwarringstichting, wordt geprofiteerd van de inspanningen van een andere verkoper of van het succes dat deze verkoper op grond daarvan heeft behaald.*”).

¹⁶⁰⁴ Zie in dit verband, bijvoorbeeld: SCHÜNEMANN, die het recht inzake oneerlijke mededinging typeert als: “*objektiv-rechtlichen Wettbewerbsverhaltensnormen*”, W. SCHÜNEMANN, “Kapitel 1. Allgemeine Bestimmungen” in H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG, *Gesetz gegen de unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, p.474; ROUBIER, die in verband met het recht inzake oneerlijke mededinging schrijft: “*Mais il existe aussi une autre action en justice, qu'on appelle l'action en concurrence déloyale, qui ne correspond pas à la défense d'un droit antérieurement recherché et établi, mais qui est seulement une réaction accordée par l'ordre juridique contre une conduite critiquable d'un concurrent.*” P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Parijs, Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 307.

3.1. Alternatieve ‘consumptieketens’ doen ontstaan

Ten eerste behandelen we dus of de wenselijkheid van de ‘specialisatie’, doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, kan volgen uit de onderscheiden mate waarin zij, in vergelijking tot het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, het volgende doen: de rechthebbende een controle verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een dupliceren of wijzigen van zintuiglijk waarneembare kenmerken, *nieuwe* ‘consumptieketens’ **doen ontstaan** rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen. Als criterium om binnen de zonet aangehaalde beschermingsregimes de aanknopingspunten te traceren die relevant zijn voor het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die op die manier dergelijke *nieuwe* ‘consumptieketens’ doen ontstaan¹⁶⁰⁵, menen wij ons dan met name te kunnen richten naar het volgende criterium: gaat het om het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van de groep zintuiglijk waarneembare manifestaties onder hun bescherming waarbij het stellen van deze zintuiglijk waarneembare handelingen, in brede zin, resulteert in een *nieuwe*, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie. Zowel binnen de regelgeving als de bestaande interpretaties rond het octrooirecht, het auteursrecht, het ingrijpen tegen parasitaire mededinging en de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, is het volgens ons immers in wezen gebruikelijk om bij het analyseren en systematiseren van de bevoegdheden die deze beschermingsregimes verlenen aandacht te hebben voor het feit of deze bevoegdheden zich ook uitstrekken tot zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van de groep zintuiglijk waarneembare manifestaties onder hun bescherming, waarvan het stellen resulteert in *nieuwe*, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties. Tegelijk is het feit of een zintuiglijk waarneembare handeling ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie resulteert in een ‘*nieuwe*’, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie, ook bepalend voor de vraag of deze zintuiglijk waarneembare handeling inderdaad door een dupliceren of wijzigen van zintuiglijk waarneembare kenmerken, een *nieuwe* ‘consumptieketen’ doet ontstaan, althans in zoverre de zonet vermelde notie van een ‘*nieuwe*’, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie daarbij dan specifiek begrepen wordt als: een zintuiglijk waarneembare manifestatie die een genot toelaat van aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen met verschillende – en die zin dan ‘*nieuwe*’ – ruimtelijke of temporele limieten, als de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door middel van het gebruik van enkel die incorporaties van het bescherming motiverende resultaat van inspanningen die met de toestemming van de betrokken rechthebbende of belanghebbende producent ‘in het verkeer’ kwamen (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze ‘in het verkeer’ kwamen, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken.

Om nu te bespreken of de wenselijkheid van de ‘specialisatie’, doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken kan volgen uit hun aanpak rond zintuiglijk waarneembare handelingen die, ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, *nieuwe* ‘consumptieketens’ doen ontstaan rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, gaan we in dit onderdeel als volgt te werk. Ten eerste (3.1.1.), bespreken we de bestaande opvattingen rond de controle die een persoon aan het octrooirecht, auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ kan ontleen over zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestaties waarvan het stellen resulteert in een *nieuwe*, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie. Ten tweede (3.1.2.), gaan we dan in op de bestaande opvattingen rond de controle die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken de rechthebbende bieden over dergelijke zintuiglijk waarneembare handelingen. Vervolgens (3.1.3.) gaan we dan na of hieruit blijkt dat de betrokken *sui generis* intellectuele rechten er, in vergelijking met het octrooirecht, auteursrecht en het ingrijpen tegen parasitaire mededinging, een wenselijke specialisatie op nahouden op het vlak van het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een dupliceren of wijzigen

¹⁶⁰⁵ De zoektocht naar een dergelijk criterium is daarbij met name noodzakelijk omdat het binnen de relevante regelgeving en bestaande interpretaties rond de betrokken beschermingsregimes nu eenmaal niet gebruikelijk is om de bevoegdheden die deze beschermingsregimes verlenen, te preciseren of te analyseren in termen van het doen ontstaan van ‘consumptieketens’.

van zintuiglijk waarneembare kenmerken, *nieuwe* ‘consumptieketens’ doen ontstaan rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen. Daarbij gaan we dus met name na of zij er op dit vlak een verschillende aanpak op nahouden die, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, als volgt te analyseren is: als een, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, wenselijke specialisatie op het vlak van het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht.

3.1.1. De bestaande beschermingsregelingen

Doorheen het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ stellen we, zoals aangegeven, vast dat, indien zij bescherming verlenen, het ook gebruikelijk is dat zij een persoon daarbij een bepaalde controle verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties onder hun bescherming, waarvan het stellen resulteert in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie. Dit punt lichten we verder toe in het licht van (A.) de betrokken intellectuele rechten, met name het octrooirecht en het auteursrecht, en (B.) het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’.

A. Intellectuele rechten

Binnen het octrooirecht en het auteursrecht geldt rond sommige categorieën voorbehouden handelingen dat ze een aanknopingspunt vormen voor het verlenen van een exclusieve bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ waarvan het stellen resulteert in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie. Binnen het auteursrecht is dit met name het geval voor de categorieën voorbehouden handelingen ‘reproducieren¹⁶⁰⁶’ en ‘publiek mededelen¹⁶⁰⁷’. In het octrooirecht geldt dit voor de volgende categorieën voorbehouden handelingen: het ‘vervaardigen van een voortbrengsel waarop het octrooi betrekking heeft’, het ‘rechtstreeks door de werkwijze waarop het octrooi betrekking heeft verkrijgen van voortbrengselen¹⁶⁰⁸’ en het ‘toepassen van een werkwijze waarop het octrooi betrekking heeft¹⁶⁰⁹’.

In wat volgt, analyseren we nu de bestaande, normatieve interpretaties rond de zonet aangehaalde categorieën voorbehouden handelingen. Daarbij gaan we met name na welke aanwijzingen de interpretaties rond deze categorieën voorbehouden handelingen bieden op het volgende vlak: (A.1.) de *inherente zintuiglijke waarneembare kenmerken* die handelingen moeten vertonen om te kunnen kwalificeren als de betrokken categorieën voorbehouden handelingen en (A.2.) de *contextgebonden factoren* die bepalen of concrete handelingen met de daartoe vereiste inherente zintuiglijke waarneembare kenmerken ook daadwerkelijk onder de betrokken categorieën voorbehouden handelingen vallen¹⁶¹⁰.

¹⁶⁰⁶ Zie: art. 2 Richtlijn Informatiemaatschappij en art. XI.165., § 1, lid 1 WER (oud art. 1, § 1, lid 1 Auteurswet).

¹⁶⁰⁷ Zie: art. 3.1. Richtlijn Informatiemaatschappij en art. XI.165., § 1, lid 4 WER (oud art. 1, § 1, lid 4 Auteurswet).

¹⁶⁰⁸ Zie: art. XI.28. en XI.29. WER (oud art. 26 en 27 Octrooiwet). Zie ook: B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire : créer, protéger et partager les inventions au XXIe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, p. 87; R. BAKELS, "Software: werkwijze of voortbrengsel?", *B.I.E.* 2003, p. 430; W. CORNISH and D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p.174 e.v..

¹⁶⁰⁹ Art. XI.29., § 1, b. WER (oud art. 27, §1, b. Octrooiwet).

¹⁶¹⁰ Voor dit onderscheid inspireren we ons zoals aangegeven op MOM die in het kader van zijn bespreking van het begrip ‘openbaarmaking’ in de Nederlandse auteurswet, een onderscheid maakt tussen de “*natuurlijke betekenis*” van dit begrip en de “*auteursrechtelijke relevantie van bepaalde vormen van gebruik van beschermde werken in een besloten kring*” in het licht van dit begrip. Zie: G. MOM, “Uitvoering in (strikt) besloten kring”, *ami* 2010, p. 81.

A.1. Soort handelingen

In eerste instantie bespreken we dus welke inherente kenmerken zintuiglijk waarneembare handelingen precies moeten vertonen om binnen het octrooirecht en het auteursrecht te kunnen kwalificeren als de categorieën voorbehouden handelingen waarrond geldt dat ze het aanknopingspunt kunnen zijn voor het volgende: de rechthebbende een bevoegdheid verlenen over bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ waarvan het stellen resulteert in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie. Eerst (A.1.1.) focussen we daarbij op het octrooirecht. Daarna (A.1.2.) richten we ons op het auteursrecht.

A.1.1. Octrooirecht

In het kader van het octrooirecht nemen we zoals aangegeven aan dat de volgende categorieën voorbehouden handelingen een aanknopingspunt vormen voor het verlenen van een exclusieve bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ waarvan het stellen resulteert in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie: ‘vervaardigen’ van een voortbrengsel, ‘verkrijgen’ van een voortbrengsel¹⁶¹¹ en ‘toepassen’ van een werkwijze¹⁶¹². De inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken die een handeling moet vertonen om te kunnen kwalificeren als een ‘**toepassen**’ van een waarop het octrooi betrekking heeft¹⁶¹³, blijkt het octrooirecht, volgens ons, immers als volgt te bepalen: het moet gaan om een zintuiglijk waarneembare handeling die, eventueel gespreid over verschillende stappen, een bepaalde wijze van inwerken inhoudt op zintuiglijk waarneembare manifestaties, met name de wijze van inwerken die de ‘werkwijze’ inhoudt waarop het betrokken octrooi betrekking heeft¹⁶¹⁴. In het licht van een kwalificatie als een ‘**vervaardigen**’ van een voortbrengsel waarop het octrooi betrekking heeft, blijkt het octrooirecht de inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken die een handeling daartoe moet vertonen als volgt te bepalen: het moet gaan om een zintuiglijk waarneembare handeling die kenmerken geeft aan een zintuiglijk waarneembare manifestatie die kan kwalificeren als een voortbrengsel, met name dus kenmerken die deze zintuiglijk waarneembare manifestatie tot het ‘voortbrengsel’ maken waarop het octrooi betrekking heeft¹⁶¹⁵. De

¹⁶¹¹ Zie: art. XI.28. en XI.29. WER (oud art. 26 en 27 Octrooiwet). Zie ook: B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire : créer, protéger et partager les inventions au XXIe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, p. 87; R. BAKELS, "Software: werkwijze of voortbrengsel?", *B.I.E.* 2003, p. 430; W. CORNISH and D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p.174 e.v..

¹⁶¹² Art. XI.29., § 1, b. WER (oud art. 27, §1, b. Octrooiwet).

¹⁶¹³ Art. XI.29., § 1, b. WER (oud art. 27, §1, b. Octrooiwet).

¹⁶¹⁴ Zie in dit verband: art. XI.29., § 1, b. WER (oud Art. 27, §1, b. Octrooiwet).; B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire : créer, protéger et partager les inventions au XXIe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, p. 305-306; R. KRABER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht –*, München, C.H. Beck, 2009, p. 767 (“Der Gegenstand eines Verfahrenspatents wird als Lehre zum technischen Handeln durch Ausführung der Maßnahmen verwirklicht, die der Patentanspruch vorsieht. § 9 Satz 2 Nr. 2 PatG bezeichnet diesen Tatbestand zutreffend als Anwenden des Verfahrens; vom früheren Recht war er als Gebrauchen des Gegenstands der Erfindung erfaßt. Beim Anwenden eines Verfahrens sind meist – gleichzeitig oder in bestimmter Reihenfolge – mehrere Maßnahmen zu vollziehen.”) en U. SCHAREN, “§9 Wirkung des Patents” in G. BENKARD, *Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz. Kurz-Kommentar*, München, Verlag C.H. BECK, 2006, nr 50 (“Ein Verfahren wird dadurch angewendet, dass die beanspruchten Maßnahmen vollständig (wortsinngemäß oder auf im Schutzbereich liegender gleichwertiger Weise) durchgeführt, insbesondere die zur Ausübung des Verfahrens dienende Vorrichtung oder die dazu erforderlichen Hilfsmittel in anpruchsgemäßer Weise benutzt werden...”); Hierbij is op te merken dat er, zoals aangegeven, wel enige onduidelijkheid bestaat rond de vraag of het soort ‘werkwijze-uitvindingen’ dat bescherming kan genieten op grond van het octrooirecht op te vatten is als een leer rond hoe iets te realiseren is dan wel als een leer rond hoe het gerealiseerde iets werkt. Zie in dit verband zoals aangegeven: R. BAKELS, “Software: werkwijze of voortbrengsel?”, *B.I.E.* 2003, p. 431 e.v..

¹⁶¹⁵ R. KRABER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht –*, München, C.H. Beck, 2009, p. 752 (“Herstellen ist das – während der Geltungsdauer des Patents stattfindende – Schaffen einer Sache mit den im Patentanspruch festgelegten erfindungsgemäßen Merkmalen, gleichgültig auf welche Weise und zu welchem Zweck es geschieht

inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken, ten slotte, die een handeling moet vertonen om te kunnen kwalificeren als een ‘rechtstreeks door de werkwijze waarop het octrooi betrekking heeft **verkrijgen** van voortbrengselen¹⁶¹⁶’, blijkt het octrooirecht, volgens ons, immers als volgt te bepalen: het moet gaan om een zintuiglijk waarneembare handeling die rechtstreeks door een bepaalde wijze van inwerken op zintuiglijk waarneembare manifestaties, meer bepaald de wijze die de ‘werkwijze’ typeert waarop het betrokken octrooi betrekking heeft, tot een zintuiglijk waarneembare manifestatie leidt die kan kwalificeren als een ‘voortbrengsel.’

Vervolgens kunnen we dan de categorieën voorbehouden handelingen ‘vervaardigen’ van een voortbrengsel, verkrijgen van een voortbrengsel¹⁶¹⁷ en ‘toepassen’ van een werkwijze¹⁶¹⁸ tegenover elkaar plaatsen om een beter inzicht te krijgen in hun respectievelijke rol in het verlenen van een bevoegdheid rond zintuiglijk waarneembare handelingen die resulteren in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie. In dit verband stellen we dan met name vast dat de rode draad doorheen deze categorieën voorbehouden handelingen er in bestaat dat zij steeds slaan op zintuiglijk waarneembare handelingen die een realiseren – en in die zin dus ook steeds een dupliceren – van kenmerken inhouden die beschreven zijn in een octrooiaanvraag. Het wezenlijke verschil in de inherente kenmerken die deze onderscheiden categorieën handelingen vereisen van zintuiglijk waarneembare handelingen ligt in het feit of het daarbij moet gaan om een dupliceren van kenmerken dat resulteert in een ‘voortbrengsel’ dan wel in een ‘werkwijze’, of via een ‘werkwijze’ in een ‘voortbrengsel’. In zoverre, er daarbij, zoals aangegeven, echter discussie bestaat rond de precieze reikwijdte van de begrippen ‘voortbrengsel’ en ‘werkwijze’ binnen het octrooirecht, werkt deze discussie dan echter ook door in de precieze afbakening van de inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken die handelingen moeten vertonen om te kunnen kwalificeren als een ‘vervaardigen’ van een voortbrengsel, een ‘verkrijgen’ van een voortbrengsel of een ‘toepassen’ van een werkwijze’. Bij deze discussie rond het onderscheid binnen het octrooirecht tussen ‘voortbrengsel’ en ‘werkwijze’ gaat het, zoals aangegeven, met name om de vraag of reeds sprake kan zijn van een ‘voortbrengsel’ of een ‘rechtstreeks via een werkwijze verkregen voortbrengsel’ indien een uitvinding een realisatie krijgt met de geschiktheid om te circuleren binnen het handelsverkeer dan wel of dit vraagt dat een uitvinding een realisatie krijgt die ‘gebonden aan een niet-vluchtig substraat’. Meer concreet is het daarbij zoals gezegd de vraag of bijvoorbeeld een realisatie van een uitvinding binnen geluidsgolven, lichtgolven of elektriciteit reeds kan kwalificeren als een ‘voortbrengsel’ of een ‘rechtstreeks via een werkwijze verkregen voortbrengsel’ indien deze realisatie in concreto de geschiktheid vertoont om te circuleren binnen het handelsverkeer¹⁶¹⁹.

(...). *Das Herstellen umfaßt den gesamten Vorgang, durch den das Erzeugnis geschaffen wird, nicht nur dessen letzte, unmittelbar zur Fertigstellung führende Stufe.*”)

¹⁶¹⁶ Zie: art. XI.28. en XI.29. WER (oud art. 26 en 27 Octrooiwet). Zie ook: B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire : créer, protéger et partager les inventions au XXIe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, p. 87; R. BAKELS, "Software: werkwijze of voortbrengsel?", *B.I.E.* 2003, p. 430; W. CORNISH and D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p.174 e.v..

¹⁶¹⁷ Zie: art. XI.28. en XI.29. WER (oud art. 26 en 27 Octrooiwet). Zie ook: B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire : créer, protéger et partager les inventions au XXIe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, p. 87; R. BAKELS, "Software: werkwijze of voortbrengsel?", *B.I.E.* 2003, p. 430; W. CORNISH and D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p.174 e.v..

¹⁶¹⁸ Art. XI.29., § 1, b. WER (oud art. 27, §1, b. Octrooiwet).

¹⁶¹⁹ Zie rond deze discussie, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: G. KLAUER en P. MÖHRING, *Patentrechtskommentar*, München, Franz Vahlen, 1971, Band I, p. 365; F. LINDENMAIER, *Das Patentgesetz*, Keulen (u.a.), Carl Heymann Verlag KG, 1973, p. 282 e.v. en J. HAHN, *Der Schutz von Erzeugnissen paatentierter Verfahren. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Keulen (u.a.), Carl Heymann Verlag KG, 1968, p.36 e.v.; Zie ook: R. KRAßER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht –*, München, C.H. Beck, 2009, p. 771 e.v. (“Als Erzeugnisse wurden in der Rechtsprechung bisher nur körperliche Sachen in Betracht gezogen. Ein Teil des Schrifttums sieht darüber hinaus unkörperliche Verfahrensergebnisse wie Schall, Licht, Wärme, elektrische Energie als Erzeugnisse an, sofern sie „marktfähig“ sind.”).

A.1.2. Auteursrecht

Binnen het auteursrecht nemen we zoals aangegeven aan dat het de categorieën voorbehouden handelingen ‘reproducen’¹⁶²⁰ en ‘publiek mededelen’¹⁶²¹ zijn die het aanknopingspunt zijn voor de rechthebbende om bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen te kunnen controleren ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ waarvan het stellen resulteert in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie.

De inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken die een handeling moet vertonen om te kunnen kwalificeren als een eigenlijk ‘reproducen’, blijkt het auteursrecht, volgens ons, immers als volgt te bepalen: het moet gaan om een zintuiglijk waarneembare handeling die zintuiglijk waarneembare kenmerken vastlegt in een materiële, zintuiglijk waarneembare manifestatie¹⁶²². Zolang daarbij maar sprake is van een dergelijk materieel resultaat, blijkt het auteursrecht een ‘vastleggen’ van kenmerken’ dat kan kwalificeren als een ‘reproducen’ erg ruim op te vatten. Waar de regelgeving rond het auteursrecht uitdrukkelijk stelt dat dit de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid verleent over het ‘op welke wijze of in welke vorm ook’, ‘direct of indirect’, ‘tijdelijk of duurzaam’, ‘volledig of gedeeltelijk’ reproducen, geldt dit als maatstaf voor het brede scala aan vormen van vastleggen van kenmerken met een materieel resultaat die kunnen kwalificeren als een ‘reproducen’¹⁶²³. In dit verband is er dan echter ook rekening mee te houden dat in sommige landen zoals België en Frankrijk de opvatting bestaat dat de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’ zich niet enkel uitstrekt tot het zonet beschreven eigenlijke ‘reproducen’ *sensu stricto* maar ook tot een veel breder ‘reproducen’ *sensu lato*. Het gaat daarbij met name om de, enigszins omstreden, opvatting dat het auteursrecht de rechthebbende een erg ruim reproductierecht toekent waaraan deze, naast een exclusief recht over het reproducen *sensu stricto* van zijn werk, ook meteen exclusieve rechten ontleent om de distributie te controleren van reproducties van zijn werk en om te bepalen voor welk doel reproducties van zijn werk gebruikt worden, het zogeheten ‘bestemmingsrecht’¹⁶²⁴. Binnen deze ruime opvatting van het reproductierecht geldt dan dus dat ook zintuiglijk waarneembare handelingen die zelf *geen aanleiding* geven tot een materiële vastlegging van gekende kenmerken maar integendeel *louter betrekking* hebben op een dergelijke materiële vastlegging, in beginsel de vereiste inherente kenmerken vertonen om eventueel relevant te zijn in het licht van de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’.

De inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken die het auteursrecht vereist van een handeling om daarentegen te kunnen kwalificeren als een ‘publiek mededelen’, zijn als volgt te bepalen: het moet gaan om een zintuiglijk waarneembare handeling die gericht is op een weergeven aan een publiek van zintuiglijk waarneembare

¹⁶²⁰ Zie: art. 2 Richtlijn Informatiemaatschappij en art. XI.165., § 1, lid 1 WER (oud art. 1, § 1, lid 1 Auteurswet).

¹⁶²¹ Zie: art. 3.1. Richtlijn Informatiemaatschappij en art. XI.165., § 1, lid 4 WER (oud art. 1, § 1, lid 4 Auteurswet).

¹⁶²² Zie in die zin bijvoorbeeld: F. GOTZEN in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet. De Belgische auteurswet. Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2012, p. 9; D. HEERMA, “§ 16 Vervielfältigungsrecht” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 2 (“*Der Begriff der Vervielfältigung ist denkbar weit auszulegen. Vervielfältigung ist jede körperliche Festlegung, die geeignet ist, ein Werk auf irgendeine Weise den menschlichen Sinnen unmittelbar oder mittelbar zugänglich zu machen... Das Ergebnis muss aber in jedem Fall eine körperliche Festlegung sein, wie sich aus § 15 Abs. 1 ergibt.*”); J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, p.174 (“*Het essentiële element van het ‘reproducen’ is het vastleggen; het werk moet dus in een stoffelijk voorwerp zijn neergelegd.*”) en art. L122-3 Code de la propriété intellectuelle (“*La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l’oeuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d’une manière indirecte.*”).

¹⁶²³ Zie: art. 2 Richtlijn Informatiemaatschappij en art. XI.165., § 1, lid 1 WER (oud art. 1, § 1, lid 1 Auteurswet).

¹⁶²⁴ Zie in dit verband bijvoorbeeld: F. GOTZEN in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet. De Belgische auteurswet. Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2012, p. 9 en p. 11 e.v. en F. POLLAUD-DULIAN, “Das ‘Bestimmungsrecht’ (droit de destination) - Überlegungen zu den Möglichkeiten einer Kontrolle der Nutzung von Werkexemplaren durch die Urheber”, *GRUR Int* 1989, p. 811 e.v.; Uitgebreid: F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination, Le sort des exemplaires en droit d’auteur*, Parijs, Université de Paris, 1988, 756 p. en F. GOTZEN, *Het Bestemmingsrecht van de auteur*, Brussel, Larcier, 1975, 404 p.; Zie ook kritisch: S. DUSOLLIER, “Le droit de destination: une espèce franco-belge vouée à la disparition”, *Propriétés Intellectuelles*, 2006, p. 281 e.v..

kenmerken met een niet-materieel resultaat¹⁶²⁵. Op voorwaarde dat daarbij sprake is van een niet-materieel resultaat en een gerichtheid op een publiek, blijkt het auteursrecht het weergeven van kenmerken dat kan kwalificeren als een ‘publiek mededelen’ dan eveneens erg ruim op te vatten. Als leidraad voor het brede scala aan vormen van weergeven van kenmerken met een niet-materieel resultaat die kunnen kwalificeren als een ‘publiek mededelen’ geldt dan met name dat het auteursrecht uitdrukkelijk stelt dat het de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid verleent over elk ‘publiek mededelen’, ongeacht het daartoe aangewende procedé, met inbegrip van de beschikbaarstelling voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn¹⁶²⁶. In dit verband is met name aanvaard dat zowel het immaterieel weergeven van kenmerken in het kader van een live-uitvoering als het immaterieel weergeven op afstand – ongeacht of dit laatste gebeurt via bijvoorbeeld radio, kabel satelliet of internet – kan kwalificeren als een ‘mededelen’¹⁶²⁷. De overwegingen bij de Richtlijn Informatiemaatschappij geven echter wel aan dat de beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten op zich geen mededeling is in de zin van de betrokken richtlijn¹⁶²⁸. In het verlengde hiervan heeft het Europees Hof van Justitie reeds geoordeeld dat een ‘publieke mededeling’ integendeel een doelbewuste interventiehandeling vereist, met name een handeling waarbij een persoon, met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze, maatregelen neemt zonder dewelke het ‘publiek’ de immateriële weergave van het ‘werk’ niet zou kunnen genieten¹⁶²⁹.

Vervolgens kunnen we dan ook de categorieën voorbehouden handelingen ‘reproducen’ en ‘publiek mededelen’ kort tegenover elkaar plaatsen om een beter beeld te krijgen van hun respectievelijke rol in het verlenen van een controle rond zintuiglijk waarneembare handelingen die resulteren in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie. In dit verband menen wij dat met name drie observaties van belang zijn.

¹⁶²⁵ Zie in die zin, bijvoorbeeld: F. GOTZEN in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet. De Belgische auteurswet. Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2008, p.13 (“Het omvat ‘ongeacht welk procedé’ van communicatie waarmee een werk in een niet tastbare vorm voor een publiek waarneembaar kan worden gemaakt.”); D. HEERMA, “§ 15 Allgemeines” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 9 (“Unkörperliche Verwertung ist jede Wiedergabe des Werkes, die nicht mit einer körperlichen Festlegung einhergeht, also der Vortrag, die Sendung, die Aufführung.”); Vergelijk ook J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, p. 196 (Met name waar zij rond ‘Openbaar maken’ binnen de Nederlands Auteurswet in de zin van ‘immateriële openbaarmaking’ schrijven: “De gemeenschappelijke noemer is dat in al deze gevallen een publiek in staat wordt gesteld om een werk te horen of te zien, zonder dat het daartoe de beschikking krijgt over stoffelijke exemplaren. Men spreekt daarom ook wel van immateriële openbaarmaking.”).

¹⁶²⁶ Zie: art. 3.1. Richtlijn Informatiemaatschappij en art. XI.165., § 1, lid 4 WER (oud art. 1, § 1, lid 4 Auteurswet). (“Alleen de auteur van een werk van letterkunde of kunst heeft het recht om het werk volgens ongeacht welk procedé, met inbegrip van de beschikbaarstelling voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, aan het publiek mede te delen.”).

¹⁶²⁷ Zie in die zin, bijvoorbeeld: F. GOTZEN in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet. De Belgische auteurswet. Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2012, p. 15 en J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, p. 196.

¹⁶²⁸ Richtlijn Informatiemaatschappij, overweging 27 (“De beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten is op zich geen mededeling in de zin van deze richtlijn.”).

¹⁶²⁹ Zie in die zin, bijvoorbeeld: H.v.J. 15 maart 2012, C-135/10 (*SCF t. Marco Del Corso*), r.o. 82 (“...dat hij een mededeling in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 verricht wanneer hij, met volledige kennis van de gevolgen van zijn gedrag, interenieert om zijn klanten toegang te verlenen tot een uitzending die het beschermde werk bevat. Zonder zijn interventie zouden deze klanten, hoewel zij zich fysiek in het ontvangstgebied van die uitzending bevinden, immers in beginsel het uitgezonden werk niet kunnen horen...”); H.v.J. 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08 (*Football Association Premier League*), r.o. 194 (“...dat een hoteleigenaar een mededelingshandeling verricht wanneer hij het voor zijn hotelgasten mogelijk maakt toegang te hebben tot de uitgezonden werken door middel van televisietoestellen, door met volledige kennis van zaken het ontvangen signaal, dat wil zeggen de drager van de beschermde werken, in de hotelkamers door te geven. Dienaangaande heeft het Hof bevestigd dat een dergelijke tussenkomst niet alleen maar een technisch middel is om de ontvangst van de oorspronkelijke uitzending in het ontvangstgebied ervan mogelijk te maken of te verbeteren, maar wel een handeling zonder welke die hotelgasten niet van de uitgezonden werken kunnen genieten, hoewel zij zich fysiek in dat ontvangstgebied bevinden...”); H.v.J. 15 maart 2012, C-162/10 (*PPL t. Ierland*), r.o. 31 en H.v.J. 7 december 2006, C-306/05 (*SGAE t. Rafael Hoteles*), r.o. 42 e.v..

Ten eerste stellen we dus vast dat het binnen het auteursrecht gebruikelijk is om aan te nemen dat de vraag of een handeling, op grond van zijn inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken, in aanmerking komt voor een kwalificatie als een ‘reproduceren’ dan wel een ‘publiek mededelen’, in hoofdzaak te beantwoorden is in het licht van het volgende criterium: is aan te nemen dat de betrokken zintuiglijk waarneembare handelingen een ‘materieel’ dan wel een ‘niet-materieel’ resultaat heeft¹⁶³⁰. Een materieel resultaat impliceert immers dat in wezen enkel nog te denken is aan een kwalificatie als een ‘reproduceren’. Een ‘niet-materieel’ resultaat houdt in beginsel in dat enkel nog een kwalificatie als een ‘publiek mededelen’ in aanmerking komt. Met het oog op het traceren van een ‘reproduceren’ en ‘publiek mededelen’ is het met andere woorden dus belangrijk om te weten hoe het auteursrecht de noties ‘materieel’ en ‘niet-materieel’ verstaat als specificaties van de eigenschappen van uit handelingen resulterende zintuiglijke waarneembare manifestaties. In dit verband is dan met name aanvaard dat het auteursrecht onder een ‘materieel resultaat’ een resultaat verstaat in een zintuiglijk waarneembare manifestatie die als tastbaar, lichamenlijk of stoffelijk geldt, met name bijvoorbeeld binnen zintuiglijk waarneembare manifestaties uit bijvoorbeeld papier, steen, staal of kunststof¹⁶³¹ of bijvoorbeeld binnen de schakelcomponenten van een geheugen binnen een computersysteem, de onderscheiden magnetische toestanden van punten op een magnetisch schijfgeheugen of de onderscheiden licht reflecterende toestanden van punten op een cd-rom¹⁶³². Daartegenover staat dat het gebruikelijk is om aan te nemen dat het auteursrecht onder een ‘niet-materieel resultaat’ een resultaat verstaat in een zintuiglijk waarneembare manifestatie die als niet-tastbaar, onlichamelijk of onstoffelijk geldt, met name bijvoorbeeld geluids-, licht-, en radiogolven of elektronische impulsen¹⁶³³. Concreet wordt in dit verband dan bijvoorbeeld aangenomen dat het projecteren van een dia op een scherm en een televisiebeeld, bij gebrek aan een vastlegging in een materiële zintuiglijk waarneembare manifestatie niet kunnen kwalificeren als een ‘reproduceren¹⁶³⁴’ maar dus eventueel wel als een ‘publiek mededelen’. Ook bij handelingen die resulteren in elektrische spanningsverschillen die een bepaald bestand belichamen, bijvoorbeeld bij de transmissie van dit bestand via het internet, geldt dat deze elektrische spanningsverschillen te beschouwen zijn als ‘niet-materieel’ en

¹⁶³⁰ Binnen het auteursrecht is het zelfs gebruikelijk om te spreken van een *summa divisio* binnen de vermogensrechten naargelang zij betrekking hebben op zintuiglijk waarneembare handelingen met een ‘materieel’ dan wel een ‘niet-materieel’ resultaat. Zie in die zin bijvoorbeeld: S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 333 (“... une *summa divisio* entre droit de reproduction et droit de communication au public. Le premier couvre toute forme d'exploitation sous forme matérielle, soit la diffusion de l'oeuvre, sa mise à disposition du public indirecte, à partir d'un exemplaire, d'une copie matérielle. Le second englobe toute mise à disposition de l'oeuvre au public sous une forme immatérielle, soit sa communication directe.”); A. LUCAS en H.-J. LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Paris, Litec, 2006, p. 204 en F. GOTZEN, “De algemene beginselen van de vermogensrechten en van de morele rechten van de auteur volgens de wet van 30 juni 1994” in F. GOTZEN (ed.), *Belgisch auteursrecht van oud naar nieuw*, Brussel, Bruylant, 1996, 548 p.; Vergelijk ook het uitdrukkelijke onderscheid tussen ‘körperliche Verwertung’ en ‘unkörperliche Verwertung’ in § 15, lid 1 en 2 Duitse Auteurswet.

¹⁶³¹ Uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: P. MÖHRING, K. NICOLINI, H. AHLBERG en H. KROITZSCH, *Urheberrechtsgesetz. Kommentar*, München, Frans Vahlen, 2000, p. 61.

¹⁶³² Zie in die zin bijvoorbeeld: G. SCHULZE, “UrhG § 16 Vervielfältigungsrecht” in T. DREIER en G. SCHULZE (eds.), *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 7 (“Nicht nur Bücher, Drucke, Fotokopien und Noten, sondern auch Schallplatten, Tonträger, Videobänder, Bildplatten, CD-ROM's, EDV-Speicher, Disketten, Datenträger oder sonstige Werkträger, die das Werk zwar enthalten, aber nicht unmittelbar wahrnehmbar werden lassen, sondern hierfür entsprechende Gerätschaften (z. B. Plattenspieler, Tonbandgeräte, Videorekorder etc.) oder Kenntnisse (z. B. Blindenschrift) voraussetzen, sind Vervielfältigungsstücke”) en D. HEERMA, “§ 16 Vervielfältigungsrecht” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 13.

¹⁶³³ Zie bijvoorbeeld JOOS die uitdrukkelijk aangeeft dat bij de “*Physikalischen Mittel der Wahrnehmarmachung bei der unkörperlichen Wiedergabe eines Werks*” te denken is aan “Schallwellen, Licht, Radiowellen, elektrische Impulse...” U. JOOS, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p. 80-81.

¹⁶³⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: G. SCHULZE, “UrhG § 16 Vervielfältigungsrecht” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 6 en J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, p. 174.

dus enkel als basis kunnen dienen om de betrokken handelingen eventueel te laten kwalificeren als een ‘publiek mededelen’¹⁶³⁵.

Ten tweede observeren we ook dat het gegeven dat het resultaat van een zintuiglijk waarneembare handeling gericht is op een ‘publiek’, enkel te toetsen is in het licht van een mogelijke kwalificatie van de betrokken handeling als een ‘publiek mededelen’ niet in het licht van de vraag of de betrokken handeling kan kwalificeren als een ‘reproduceren’.

Ten slotte, stellen we ook vast dat het binnen het auteursrecht ondertussen erg gebruikelijk is om aan te nemen dat de vraag, of een handeling, op grond van zijn inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken, in aanmerking komt voor een kwalificatie als een ‘reproduceren’ dan wel een ‘publiek mededelen’, zich, in beginsel, niet laat beantwoorden in het licht van het volgende criterium: de duur van het bestaan van het resultaat van deze handeling. Het argument voor deze opvatting is dan met name de regelgeving rond het auteursrecht, zoals aangegeven, uitdrukkelijk aangeeft dat dit de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid verleent over zowel het tijdelijk als het duurzaam ‘reproduceren’¹⁶³⁶. Hierbij is dan op te merken dat het natuurlijk *de facto* wel zo is dat vele zintuiglijk waarneembare manifestaties die het auteursrecht als ‘niet-materieel’ beschouwt met het oog op het traceren van een ‘publiek mededelen’, bijvoorbeeld licht- of geluidsgolven, uit hun aard wel een eerder kort bestaan kennen.

De precieze afbakening van de inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken die handelingen moeten vertonen om te kunnen kwalificeren als een ‘reproduceren’ of een ‘mededelen’ is echter niet vrij van discussie. Hoewel de categorieën voorbehouden handelingen ‘reproduceren’ en ‘mededelen’ reeds van oudsher centraal staan binnen het auteursrecht, blijft hun precieze reikwijdte voor onzekerheid zorgen.

Een eerste punt dat voor onzekerheid zorgt in het kader van zowel de categorie voorbehouden handelingen ‘reproduceren’ als de categorie voorbehouden handelingen ‘publiek mededelen’, is dan met name in welke mate voor een kwalificatie onder deze categorieën voorbehouden handelingen, ook vereist is dat sprake is van een ‘dupliceren’ van kenmerken dat resulteert in een bijkomende zintuiglijk waarneembare manifestatie.

In het licht van de categorie voorbehouden handelingen ‘reproduceren’ is het daarbij dan met name de vraag of, naast een eigenlijk dupliceren van kenmerken dat resulteert in een bijkomende materiële zintuiglijk waarneembare manifestatie, ook een louter wijzigen van kenmerken van een materiële zintuiglijk waarneembare manifestatie inderdaad kan kwalificeren als een eigenlijk ‘reproduceren’ in de zin van het auteursrecht. Deze vraag stelt zich bijvoorbeeld concreet bij de beoordeling of het anders laten inbinden van reeds in het verkeer gebrachte boeken van andere uitgeverij of het gebruiken van reeds in het verkeer gebrachte posters in andere voorwerpen kunnen kwalificeren als inbreuken op het reproductierecht¹⁶³⁷. In het licht van de bovenvermelde ruime interpretatie van het reproductierecht, in de zin dat dit zich ook uitstrekt tot een reproduceren *sensu lato* mag er dan weinig twijfel over bestaan dat een louter wijzigen van kenmerken van een zintuiglijk waarneembare manifestatie kan kwalificeren als een ‘reproduceren’, in het licht van een engere opvatting die aanneemt dat het reproductierecht enkel slaat op een reproduceren *sensu stricto*, ligt dit niet voor de hand¹⁶³⁸.

¹⁶³⁵ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: W. BULLINGER, “§19a Recht der öffentlichen Zugänglichmachung” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 12 (“Die bei der Online-Nutzung übermittelten Daten sind hingegen unkörperlicher Natur.”).

¹⁶³⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: D. HEERMA, “§ 16 Vervielfältigungsrecht” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 2 (“Auch auf die Dauerhaftigkeit des Vervielfältigungsstückes kommt es nicht an. Diese früher strittige Frage ist nunmehr durch das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft gesetzlich geregelt.”).

¹⁶³⁷ Zie in dit verband bijvoorbeeld: J. NORDEMANN, “Neueinbindung von Büchern anderer Verlage. Urheberrecht, Preisbindungsrecht, Wettbewerbsrecht, Markenrecht.”, *ZUM* 2009, p. 809-815; OLG Hamburg 10 oktober 2001 (*Flachmembranlautsprecher*), *GRUR* 2002, p. 536; S. KRAWCZYK, “Erschöpfungslehre und Vermietungsrechte im niederländischen Urheberrecht”, *GRUR Int* 1990, p. 196-204 en Hoge Raad 19 januari 1979 (*Poortvliet*), *AMR* 1979, p. 50; Vergelijk op dit punt ook de prejudiciële vragen aan het Europees Hof van Justitie in: Hoge Raad, 12 juli 2013, Rechtspraak.nl (C-419/13: Art & Allposters International).

¹⁶³⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: D. HEERMA, “§16 Vervielfältigungsrecht” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 2 (“Ergebnis des Vervielfältigungsvorgangs ist ein weiteres Werkstück. Die Weiterverarbeitung des ursprünglichen Werkstückes ist daher keine Vervielfältigung, also bspw. des Aufziehen eines Posters auf eine feste Unterlage (...). Das gilt auch dann, wenn dadurch wirtschaftlich eine neue Nutzung begründet wird.”).

In het kader van de categorie voorbehouden handelingen ‘publiek mededelen’ is het in dit verband dan met name de vraag of, naast een eigenlijk dupliceren van kenmerken dat resulteert in een bijkomende niet-materiële zintuiglijk waarneembare manifestatie, ook het louter ‘tonen van het bestaande’ aan een publiek kan kwalificeren als een ‘publiek mededelen’ in de zin van het auteursrecht. Enerzijds blijkt in dit verband de opvatting te bestaan dat de handeling van het louter tonen van een bestaande, door de rechthebbende reeds in het verkeer gebrachte zintuiglijk waarneembare manifestatie aan een publiek, op zich reeds kan kwalificeren als een ‘mededelen’¹⁶³⁹. Hierbij is dan bijvoorbeeld te denken aan het tonen van een design-stoel in de etalage van een winkel¹⁶⁴⁰. Anderzijds is er in dit verband echter ook de analyse dat, indien het tonen van een bestaande door de rechthebbende reeds in het verkeer gebrachte zintuiglijk waarneembare manifestatie aan een publiek, op zich reeds zou kunnen kwalificeren als een ‘mededelen’, dit verstrekkende, onwenselijke gevolgen zou hebben. Aanvaarden dat een dergelijk ‘tonen van het bestaande’ aan een publiek zou kunnen kwalificeren als een ‘publiek mededelen’ zou immers bijvoorbeeld ook impliceren dat een persoon die tijdens een presentatie op een conferentie een auteursrechtelijk beschermd maatpak wenst te dragen om zijn toehoorders te overtuigen van zijn professionaliteit, het volgende zou moeten doen: zich verzekeren van de toestemming van de betrokken rechthebbende om dit maatpak op die manier ‘mede te delen’ aan het ‘publiek’ op deze conferentie¹⁶⁴¹. Verschillende auteurs hebben in dit verband reeds aangegeven dat zij een dergelijke brede uitlegging van de notie ‘publiek mededelen’ onwenselijk achten. Opmerkelijk hierbij is dan wel dat de betrokken rechtsleer niet het volgende argument aanhaalt om deze brede interpretatie onderuit te halen: het argument dat een zintuiglijk waarneembare handeling enkel kan kwalificeren als een ‘publiek mededelen’ indien deze handeling een dupliceren van kenmerken inhoudt dat

¹⁶³⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: C. CARON, “Les interfaces graphiques des logiciels à la mode communautaire”, *Communication Commerce électronique*, n° 5, Mai 2011, comm. 42, nr. 3 (“*Il est important de rappeler que le droit de communication au public se contente, pour être mis en oeuvre, que l'on soit en présence d'une oeuvre et que cette dernière est bien communiquée à un public, passif ou actif.*”); De analyse dat het ‘tonen van het bestaande’ in het kader van het auteursrecht onder de exclusieve bevoegdheid kan vallen van de rechthebbende vinden we ook terug in het idee van een ‘tentoonstellingsrecht’ binnen het auteursrecht. Zie voor de opvatting dat een dergelijk ‘tentoonstellingsrecht’ aan te nemen is binnen het auteursrecht, bijvoorbeeld: H. VANHEES in CORBET 2008, p. 59-60. Hierbij is dan echter op te merken dat bijvoorbeeld in het Duitse recht, waar § 18 Duitse Auteurswet uitdrukkelijk een ‘Ausstellungsrecht’ erkent, de omvang van dit recht uiterst beperkt blijft. Zie in dit verband bijvoorbeeld: W. BULLINGER, “UrhG § 18 Ausstellungsrecht” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 2 (“§ 18 enthält keine über den Regelungsgehalt des § 12 (= Veröffentlichungsrecht n.v.d.a.) hinausgehende Befugnis, da das Ausstellungsrecht mit der ersten Ausstellung des Werkes verbraucht wird...§ 18 ist nicht auf Ausstellungen im Internet anwendbar, da die Norm körperliche Werke voraussetzt...”).

¹⁶⁴⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. QUAEDVLIEG, Noot bij H.v.J., 17 april 2008, C-456/06, (Peek & Cloppenburg t. Cassina), *AMI* 2009, p. 151 (“*Peek & Cloppenburg plaatste de Corbusier-meubelen ook in de etalage. Opnieuw geldt dat dit voor niet-gebruiksartikelen al gauw een openbaarmaking oplevert in de zin van de Auteurswet. Weinigen zullen twijfelen of het tonen van een poster van een schilderij van Picasso in de etalage van een groot warenhuis, een openbaarmaking daarvan is. Ligt het anders, nu de Corbusier fauteuil wel een gebruiksartikel is?*”); In dit verband is wel op te merken dat art. 12, 1 van de Nederlandse Auteurswet de rechthebbende onder de categorie voorbehouden handelingen ‘openbaarmaken’ een uitdrukkelijk een bevoegdheid verleent die zich tegelijk uitstrekt over het openbaarmaken van immateriële incorporaties van het ‘werk’ – vergelijkbaar met ‘mededelen aan het publiek’ in de zin van de Belgische Auteurswet – als het openbaarmaken van materiële incorporaties van het werk – vergelijkbaar met ‘distribueren’ in de zin van de Belgische Auteurswet. Voor meer uitleg rond dit artikel zie bijvoorbeeld: Ch. GIELEN (et al.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, p. 451 (“*Een onderscheid kan worden gemaakt tussen de materiële openbaarmaking, die plaatsvindt door het in het verkeer brengen van het stoffelijke voorwerp waarin het werk is vastgelegd (het uitgeven van een boek of dvd, de onthulling van een beeld) en de immateriële openbaarmaking (de uitvoering van een muziekstuk, de opvoering van een toneelstuk, het uitzenden of via internet ter beschikking stellen van een film).*”).

¹⁶⁴¹ Voor een vergelijkbaar voorbeeld, zie: G. MOM, “Uitvoering in (strikt) besloten kring”, *ami* 2010, p. 83 (“*Zou een bepaald parfum het object van auteursrechtelijke bescherming zijn, dan zullen niet alleen dameskappers, dansschoolhouders, zaalverhuurders en winkeliers – in theorie of wellicht daadwerkelijk – met aanspraken van de rechthebbende op dat als werk beschermde parfum te maken kunnen krijgen, bijvoorbeeld wegens de ‘voorstelling’ (bestaande uit het ruikbaar dragen ervan) in het openbaar of besloten kring, maar wellicht zelfs óók een stewardess of receptioniste die het beschermde parfum (in het openbaar of in een niet strikt besloten kring) duidelijk ruikbaar voor anderen met zich draagt en daarbij ook een beroeps-, bedrijfs- of soortgelijk belang zou (kunnen) hebben.*”).

resulteert in een bijkomende niet-materiële zintuiglijk waarneembare manifestatie, naast bestaande, reeds door de rechthebbende in het verkeer gebrachte incorporaties van deze kenmerken¹⁶⁴². De betrokken auteurs die willen vermijden dat de notie ‘mededelen aan het publiek’ de zonet geschetste, verreichende impact heeft, zoeken hun heil veeleer in andere, criteria of principes. Het gaat daarbij bijvoorbeeld concreet om het voorstel dat aan te nemen is dat de rechthebbende bij het in het verkeer brengen van een incorporatie van zijn ‘werk’ ook een impliciete licentie verleent rond het mededelen aan het publiek in het kader van het normale gebruik van de betrokken incorporatie of het voorstel dat aan te nemen is dat het louter tonen van een incorporatie van het ‘werk’ enkel een ‘mededelen’ uitmaakt indien deze incorporatie daarbij inderdaad als ‘blikvanger’ fungeert¹⁶⁴³.

In dit verband is dan op te merken dat deze discussie rond de vraag of het louter ‘tonen van het bestaande’ aan een publiek kan kwalificeren als een ‘publiek mededelen’, zich, volgens ons, niet meteen laat beslechten op grond van de precisering door het Europees Hof van Justitie dat een ‘publiek mededelen’ een doelbewuste interventiehandeling vereist, zoals aangegeven, een handeling waarbij een persoon, met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze, maatregelen neemt zonder dewelke het ‘publiek’ de immateriële weergave van het ‘werk’ niet zou kunnen genieten¹⁶⁴⁴. Enerzijds, heeft dit Hof immers reeds aangegeven dat bij de beoordeling of sprake is van een dergelijke doelbewuste interventiehandeling aandacht te besteden is aan het feit of de weergave van kenmerken gebeurt “*volgens een specifieke technische werkwijze die verschilt van de werkwijze voor de oorspronkelijke mededeling*”¹⁶⁴⁵. Anderzijds heeft het Europees Hof van Justitie echter ook reeds geoordeeld dat een dergelijke doelbewuste interventiehandeling voorligt indien een hotelexploitant zijn gastenkamers voorziet van fonogrammen en apparatuur die toelaat om deze fonogrammen te af te spelen¹⁶⁴⁶.

¹⁶⁴² Vergelijk op dit punt echter wel sommige auteurs die stellen dat de Britse Auteurswet de rechthebbende geen ‘performance right’ toekent rond ‘artistic works’ en ‘published editions’ omdat een ‘performance’ rond deze categorieën werken nu eenmaal niet mogelijk is. Zie bijvoorbeeld: S. STEWART en H. SANDISON, *International copyright and neighbouring rights*, London, Butterworths, 1989, p. 65; S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of literary and Artistic Works: 1886-1986*, London, The Eastern Press, 1987, p. 453; Vergelijk echter ook: A. CHRISTIE, “A proposal for simplifying United Kingdom copyright law”, *E.I.P.R.* 2001, p. 39 (“*The conceptual equivalent of a performance right in relation to an artistic work is the right of “public exhibition” of the work.*”).

¹⁶⁴³ Zie voor deze beide voorstellen om te vermijden dat een brede interpretatie van de notie ‘mededelen aan het publiek’ onwenselijke gevolgen zou hebben: A. QUAEDVLIEG, Noot bij H.v.J., 17 april 2008, C-456/06, (Peek & Cloppenburg t. Cassina), *AMI* 2009, p. 151-152.

¹⁶⁴⁴ Zie in die zin, bijvoorbeeld: H.v.J. 15 maart 2012, C-135/10 (*SCF t. Marco Del Corso*), r.o. 82 (“*...dat hij een mededeling in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 verricht wanneer hij, met volledige kennis van de gevolgen van zijn gedrag, interenieert om zijn klanten toegang te verlenen tot een uitzending die het beschermde werk bevat. Zonder zijn interventie zouden deze klanten, hoewel zij zich fysiek in het ontvangstgebied van die uitzending bevinden, immers in beginsel het uitgezonden werk niet kunnen horen...*”); H.v.J. 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08 (*Football Association Premier League*), r.o. 194 (“*...dat een hoteleigenaar een mededelingshandeling verricht wanneer hij het voor zijn hotelgasten mogelijk maakt toegang te hebben tot de uitgezonden werken door middel van televisietoestellen, door met volledige kennis van zaken het ontvangen signaal, dat wil zeggen de drager van de beschermde werken, in de hotelkamers door te geven. Dienaangaande heeft het Hof beklemtoond dat een dergelijke tussenkomst niet alleen maar een technisch middel is om de ontvangst van de oorspronkelijke uitzending in het ontvangstgebied ervan mogelijk te maken of te verbeteren, maar wel een handeling zonder welke die hotelgasten niet van de uitgezonden werken kunnen genieten, hoewel zij zich fysiek in dat ontvangstgebied bevinden...*”); H.v.J. 15 maart 2012, C-162/10 (*PPL t. Ierland*), r.o. 31 en H.v.J. 7 december 2006, C-306/05 (*SGAE t. Rafael Hoteles*), r.o. 42 e.v..

¹⁶⁴⁵ Zie: H.v.J. 7 maart 2013, C-607/11 (*ITV Broadcasting (et al) v. TVCatchup*), r.o. 26 (“*Aangezien een beschikbaarstelling van de werken via wederdoorgifte op internet van een via zendmasten uitgezonden televisie-uitzending gebeurt volgens een specifieke technische werkwijze die verschilt van de werkwijze voor de oorspronkelijke mededeling, moet zij worden beschouwd als een „mededeling” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.*”).

¹⁶⁴⁶ Zie: H.v.J. 15 maart 2012, C-162/10 (*PPL t. Ierland*), r.o. 56 e.v. (Zie: o.a. r.o. 62: “*Een hotelexploitant die zijn gastenkamers uitrust met andere afspeelapparatuur dan televisie- en/of radiotoestellen, en er fonogrammen in fysieke of digitale vorm beschikbaar stelt die door middel van zulke apparatuur kunnen worden afgespeeld of gehoord, verstrekt precies de twee elementen die noodzakelijk zijn om op deze fonogrammen vastgelegde geluiden of weergaven van geluiden hoorbaar te maken én de materiële dragers van deze geluiden en weergaven van geluiden, te weten de fonogrammen.*”).

Een tweede punt van discussie is dan met name of het wel aangewezen is, in het bijzonder ten aanzien van handelingen die zich voltrekken door middel van computersystemen, om steeds de kwalificatie van het resultaat van de betrokken handelingen als ‘materieel’ dan wel als ‘niet-materieel’, als doorslaggevend criterium te beschouwen om te beslissen of de auteursrechtelijke relevantie van deze handelingen te toetsen is in het licht van de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’ dan wel ‘publiek mededelen’. De context van deze discussie is daarbij dat zo goed als elke handeling die in computersystemen of netwerken van computersystemen uitgevoerd wordt rond digitale bestanden die een ‘werk’ incorporeren, inherent gepaard gaat met duplicaties omwille van de werking van computersystemen. Het gegeven dat centraal staat bij de betrokken onenigheid is dan met name dat de uitvoering van een handeling in computersystemen of netwerken van computersystemen vaak duplicaties teweegbrengt in het binaire patroon van meerdere soorten zintuiglijk waarneembare manifestaties – bijvoorbeeld schakelcomponenten en spanningsverschillen in elektronische stroom – die daarin slechts een fractie van een seconde bestaan en waarvan de creatie niet onmiddellijk bedoeld is maar veeleer technisch noodzakelijk is voor de uitvoering van de beoogde handeling. De vraag die in het licht van dit gegeven dan vooral voor discussie zorgt, is met name welke invloed de zonet omschreven duplicaties dienen te hebben op de mogelijke kwalificatie van handelingen die uitgevoerd worden binnen computersystemen of netwerken van computersystemen, als bijvoorbeeld ‘reproducen’, ‘publiek mededelen’ of ‘distribueren’.

De heersende, benadering in dit verband kunnen we typeren als een ‘atomistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat’ en bestaat er met name in om handelingen die uitgevoerd worden binnen computersystemen of netwerken van computersystemen als volgt te benaderen, als het er op aankomt om, op grond van de inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken van deze handelingen, te beoordelen in het licht van welke categorie voorbehouden handeling hun intellectueelrechtelijke relevantie te toetsen is: elke duplicatie traceren die technische gezien betrokken is bij de uitvoering van een handeling en de ‘materieële’ dan wel ‘niet-materieële’ aard van deze duplicatie laten beslissen over de categorie voorbehouden handelingen waaronder de uitvoering van de handeling rond deze duplicatie kan kwalificeren. In de mate dat de uitvoering van handelingen bijvoorbeeld betrekking heeft op duplicaties binnen een schijfgeheugen of binnen de schakelcomponenten van een ramgeheugen of een processor – duplicaties die als ‘materieel’ gelden – neemt deze benadering dan met name aan dat, in principe, enkel nog te denken is aan een kwalificatie van de betrokken zintuiglijk waarneembare handelingen onder categorieën voorbehouden handelingen die vereisen dat zintuiglijk waarneembare handelingen betrekking hebben op een ‘materieële’ vastlegging van kenmerken, zoals ‘reproducen’ of ‘distribueren’. In de mate daarentegen dat de uitvoering van handelingen bijvoorbeeld duplicaties inhoudt binnen elektrische stroom of lichtgolven uitgezonden door een beeldscherm – duplicaties die als ‘niet-materieel’ gelden – geldt binnen deze benadering dan dat enkel nog te denken is aan een kwalificatie van de betrokken zintuiglijk waarneembare handelingen als een ‘publiek mededelen’.

Als er twijfel bestaat binnen deze dominante benadering, dan is het vooral rond de vraag of de duplicatie die een zintuiglijk waarneembare handeling teweegbrengt binnen een ‘materieële’ zintuiglijk waarneembare manifestatie niet toch een minimum aan duurzaamheid moet vertonen opdat de betrokken zintuiglijk waarneembare handeling, op grond van zijn inherente kenmerken zou kunnen kwalificeren als een ‘reproducen’¹⁶⁴⁷. De opvatting om in dit verband een bepaalde minimumduur te vereisen om überhaupt nog van een ‘materieële vastlegging’ te kunnen spreken, stoot daarbij dan met name op de kritiek dat een dergelijke minimumduur zich nauwelijks objectief laat bepalen. Hier stellen we dan vast dat wetgevers er echter voor geopteerd hebben om de discussie rond dit punt te beslechten door, zoals gezegd, uitdrukkelijk te bepalen dat het auteursrecht de rechthebbende in principe een exclusieve bevoegdheid verleent over zowel het tijdelijk als het duurzaam ‘reproducen’¹⁶⁴⁸ en om de limieten en uitdrukkelijk uitzonderingen in verband met de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’ te laten beslissen over die gevallen waarin de beperkte duurtijd van de betrokken ‘materieële’ duplicatie er, onder omstandigheden, voor zorgt dat de handeling die ze teweegbrengt niet kwalificeert als een aan de betrokken

¹⁶⁴⁷ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, p.174 (“Vastlegging betekent dat er een min of meer duurzame verbinding tot stand gekomen moet zijn tussen een werk en een voorwerp. ... Anderzijds hoeft de reproductie niet lang mee te gaan. Kopieën van kunstwerken gemaakt van sneeuw, zand of gebak zijn toch reproducties. Hetzelfde wordt aangenomen ten aanzien van het ‘laden’ van een computerprogramma of documenten in het werkgeheugen van een computer.”).

¹⁶⁴⁸ Zie: art. 2 Richtlijn Informatiemaatschappij en art. XI.165., § 1, lid 1 WER (oud art. 1, § 1, lid 1 Auteurswet).

rechthebbende voorbehouden ‘reproducen’¹⁶⁴⁹. Het is sindsdien dan ook, zoals aangegeven, gebruikelijk om aan te nemen dat de duurtijd van het bestaan van het ‘materiële’ resultaat van een handeling, in beginsel, niets verandert aan het feit dat de intellectueelrechtelijke relevantie van de betrokken handeling, omwille van het betrokken ‘materiële’ resultaat, te beoordelen is in het licht van de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’¹⁶⁵⁰. De implicatie van de zonet beschreven, heersende opvatting is dan met name dat handelingen rond de incorporaties van ‘werken’ die zich voltrekken binnen computersystemen of netwerken van computersystemen, zo goed als steeds te toetsen zijn op hun relevantie in het licht van de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’. De uitvoering van bijna elke handeling rond een digitale incorporatie van een ‘werk’ binnen een computersysteem of een netwerken van computersystemen zal immers gepaard gaan met een, minstens tijdelijke, duplicatie ervan binnen een zintuiglijk waarneembare manifestatie die als ‘materieel’ geldt. Het zijn dan dus met name de ‘limieten’ en ‘uitzonderingen’ van de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’, met andere woorden dus de invulling van de variabelen die de daadwerkelijke intellectueelrechtelijke relevantie beheersen van zintuiglijk waarneembare handelingen die kunnen kwalificeren als een ‘reproducen’, die op de voorgrond komen te staan bij het afbakenen van de exclusieve bevoegdheid van de rechthebbende ten aanzien van handelingen rond de incorporaties van zijn ‘werk’ die zich voltrekken binnen computersystemen of netwerken van computersystemen. De rol van de andere categorieën voorbehouden handelingen, met name ‘publieke mededelen’ of ‘distribueren’, in de context van handelingen rond de incorporaties van ‘werken’ die zich voltrekken binnen computersystemen of netwerken van computersystemen, is binnen deze overheersende opvatting dus beperkter. Een toetsing in het licht van de categorie voorbehouden handeling ‘publiek mededelen’ in de context van computersystemen en netwerken van computersystemen is binnen deze opvatting met name aan de orde, indien een zintuiglijk waarneembare handeling ook aanleiding geeft tot een ‘niet-materieel’ weergeven aan een ‘publiek’, bijvoorbeeld via de lichtgolven uitgezonden door het beeldscherm van een computersysteem. In zoverre elk ‘niet-materieel’ weergeven via een computersysteem, bijvoorbeeld op het beeldscherm, ook noodzakelijk gepaard gaat met ‘materiële’ duplicaties, bijvoorbeeld in het beeldscherm-geheugen, is hierbij, binnen deze dominante opvatting, dan ook telkens tegelijk een toetsing aan de orde in het licht van de categorie voorbehouden handeling ‘reproducen’. Rond een toetsing in het licht van de categorie voorbehouden handeling ‘distribueren’ geldt binnen deze heersende opvatting zelfs doorgaans dat deze in principe niet aan de orde kan zijn bij zintuiglijk waarneembare handelingen die zich voltrekken binnen computersystemen en netwerken van computersystemen. De argumentatie hiervoor is dan in wezen dat enkel de afgifte van dezelfde, bestaande ‘materiële’ zintuiglijk waarneembare manifestatie kan kwalificeren als een ‘distribueren’ en dat de afgifte van een digitaal bestand via een netwerk van computersystemen, die noodzakelijk plaatsvindt via de ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek, dus niet in aanmerking komt om te kwalificeren als een dergelijk ‘distribueren’. Bij deze ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek is het immers een ‘niet-materiële’ elektrische stroom die overgaat naar het ontvangende computersysteem en daar voor een materiële ‘duplicatie’ zorgt binnen het ontvangende computersysteem.

Daarnaast menen we echter ook aanzetten terug te vinden voor een alternatieve ‘holistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat’ die handelingen die uitgevoerd worden binnen computersystemen of netwerken van computersystemen veeleer als volgt benadert als het er op aankomt om, op grond van de inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken van handelingen, te beoordelen in het licht van welke categorie

¹⁶⁴⁹ Zie in dit verband bijvoorbeeld: art. 5.1. Richtlijn Informatiemaatschappij (“*Tijdelijke reproductiehandelingen, als bedoeld in artikel 2, die van voorbijgaande of incidentele aard zijn, en die een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procédé en die worden toegepast met als enig doel: a) de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon of b) een rechtmatig gebruik van een werk of ander materiaal mogelijk te maken, en die geen zelfstandige economische waarde bezitten, zijn van het in artikel 2 bedoelde reproductierecht uitgezonderd.*”) en art. XI.189., § 3 WER (oud art. 21, § 3 Auteurswet) (“*De auteur kan zich niet verzetten tegen tijdelijke reproductiehandelingen van voorbijgaande of bijkomstige aard die een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procédé dat wordt toegepast met als enig doel: de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon; of een rechtmatig gebruik, van een beschermd werk, waarbij die handelingen geen zelfstandige economische waarde bezitten.*”).

¹⁶⁵⁰ Zie in die zin, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: D. HEERMA, “§ 16 Vervielfältigungsrecht“ in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 2 (“*Auch auf die Dauerhaftigkeit des Vervielfältigungsstückes kommt es nicht an. Diese früher strittige Frage ist nunmehr durch das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft gesetzlich geregelt.*”).

voorbehouden handeling hun intellectueelrechtelijke relevantie te toetsen is: in het licht van het soort eindresultaat dat deze handelingen na hun voltooiing teweegbrengen bekeken in termen van een bepaalde geschiktheid om genot te verschaffen dat te danken is aan het bescherming motiverende werk.

Ten eerste is het binnen de aanzetten tot deze alternatieve benadering dus veeleer de vastlegging of weergave van kenmerken die uiteindelijk overblijft als resultaat van de uitvoering van zintuiglijk waarneembare handelingen binnen computersystemen of netwerken van computersystemen die als richtinggevend geldt om te beoordelen in het licht van welke categorie voorbehouden handelingen hun intellectueelrechtelijke relevantie te toetsen is¹⁶⁵¹. Volgens deze benadering is in die zin bijvoorbeeld aan te nemen dat, indien een handeling die het doorsturen via de ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek inhoudt van een digitaal bestand dat toelaat om een auteursrechtelijk beschermd ‘werk’ weer te geven, eenmaal voltooid, ook het wissen inhoudt van het digitale bestand dat het uitgangspunt vormde voor deze ‘transmissie-door-duplicatie’, dan het volgende aan te nemen is: dat deze handeling, hoewel zij het betrokken digitale bestand gedurende korte tijd ‘materieel’ dupliceerde binnen het ontvangende computersysteem, met name alvorens het betrokken digitale bestand gewist werd in het versturende computersysteem, toch niet kwalificeert als een aan de rechthebbende voorbehouden ‘reproduceren’ omdat deze handeling uiteindelijk niet resulteert in twee afzonderlijke mogelijkheden om het ‘werk’ weer te geven¹⁶⁵².

Ten tweede lijken de aanzetten tot deze alternatieve benadering ook aan te geven dat de dichotomie binnen het auteursrecht tussen categorieën voorbehouden handeling met een ‘materieel’ resultaat dan wel een ‘niet-materieel’ resultaat *niet* zozeer te verstaan is in het licht van de tastbare of niet-tastbare aard op zich van de betrokken vastlegging of weergave van kenmerken *maar* veeleer in het licht van een onderscheiden geschiktheid van de betrokken vastlegging of weergave van kenmerken om genot te verschaffen van het ‘werk’. In die zin geven sommige auteurs bijvoorbeeld aan dat aan te nemen is dat de duplicaties die in het kader van het vele vormen van ‘streamen’ van een digitaal bestand plaatsvinden in het ram-geheugen van het ontvangende computersysteem – duplicaties die binnen de zonet vermelde heersende opvatting nochtans als ‘materieel’ gelden – niet volstaan om dit ‘streamen’ reeds de inherente kenmerken te verlenen om in aanmerking te komen als een ‘reproduceren’ en dit met name op grond van de volgende reden: omdat dit streamen uiteindelijk niet tot gevolg heeft dat, na het streamen, een duplicatie overblijft binnen het ram-geheugen van het ontvangende computersysteem die nog toelaat om het gestreamde bestand te genieten¹⁶⁵³. Typisch voor vele vormen van streamen is immers dat steeds enkel die

¹⁶⁵¹ Zie in die zin, bijvoorbeeld: W. COPINGER (et al.), *Copinger and Skone James on Copyright*, London, Sweet & Maxwell, 2005, Nr. 7-19 (“Admittedly, the restricted act is the “copying” of the work, not the making of a “copy”, but if a copy is not produced at some stage of the process it seems unrealistic to say that copying has taken place.”); T. RICHARD, “Naar een economische benadering van het Auteursrecht op Internet. Auteursrechthandhaving en de elektronische verveelvouding nader beschouwd.”, *NJB* 1996, p. 958 e.v.; In die richting ook: S. DUSOLLIER, *Droit d’Auteur et Protection des Oeuvres dans l’Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 364 en D. VISSER, *Auteursrecht op Toegang. De exploitatierechten van de auteur in het tijdperk van digitale informatie en netwerkcommunicatie*, 1997, 's-Gravenhage, VUGA Uitgeverij B.V., p. 26.

¹⁶⁵² Zie in die zin bijvoorbeeld: J. MITCHELL, “DRM: The Good, the Bad, and the Ugly” in *Colleges, Code and Copyright: The Impact of Digital Networks and technological Controls on Copyright: Publications in Librarianship* no. 56 American Library Association. p. 36; http://interactionlaw.com/documentos/DRM_good_bad_ugly.pdf (“It is the equivalent of magically transferring the ink from my book to a friend’s blank pages in another state. My friend can now read the book (while I am left with blank pages), but the copyright owner remains whole because no additional copies have been made.”); Voor een vergelijkbare redenering, zie het specifieke in het kader van het computerprogramma-auteursrecht: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*), r.o. 78 (“Zoals uit punt 70 van het onderhavige arrest blijkt moet de eerste verkrijger van een materiële of immateriële kopie van een computerprogramma waarvoor het distributierecht van de houder van het auteursrecht op grond van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 is uitgeput, de op zijn computer gedownload kopie wanneer hij deze doorverkoopt onbruikbaar maken om het in artikel 4, lid 1, sub a, van richtlijn 2009/24 bedoelde exclusieve recht van die houder om zijn computerprogramma te reproduceren niet te schenden.”).

¹⁶⁵³ Zie in die zin bijvoorbeeld: F. KOCH, “Der Content bleibt im Netz – gesicherte Werkverwertung durch Streaming-Verfahren”, *GRUR* 2010, p. 575 (“Da beim Streaming auf dem Zielrechner keine vollständige Werkkopie entsteht und die übertragenen Dateiteile durch die folgenden Teile überschrieben werden, erhält der Nutzer weder ein komplettes Werkexemplar noch auch nur Teile von diesem dauerhaft abgespeichert. Ein Vervielfältigen erfolgt hier nicht.”); M. BORGHI, “Chasing Copyright Infringement in the Streaming Landscape”, *IIC* 2011, p. 328 e.v. en W. COPINGER (et al.), *Copinger and Skone James on Copyright*, London, Sweet & Maxwell, 2005, Nr. 7-19.

delen van een groter digitaal bestand doorgestuurd worden die, met een zekere buffer, op dat moment bekeken of beluisterd worden en wel op zo'n manier dat zij de reeds eerder doorgestuurde delen in het ram-geheugen doen verdwijnen¹⁶⁵⁴.

Rond de zonet aangehaalde aanzetten tot deze alternatieve, holistische benadering is daarbij dan wel echter op te merken dat het niet steeds eenvoudig is om vast te stellen in welke mate zij inderdaad spelen: 1.) op het niveau van de inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken die handelingen dienen te vertonen opdat hun intellectueelrechtelijke zouden te toetsen zijn in het licht van een bepaalde categorie voorbehouden handelingen, dan wel 2.) op het niveau van de beoordeling van de intellectueelrechtelijke relevantie van een zintuiglijk waarneembare handeling binnen de betrokken categorie voorbehouden handelingen.

A.2. Intellectueelrechtelijke relevantie

Vervolgens bespreken we nu welke contextgebonden factoren bepalen of zintuiglijk waarneembare handelingen met de daartoe vereiste inherente kenmerken, binnen het octrooirecht en het auteursrecht, ook daadwerkelijk voorbehouden zullen zijn onder de categorieën voorbehouden handelingen waarrond, zoals aangegeven, het volgende geldt: dat ze het aanknopingspunt kunnen zijn om de rechthebbende een bevoegdheid te verlenen over bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object' waarvan het stellen resulteert in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie. Deze contextgebonden factoren die uiteindelijk bepalen of concrete zintuiglijk waarneembare handelingen met de daartoe vereiste inherente kenmerken, ook daadwerkelijk intellectueelrechtelijk relevant zijn onder de betrokken categorieën voorbehouden handelingen, laten zich daarbij volgens ons dan met name traceren in het licht van de 'limieten' en 'uitzonderingen' die gelden rond deze categorieën voorbehouden handelingen. Opdat zintuiglijk waarneembare handelingen met de daartoe vereiste inherente kenmerken, ook daadwerkelijk voorbehouden zouden zijn onder de betrokken categorieën voorbehouden handelingen, is uiteindelijk immers het volgende vereist: dat deze handelingen de 'limieten' van deze categorieën voorbehouden handelingen niet overstijgen en al evenmin onder de 'uitzonderingen' vallen rond deze categorieën voorbehouden handelingen. In dit onderdeel gaan we daarom dus dieper in op de relevante 'limieten' en 'uitzonderingen' rond de betrokken categorieën handelingen binnen het octrooirecht en het auteursrecht. Zoals aangegeven, zullen we dit echter enkel doen in zoverre hierin, geredeneerd vanuit de systematiek rond 'imitatievoordeel', een verantwoording kan liggen voor de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken. In dit geval betekent dit dat we in wat volgt concreet zullen ingaan op: (A.2.1.) wat we kunnen aanduiden als de algemene 'limiet' rond 'object-relevantie' die geldt in het licht van alle categorieën voorbehouden handelingen binnen het auteursrecht en het octrooirecht (A.2.2.) de 'limiet' rond een gerichtheid op een relevant 'publiek' in de context van de categorie voorbehouden handelingen 'publiek mededelen' binnen het auteursrecht en (A.2.3.), zij het kort, de uitdrukkelijke beperking rond tijdelijke reproductiehandelingen binnen het auteursrecht die onder meer gericht is op het vrijstellen van een 'rechtmatig gebruik'.

¹⁶⁵⁴ Zie in dit verband: M. BORGHI, "Chasing Copyright Infringement in the Streaming Landscape", *IIC* 2011, p. 318 e.v.; Zie ook: D. AUSTERBERRY, *The technology of video and audio streaming*, Burlington, Focal Press, 2013, 360 p. en T. KÜNKEL, *Streaming media: technologies, standards, applications*, Chichester, Wiley, 2003, p. 10 e.v..

A.2.1. Object-relevantie

Bij de limiet rond ‘object-relevantie’ gaat het er dan met name om dat binnen zowel het octrooirecht als het auteursrecht, zintuiglijk waarneembare handeling ook, in wezen, telkens het volgende vereiste moet vervullen om daadwerkelijk voorbehouden te zijn onder de categorieën voorbehouden handelingen binnen deze intellectuele rechten: betrekking hebben op een zintuiglijk waarneembare manifestatie die binnen het concrete ‘object’ valt van de exclusieve bevoegdheid die deze intellectuele rechten verlenen naar aanleiding van een bepaald, bescherming motiverend resultaat van inspanningen¹⁶⁵⁵. Dit vereiste geldt dus ook voor die categorieën voorbehouden handelingen binnen het octrooirecht en het auteursrecht waarrond geldt dat ze het aanknopingspunt kunnen zijn om de rechthebbende een bevoegdheid te verlenen over bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ waarvan het stellen resulteert in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie.

De limiet rond ‘object-relevantie’ vormt daarbij binnen het auteursrecht en het octrooirecht, het aanknopingspunt om de intellectueelrechtelijke relevantie van zintuiglijk waarneembare handelingen in het licht van de categorieën voorbehouden handelingen rekening te laten houden met de hierboven besproken principes rond de afbakening van het ‘object’ en met name met de ‘limieten’ en ‘uitzonderingen’ die bij deze afbakening aan de orde zijn. In het kader van de categorieën voorbehouden handelingen ‘vervaardigen’ van een voortbrengsel, ‘toepassen’ van een werkwijze’ en ‘verkrijgen’ van een voortbrengsel’ binnen het octrooirecht en de categorieën voorbehouden handelingen ‘reproducen’ en ‘publiek mededelen’ binnen het auteursrecht, is het, volgens ons, in het licht van onze onderzoeksvraag en de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ op dit punt dan met name relevant dat de limiet rond ‘object-relevantie’ een aanknopingspunt vormt om het volgende aan te nemen: dat een zintuiglijk waarneembare handeling die daartoe op zich de vereiste inherente kenmerken vertoont uiteindelijk pas daadwerkelijk intellectueelrechtelijk relevant kan zijn in het licht van deze categorieën voorbehouden handelingen, indien deze zintuiglijk waarneembare handeling *in concreto* ook inderdaad resulteert in een bijkomende mogelijkheid om, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomeen te genieten die teruggaan op het betrokken bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen¹⁶⁵⁶. De zonet aangehaalde aanname biedt volgens ons

¹⁶⁵⁵ Wat deze notie van ‘object-relevantie’ betreft, vergelijk LEISTNER, die rond het databanken-auteursrecht schrijft: “*Gemeinsam ist allen in Art. 5 RL geregelten zustimmungsbedürftigen Handlungen, daß sie sich im Einklang mit dem urheberrechtlichen Schutzgegenstand der Richtlinie lediglich auf strukturelevante Nutzungen beziehen.*” M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 96/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz*, München, Verlag C.H. Beck, 2000, p. 89-90.

¹⁶⁵⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld, in het kader van het octrooirecht, zoals aangegeven: SCHAREN in G. BENKARD, *Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz. Kurz-Kommentar*, München, Verlag C.H. BECK, 2006, p.541 (“Beispiele für Fehlen der Gleichwirkung. Hieran mangelt es, wenn bei der angegriffenen Ausführung der mit dem Patent erstrebte erfindungswesentliche Vorteil überhaupt nicht mehr erreicht wird, (...) oder nur in einem geringen Umfange, der praktisch bedeutungslos ist (...)”) en E. POUILLET, *Brevets d 'invention et contrefaçon*, Paris, Marchal et Billard, 1899, Nr. 664; Zie in die zin, in het kader van het auteursrecht, zoals aangegeven bijvoorbeeld: T. DREIER, “Perspektiven einer Entwicklung des Urheberrechts” in J. BECKER en T. DREIER, *Urheberrecht und digitale Technologie*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, p. 135 (Met name waar deze stelt dat het rond tijdelijke, technische duplicaties in een digitale context, als algemene regel passend zou zijn om aan te nemen dat deze niet kwalificeren als een ‘reproducen’ indien ze niet leiden tot een “*neue Möglichkeit der Werknutzung*”, “*neue, eigenständige Nutzungsmöglichkeit*” of een “*gesteigerte Werknutzung*” mogelijk maken); Bundesgerichtshof 7 november 1980 (Kabel Fernsehen in Abschattungsgebiete), *NJW* 1981, p.1042 (p. 1044: “*Zwar liegt technisch ein neuer Sendevorgang vor; diese Sendung eröffnet jedoch keine neue erweiterte Werkverwertung; sie erschließt keine neuen weiteren Hörerkreise, sondern beschränkt sich auf die - technisch notwendige - Weiterleitung der Sendung an die Hörerkreise, denen nach dem Willen des Urhebers sein Werk durch die Rundfunksendung zugänglich gemacht werden soll. ... Es wäre eine dem Urheberrecht fremde Betrachtungsweise, wollte man dem Urheber das Recht gewähren, bei der konkreten Fallgestaltung aus der Beseitigung einer durch den Bau von Hochhäusern verursachten Empfangsstörung wirtschaftlichen Nutzen zu ziehen. Dies muß auch gelten, wenn ein Dritter im eigenen Erwerbsinteresse die Versorgungslücke schließt. Dadurch wird weder eine weitergehende andersartige Werkverwertung vorgenommen noch werden die Werke neuen weiteren Empfängerkreisen zugänglich gemacht.*”); E. ULMER, “*Die Entscheidungen zur Kabelübertragung von Rundfunksendungen im Lichte urheberrechtlicher Grundsätze*”, *GRUR Int* 1981, p. 376 (“*...daß die Zustimmung der Urheber zur Sendung notwendigerweise das Einverständnis mit der gleichzeitigen Weiterübertragung in Abschattungsgebiete in sich schließt, oder mit der österreichischen Deutung, daß die*

immers, zoals later uitgebreider aan bod komt, een nuttige leidraad om, in het bijzonder ten aanzien van handelingen die zich voltrekken door middel van computersystemen en die reeds om louter technische redenen gepaard gaan met ‘duplicaties’, te beoordelen of het hierbij gaat om handelingen die het auteursrecht of het octrooirecht de betrokken rechthebbende inderdaad eventueel dienen voor te behouden onder de hierboven besproken categorieën voorbehouden handelingen ‘reproduceren’ of ‘publiek mededelen’ dan wel ‘vervaardigen’ van een voortbrengsel, ‘toepassen’ van een werkwijze’ of ‘verkrijgen’ van een voortbrengsel’.

A.2.2. Gerichtheid op een relevant publiek

Bij de ‘limiet’ rond een gerichtheid op een relevant ‘publiek’ in de context van de categorie voorbehouden handelingen ‘publiek mededelen’ binnen het auteursrecht, gaat het om het volgende: een ‘object-relevante’ zintuiglijk waarneembare handeling die gericht is op een weergeven aan een publiek van zintuiglijk waarneembare kenmerken met een niet-materieel resultaat zal pas daadwerkelijk een ‘publiek mededelen’ uitmaken indien de betrokken weergave ook gericht is op een ‘relevant publiek’. In essentie geldt daarbij dat sprake is van een dergelijke ‘relevant publiek’ indien het gaat om een ‘ontvankelijke’ groep van mensen die zich niet beperkt tot de ‘privé’- of ‘familiekring’ of personen met quasi-familiale banden¹⁶⁵⁷. Daarbij geldt, volgens de rechtspraak, met name dat personen niet ontvankelijk zijn voor het genot van deze weergave indien zij deze weergave toevallig en buiten hun wil waarnemen en aan te nemen is dat zij niet bereid zouden zijn om een prijs te betalen in ruil voor het genot van deze weergave¹⁶⁵⁸. Ontvangers van eenzelfde weergave zullen daarbij ook tot hetzelfde ‘publiek’ gerekend worden als zij diezelfde weergave genieten op verschillende tijdstippen en zonder zich daarbij samen op eenzelfde plaats te bevinden¹⁶⁵⁹. Om daarbij te beoordelen of aan deze vereiste voldaan is, acht de rechtspraak het ook niet onbelangrijk om te weten of met de weergave al dan niet winst beoogd werd¹⁶⁶⁰.

Binnen het auteursrecht blijkt dit vereiste, deze ‘limiet’, rond een gerichtheid op een ‘relevant publiek’ dan vooral op twee manieren te spelen bij het traceren van een ‘publieke mededelen’. In de eerste plaats houdt dit vereiste in dat een ‘object-relevante’ zintuiglijk waarneembare handeling die weliswaar gericht is op een weergeven aan een publiek van zintuiglijk waarneembare kenmerken met een niet-materieel resultaat alsnog een kwalificatie als ‘publieke mededelen’ kan mislopen bij gebrek aan een ‘relevant publiek’. In de tweede plaats is het ondertussen echter ook gebruikelijk om aan te nemen dat een ‘object-relevante’ zintuiglijk waarneembare handeling die gericht is op een weergeven aan een publiek van zintuiglijk waarneembare kenmerken met een niet-materieel resultaat telkens aanleiding geeft tot een ‘publiek mededelen’, telkens als deze handelingen een nieuw, ‘relevant publiek’ bereikt. Een ‘nieuw’ publiek geldt daarbij dan met name als een publiek waarmee de rechthebbende van het beschermde ‘werk’ geen rekening hield toen hij toestemming gaf voor het gebruik ervan voor de mededeling aan

*zulässige Weiterübertragung von Inlandssendungen als "Teil der ursprünglichen Rundfunksendung" gilt.”); Vergelijk ook: H.v.J. 22 december 2010, C-393/09 (*Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury*), r.o. 57 (“Wanneer een grafische gebruikersinterface echter tijdens een televisie-uitzending wordt getoond, nemen de televisiekijkers op zuiver passieve wijze kennis van deze interface, zonder dat zij hierin kunnen ingrijpen. Zij kunnen dus geen gebruik maken van de functie van voornoemde interface, die erin bestaat interactie tussen het computerprogramma en de gebruiker ervan mogelijk te maken. Aangezien de grafische gebruikersinterface, wanneer hij tijdens een televisie-uitzending wordt getoond, niet beschikbaar wordt gesteld aan het publiek, waardoor de leden van dat publiek toegang zouden verkrijgen tot het wezenlijke bestanddeel van deze interface, namelijk de interactie met de gebruiker, vindt er geen mededeling van de grafische gebruikersinterface aan het publiek plaats in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.”).*

¹⁶⁵⁷ Zie, bijvoorbeeld: Cass. 26 januari 2006, R.W. 2006-2007, p. 511; Uitgebreid in dit verband: G. MOM, “Uitvoering in (strikt) besloten kring”, *ami* 2010,p.81-91; Vergelijk op dit punt ook: H.v.J. 15 maart 2012, C-135/10 (*SCF t. Marco Del Corso*), r.o. 84 en H.v.J. 15 maart 2012, C-162/10 (*PPL t. Ierland*), r.o. 33

¹⁶⁵⁸ Zie in die zin, bijvoorbeeld: H.v.J. 15 maart 2012, C-135/10 (*SCF t. Marco Del Corso*), r.o. 97 e.v..

¹⁶⁵⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: F. GOTZEN in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet. De Belgische auteurswet. Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2012, p. 17 (“Een groep gebruikers van het werk moet daarbij niet noodzakelijk samen aanwezig zijn in de ruimte of in de tijd om als een publiek te kunnen worden beschouwd.”).

¹⁶⁶⁰ Zie in die zin, bijvoorbeeld: H.v.J. 15 maart 2012, C-135/10 (*SCF t. Marco Del Corso*), r.o. 88; H.v.J. 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08 (*Football Association Premier League*), r.o. 204.

het ‘oorspronkelijke publiek¹⁶⁶¹’. Op dit criterium van een ‘nieuw’ publiek wordt dan met name een beroep gedaan om te beoordelen of een handeling van een persoon die uiteindelijk resulteert in een niet-materiële weergave van het ‘werk’ aan andere personen, bijvoorbeeld het laten spelen van een radio, enkel een oorspronkelijke publieke mededeling helpt voltooien dan wel zelf een nieuwe publieke mededeling uitmaakt. De rechtspraak heeft in dit verband echter ook reeds duidelijk gemaakt dat een ‘object-relevante’ zintuiglijk waarneembare handeling die gericht is op een niet-materiële weergave aan een ‘relevant publiek’ de kwalificatie als publiek mededelen niet zal mislopen omdat het betrokken ‘relevante publiek’ niet ‘nieuw’ is tegenover het ‘relevante publiek’ dat dezelfde weergave reeds genoot op grond van een andere zintuiglijk waarneembare handeling. Om te bepalen of ten aanzien van hetzelfde ‘relevante publiek’ twee ‘publieke mededelingen’ plaatsvinden komt het er volgens de rechtspraak veeleer op aan of ditzelfde ‘relevante publiek’ twee weergaves geniet die “*onder specifieke technische omstandigheden gebeuren*¹⁶⁶²”, met name dus naar aanleiding van doelbewuste interventiehandelingen “*volgens een specifieke technische werkwijze die verschilt van de werkwijze voor de oorspronkelijke mededeling*¹⁶⁶³”.

A.2.3. Uitdrukkelijke beperkingen rond tijdelijke reproducties

In het kader van het auteursrecht is, ten slotte, ook nog rekening te houden met de uitdrukkelijke beperking rond tijdelijke reproductiehandelingen. Bij deze uitdrukkelijke beperking rond tijdelijke reproductiehandelingen gaat het er om dat de regelgeving rond het auteursrecht expliciet aangeeft dat de rechthebbende zich in sommige gevallen niet kan verzetten tegen bepaalde tijdelijke reproductiehandelingen die van voorbijgaande of incidentele aard zijn. Dit is volgens deze beperking met name het geval indien deze tijdelijke reproductiehandelingen een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé dat wordt toegepast met als enig doel, hetzij, de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon, hetzij, een rechtmatig gebruik en daarbij geen zelfstandige economische waarde blijken te bezitten¹⁶⁶⁴.

In dit onderdeel gaan we echter niet dieper in op deze beperking die het auteursrecht bepaalt rond tijdelijke reproductiehandelingen. De reden hiervoor is, in essentie, dat het belang van deze beperking niet zozeer te situeren is op het vlak van het verlenen van een bevoegdheid aan de betrokken rechthebbende rond zintuiglijk waarneembare handelingen die *nieuwe* ‘consumptieketens’ doen ontstaan rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’. Het belang van deze beperking rond tijdelijke

¹⁶⁶¹ Zie in dit verband, bijvoorbeeld: H.v.J 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08 (*Football Association Premier League*), r.o. 197 en H.v.J. 7 december 2006, C-306/05 (*SGAE t. Rafael Hoteles*), r.o. 40.

¹⁶⁶² H.v.J. 7 maart 2013, C-607/11 (*ITV Broadcasting (et al) v. TVCatchup*), r.o. 39 (“*De onderhavige zaak in het hoofdgeding heeft daarentegen betrekking op de doorgifte van de werken die zijn opgenomen in een uitzending via zendmasten en de beschikbaarstelling van deze werken op internet. Zoals blijkt uit de punten 24 en 26 van het onderhavige arrest, moet elk van deze twee doorgiften individueel en afzonderlijk door de betrokken auteurs worden toegestaan aangezien beide doorgiften onder specifieke technische omstandigheden gebeuren, met een andere manier van doorgifte van de beschermde werken en elk bestemd voor een publiek. De voorwaarde van het nieuwe publiek, die enkel relevant is in de situaties waarover het Hof zich heeft moeten uitspreken in de zaken die hebben geleid tot de reeds aangehaalde arresten SGAE, Football Association Premier League e.a., alsook Airfield en Canal Digitaal, behoeft derhalve niet meer subsidiair te worden onderzocht.*”).

¹⁶⁶³ H.v.J. 7 maart 2013, C-607/11 (*ITV Broadcasting (et al) v. TVCatchup*), r.o. 26 (“*Aangezien een beschikbaarstelling van de werken via wederdoorgifte op internet van een via zendmasten uitgezonden televisie-uitzending gebeurt volgens een specifieke technische werkwijze die verschilt van de werkwijze voor de oorspronkelijke mededeling, moet zij worden beschouwd als een „mededeling” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.*”).

¹⁶⁶⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: art. 5.1. Richtlijn Informatiemaatschappij (“*Tijdelijke reproductiehandelingen, als bedoeld in artikel 2, die van voorbijgaande of incidentele aard zijn, en die een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé en die worden toegepast met als enig doel: a) de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon of b) een rechtmatig gebruik van een werk of ander materiaal mogelijk te maken, en die geen zelfstandige economische waarde bezitten, zijn van het in artikel 2 bedoelde reproductierecht uitgezonderd.*”) en art. XI.189., § 3 WER (oud art. 21, § 3 Auteurswet) (“*De auteur kan zich niet verzetten tegen tijdelijke reproductiehandelingen van voorbijgaande of bijkomstige aard die een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé dat wordt toegepast met als enig doel: de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon; of een rechtmatig gebruik, van een beschermd werk, waarbij die handelingen geen zelfstandige economische waarde bezitten.*”).

reproductiehandelingen situeert zich daarentegen veeleer op het vlak van het regelen van de controle die de betrokken rechthebbende aan het auteursrecht ontleent rond zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die, door een ‘gebruikmaken’, een bestaande ‘consumptieketen’ voortzetten rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen’. Een uitgebreide analyse van de beperking die het auteursrecht bepaalt rond tijdelijke reproductiehandelingen laten we daarom pas later aan bod komen, met name als we ook bespreken welke bevoegdheid het auteursrecht verleent over zintuiglijk waarneembare handelingen die een dergelijke bestaande consumptieketen ‘voortzetten’ door een ‘gebruikmaken’.

B. Het recht inzake oneerlijke mededinging

In het kader van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ is het eveneens gebruikelijk dat een belanghebbende aan dit ingrijpen een relatieve bevoegdheid ontleent rond bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van relevante incorporaties van inspanningen of daaraan voldoende gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties, waarvan het stellen resulteert in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie. Dit zal, zoals aangegeven, met name het geval zijn indien dergelijke zintuiglijk waarneembare handelingen kwalificeren als een ‘handelspraktijk’¹⁶⁶⁵ en, in het licht van de concrete omstandigheden die er mee gepaard gaan, ook onrechtmatige ‘parasitaire mededinging’ uitmaken waardoor de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schade ondervindt of dreigt te ondervinden¹⁶⁶⁶.

Belangrijk daarbij is in de eerste plaats dat het er voor een ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ niet op aankomt of een ‘handelspraktijk’ op grond van haar inherente kenmerken tot een bepaalde categorie behoort maar, zoals aangegeven, wel aankomt of deze ‘handelspraktijk’ in het licht van de concrete omstandigheden die er mee gepaard gaan een vorm van onrechtmatige, parasitaire mededinging uitmaakt. Voor de vaststelling of een ‘handelspraktijk’ kwalificeert als een vorm van onrechtmatige, ‘parasitaire mededinging’ gelden in die zin bijvoorbeeld geen algemene vereisten rond het feit of deze handeling daartoe een kopiëren van kenmerken moet inhouden dat daadwerkelijk leidt tot een bijkomende zintuiglijk waarneembare manifestatie in plaats van een louter gewijzigde zintuiglijk waarneembare manifestatie en is het bijvoorbeeld al evenmin doorslaggevend of deze handeling een materieel dan wel een niet-materieel resultaat heeft¹⁶⁶⁷. Wezenlijk is veeleer dat deze ‘handelspraktijk’ teruggaat op een kopiëren van kenmerken die te danken zijn aan een resultaat van inspanningen van een andere persoon dat een bepaalde drempel bereikt aan geïnvesteerde intellectuele arbeid of handenarbeid en dat dit kopiëren toelaat om via deze ‘handelspraktijk’ op ‘onrechtmatige’ wijze een voordeel te behalen¹⁶⁶⁸. Dit

¹⁶⁶⁵ Een ‘handelspraktijk’ omschrijft art. I.8., 23° WER (oud art. 2, 29° Wet Marktpraktijken) hierbij als volgt: “*iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een onderneming, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product;*”. Het begrip ‘onderneming’ binnen deze definitie is volgens art. I.1., 1° WER (oud artikel 2, 1° Wet Marktpraktijken) te verstaan als: “*elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen*”.

¹⁶⁶⁶ Aangezien het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ een toepassing uitmaakt van art. VI.104. WER (oud art. 95 Wet Marktpraktijken) vereist dit ingrijpen ook steeds dat een ‘handelspraktijk’ voorligt, die twee voorwaarden vervult: 1.) de handelspraktijk is strijdig met de eerlijke marktpraktijken – in dit geval dus omdat ze kwalificeert als ‘parasitaire mededinging’ – én 2.) de handelspraktijk moet de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaden of kunnen schaden. Voor een uitgebreide bespreking van deze voorwaarden, zie bijvoorbeeld: J. LIGOT, F. VANBOSSELE, O. BATTARD en A. TALLON (editor), *Les pratiques loyales*, Brussel, Larcier, 2012, p. 40 e.v.; Zie ook: Luik 10 juni 2011, *I.R.D.I.* 2012, p. 83 (“*Enfin, les intérêts professionnels de l’appelante ne sont pas atteints alors même que la preuve de l’existence d’un dommage n’est pas requise.*”).

¹⁶⁶⁷ Rond de aanvaarding van een ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ tegen handelingen die een niet-materieel weergeven inhouden aan een publiek, bijvoorbeeld: F. SCHÖNHERR, “Die sklavische Nachahmung in der Praxis der deutschen, der österreichischen und der Schweizer Gerichte”, *GRUR Int* 1975, p. 238.

¹⁶⁶⁸ Brussel 7 december 2006, *T.B.H.* 2007, p.580 (in het bijzonder p.582-583 “*Pour qu’il y ait concurrence parasitaire, il n’est pas indispensable qu’il existe un risque de confusion (Bruxelles 6 novembre 2003, Ann. prat. comm. conc. 2003, p. 566). Il y a concurrence parasitaire en cas de copie par un concurrent d’une prestation, d’un produit ou d’un service si les conditions suivantes sont réunies: a) la prestation, le produit ou le service qui*

kan, in het licht van de concrete omstandigheden, bijvoorbeeld het geval zijn indien een producent een cd met natuurgeluiden die een concurrent reeds aanbiedt, namaakt via een cd-writer en eveneens op de markt gaat brengen. In de tweede plaats, is ook niet uit het oog te verliezen dat het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ enkel optreedt tegen handelingen die kwalificeren als een ‘handelspraktijk¹⁶⁶⁹’ en die schade veroorzaken of dreigen te veroorzaken aan de beroepsbelangen van een of meer andere

*est copié doit être le fruit d'efforts créatifs et d'investissements relativement importants du point de vue financier et quant au temps consacré. La prestation protégée doit être suffisamment originale; b) la prestation, le produit ou le service copié doit avoir une valeur économique; c) celui qui copie ou imite doit tirer profit des efforts et investissements de l'autre vendeur, quelle qu'en soit la forme; c'est le cas notamment lorsque le copieur évite ainsi des frais de recherche et de développement du produit ou profite de la publicité effectuée par le créateur original; d) le copieur ne doit pas avoir consenti le moindre effort créatif pour distinguer sa prestation, son produit ou son service de celui de l'autre vendeur.”); L. VOGEL, *Droit de la concurrence déloyale. 350 décisions commentées*, Parijs, LawLex, 2005, p.459, 463 en p. 471 e.v.; M. BUYDENS “Produktpiraterie und unlauterer Wettbewerb - Die Situation in Belgien und Frankreich mit Hinweisen auf die Rechtslage in Deutschland”, *GRUR Int* 1995, p. 20 e.v.; Hoge Raad 27 juni 1986 (Holland Nautic v. Decca), *Computerrecht* 1986, p.176 (p.177: “Ontbreekt een dergelijke absoluut recht dan is bij een stand van zaken als zich hier voordoet voor een vergelijkbare bescherming via het recht van de ongeoorloofde mededinging in beginsel ten minste vereist dat wordt geprofiteerd van een prestatie van dien aard dat zij op één lijn valt te stellen met die welke toekenning van een dergelijk recht rechtvaardigen.”) Hoge Raad 27 juni 1986 (Holland Nautic v. Decca), *Computerrecht* 1986, p.176 (p.177); Zie voor de verdere uitwerking van deze prestatiebescherming ook: Hoge Raad 27 oktober 1987 (KNVB v. NOS), *NJ* 1988, 310; Hoge Raad 20 november 1987 (Staat v. Den Ouden), *NJ* 1988, 311 en Hoge Raad 23 mei 2003 (KNVB v. Feyenoord), *NJ* 2003, 494; P. GEERTS, *Bescherming van de intellectuele eigendom*, Deventer, Kluwer, 2007, p. 18; F. GROSHEIDE, “Hoe slaafs mag men nabootsen”, *IER* 2005, p. 270; A. QUAEDVLIEG, “Beschermingsdrift: Een studie naar feiten en achtergronden rond sweat of the brow- of prestatiebescherming”, *B.I.E.* 1996, (Deel II) p.59; D. VAN ENGELEN, “The Misappropriation Doctrine in the Netherlands”, *IIC* 1991, p.14; Bundesgerichtshof 14 december 1995 (Vakuumpumpen-zaak), *GRUR* 1996, p.210 (p.212: “Zu den im Streitfall besonders zu berücksichtigenden Umständen gehören vor allem das von der Klägerin behauptete schrittweise und zielbewußte Anhängen an eine Vielzahl ihrer Produkte, die freie Wählbarkeit einer Fülle von Gestaltungselementen und die aufgrund der Ersparung kostspieliger, eigener Entwicklungsarbeit mögliche erhebliche Preisunterbietung in Verbindung mit den daraus erzielten Wettbewerbsvorteilen.”); Bundesgerichtshof 8 november 2001 (Noppenbahnen-zaak), *GRUR* 2002, p. 275, rechtsoverweging 21 (“Eine solche wettbewerbliche Eigenart setzt voraus, daß die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale des Erzeugnisses geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen.”); H.-P. GÖTTING, “Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9)” in K.-H. FEZER, *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, München, Beck, 2005, Band 1, p.782 (Waar hij die ‘Behinderung von Mitbewerbern’ omschrijft als: “...die systematische Nachahmung einer Vielzahl eigenartiger, überdurchschnittlicher Erzeugnisse eines Mitbewerbers durch ein planmäßiges und zielgerichtetes Anhängen an die fremde Leistung, obwohl andere Gestaltungselemente frei wählbar sind.”); T. SAMBUC, “Die Eigenart der ‘wettbewerblichen Eigenart’ - Bemerkungen zum Nachahmungsschutz von Arbeitsergebnissen durch § 1 UWG”, *GRUR* 1986, p. 130; Zie echter ook: Cass. 29 mei 2009, *NJW* 2010, p.151 (p.153: “De verkoper die, zonder zelf een creatieve inspanning te leveren, rechtstreeks voordeel haalt uit belangrijke inspanningen of investeringen gewijd aan een creatie met economische waarde van een andere verkoper, begaat nog geen daad strijdig met de eerlijke handelsgebruiken. De rechter kan nochtans op grond van het behalen van een voordeel om een andere reden dan het louter nabootsen, oordelen dat dit handelen onrechtmatig is. Die andere redenen bestaan niet alleen uit de miskennis van intellectuele eigendomsrechten of verwarringstichtende reclame, maar kunnen elke vorm van onrechtmatig gedrag zijn.”) Zie rond dit arrest bijvoorbeeld: Zie in die zin bijvoorbeeld: D. MERTENS, “Het Hof van Cassatie over ‘parasitaire mededinging’ en ‘aanhaking’. Scherpstelling of genadeschot?” noot bij Cass. 29 mei 2009, *R.W.* 2010-2011, p.1562-1566; G. STRAETMANS, “Over parasitaire concurrentie en namaak”, *DAOR* 2011, p. 286; R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 77-78.*

¹⁶⁶⁹ Een ‘handelspraktijk’ omschrijft art. I.8., 23° WER (oud art. 2, 29° Wet Marktpraktijken) hierbij als volgt: “iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een onderneming, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product;”. Het begrip ‘onderneming’ binnen deze definitie is volgens art. I.1., 1° WER (oud artikel 2, 1° Wet Marktpraktijken) te verstaan als: “elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen”.

ondernemingen¹⁶⁷⁰. Indien deze voorwaarden niet vervuld zijn, biedt het recht inzake oneerlijke mededinging met andere woorden geen basis om zich te verzetten tegen zintuiglijk waarneembare handelingen die teruggaan op een ‘kopiëren’ van de kenmerken die te danken zijn aan het resultaat van inspanningen van een andere persoon, zelfs al is duidelijk dat dit ‘kopiëren’ toelaat om een voordeel te behalen op grond de inspanningen van de betrokken andere persoon. Bijvoorbeeld indien personen incorporaties van inspanningen van een onderneming of een andere persoon, kopiëren met het oog op hun eigen eindgebruik, kan dit, bij gebrek aan het voorliggen van een ‘handelspraktijk’, geen aanleiding geven tot een ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’.

3.1.2. De *sui generis* intellectuele rechten

In het licht van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken stellen we vast dat, indien zij bescherming verlenen, het eveneens gebruikelijk is dat zij daarbij het volgende doen: een persoon een bepaalde exclusieve bevoegdheid verlenen over bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, waarvan het stellen resulteert in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie. De concrete categorieën voorbehouden handelingen binnen deze *sui generis* intellectuele rechten die het aanknopingspunt vormen daartoe lopen soms uiteen. In het kader van het chipsrecht is dit aanknopingspunt met name te zoeken in de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’¹⁶⁷¹. Binnen het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht is in dit verband uiteindelijk telkens rekening te houden met de categorieën voorbehouden handelingen ‘reproducen’¹⁶⁷² en

¹⁶⁷⁰ Aangezien het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ een toepassing uitmaakt van art. VI.104. WER (oud art. 95 Wet Marktpraktijken) vereist dit ingrijpen ook steeds dat een ‘handelspraktijk’ voorligt, die twee voorwaarden vervult: 1.) de handelspraktijk is strijdig met de eerlijke marktpraktijken – in dit geval dus omdat ze kwalificeert als ‘parasitaire mededinging’ – én 2.) de handelspraktijk moet de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaden of kunnen schaden. Voor een uitgebreide bespreking van deze voorwaarden, zie bijvoorbeeld: J. LIGOT, F. VANBOSSELE, O. BATTARD en A. TALLON (editor), *Les pratiques loyales*, Brussel, Larcier, 2012, p. 40 e.v.; Zie ook: Luik 10 juni 2011, *I.R.D.I.* 2012, p. 83 (“*Enfin, les intérêts professionnels de l’appelante ne sont pas atteints alors même que la preuve de l’existence d’un dommage n’est pas requise.*”).

¹⁶⁷¹Zie: art 5.1., a) Richtlijn Chips en art. XI.319., lid 1 WER (oud art. 1, lid 1 Chipswet). Vergelijk §6, lid 1, 1.) Duitse Wet die uitdrukkelijk spreekt van “*die Topographie nachzubilden*”.

¹⁶⁷² Zie: art. 4.1., a) Richtlijn Computerprogramma's; art. XI.298., a) WER (oud art. 5, a) Wet Computerprogramma's); art. 5, a) Richtlijn Databanken en art. XI.165., §1, lid 1 WER (oud art. 1, §1, lid 1 Auteurswet). In dit verband is ook op te merken dat we niet afzonderlijk ingaan op de categorieën voorbehouden handelingen ‘bewerken’ en ‘vertalen’ binnen het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, inzoverre, deze categorieën voorbehouden handelingen in wezen ook te analyseren zijn als aanwijzingen rond de reikwijdte van het ‘object’ waarop de andere categorieën voorbehouden handelingen betrekking hebben. Zie: art. 4.1., b) Richtlijn Computerprogramma's (“*het vertalen, bewerken, arrangeren of anderszins veranderen van een programma, en de reproductie van het resultaat daarvan, onverminderd de rechten van degene die het programma verandert;*”); art. XI.298., b) WER (oud art. 5, b) Wet Computerprogramma's); art. 5, b) Richtlijn Databanken (“*de vertaling, bewerking, schikking en iedere andere verandering;*”); art. XI.165., §1, lid 2 WER (oud art. 1, §1, lid 2 Auteurswet); Uitgebreider rond de verhouding van de categorieën voorbehouden handelingen ‘bewerken’ en ‘vertalen’ tot de andere categorieën voorbehouden handelingen, bijvoorbeeld: T. DREIER, “§ 69 c Zustimmungsbefürftige Handlungen” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 15 en J. MARLY, *Softwareüberlassungsverträge*, München, C.H. Beck, 2004, p. 516 e.v.; Zie ook: J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, p. 133.

‘publiek mededelen’¹⁶⁷³. In het kader van het databankenrecht *sui generis*, ten slotte, is volgens ons in dit verband te denken aan de categorieën voorbehouden handelingen ‘opvragen’¹⁶⁷⁴ en ‘hergebruiken’¹⁶⁷⁵.

In wat volgt, analyseren we nu de bestaande, normatieve interpretaties rond de zonet aangehaalde categorieën voorbehouden handelingen. Daarbij bespreken we ook ditmaal welke aanwijzingen de interpretaties rond deze categorieën voorbehouden handelingen bieden op het volgende vlak: (A.) de inherente zintuiglijke waarneembare kenmerken die handelingen moeten vertonen om te kunnen kwalificeren als de betrokken categorieën voorbehouden handelingen en (B.) de contextgebonden factoren die bepalen of concrete handelingen met de daartoe vereiste inherente zintuiglijke waarneembare kenmerken ook daadwerkelijk onder de betrokken categorieën voorbehouden handelingen vallen¹⁶⁷⁶.

A. Soort handelingen

In eerste instantie bespreken we dus ook hier welke inherente kenmerken zintuiglijk waarneembare handelingen precies moeten vertonen om, ditmaal binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, te kunnen kwalificeren als de categorieën voorbehouden handelingen waarrond geldt dat ze het aanknopingspunt kunnen zijn voor het volgende: de rechthebbende een bevoegdheid verlenen over bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ waarvan het stellen resulteert in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie. In wat volgt, geven we daarbij met name eerst aan welke principes in dit verband aangenomen worden binnen (A.1.) het chipsrecht, (A.2.) het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht en (A.3.) het databanken *sui generis* recht. Daarna (A.4.), gaan we ook dieper in op een aantal discussiepunten rond de toepassing van deze principes.

A.1. Chipsrecht

Binnen het chipsrecht is het volgens ons, zoals aangegeven, de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’¹⁶⁷⁷ die het aanknopingspunt vormt om de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid te verlenen over bepaalde handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ waarvan het stellen resulteert in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie. De regelgeving rond het chipsrecht biedt in de regel weliswaar geen verdere preciseringen rond de betekenis van ‘reproducen’¹⁶⁷⁸ maar de voorbereidende werkzaamheden en de rechtsleer geven aan dat deze notie verwijst naar een breed gamma van

¹⁶⁷³ Zie: art. 5, d) Richtlijn Databanken en art. XI.165., §1, lid 4 WER (oud art. 1, §1, lid 4 Auteurswet). Bij het computerprogramma-auteursrecht is het ‘publiek mededelen’, bij gebrek aan uitdrukkelijke bepalingen hierrond in de betrokken regelgeving, aan de orde in het licht van de aanvullende werking van het algemene auteursrecht die aanvaard wordt ten aanzien van het computerprogramma-auteursrecht. Zie in die zin bijvoorbeeld: M.-C. JANSSENS, “Bescherming van computerprogramma’s: oude wijn in nieuwe vaten?”, *DAOR* 2011, p. 215 en A. STROWEL en E. DERCLAYE, *Droit d’auteur et numérique: logiciels, bases de données multimédia. Droit belge, européen et comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, p. 216-217.

¹⁶⁷⁴ Zie: art. 7.2., a) Richtlijn Databanken (“*In dit hoofdstuk wordt: a) onder "opvraging" verstaan, het permanent of tijdelijk overbrengen van de inhoud van een databank of een substantieel deel ervan op een andere drager, ongeacht op welke wijze en in welke vorm,*”) en art. I.17., 3° WER (oud art. 2, 2° Wet Databanken).

¹⁶⁷⁵ Zie: art. 7.2., b) Richtlijn Databanken (“*In dit hoofdstuk wordt: ...b) onder "hergebruik" verstaan, elke vorm van het aan het publiek ter beschikking stellen van de inhoud van een databank of een substantieel deel ervan, door verspreiding van kopieën, verhuur, on line transmissie of in een andere vorm.*”) en art. I.17., 4° WER (oud art. 2, 3° Wet Databanken).

¹⁶⁷⁶ Voor dit onderscheid inspireren we ons zoals aangegeven op MOM die in het kader van zijn bespreking van het begrip ‘openbaarmaking’ in de Nederlandse auteurswet, een onderscheid maakt tussen de “*natuurlijke betekenis*” van dit begrip en de “*auteursrechtelijke relevantie van bepaalde vormen van gebruik van beschermde werken in een besloten kring*” in het licht van dit begrip. Zie: G. MOM, “Uitvoering in (strikt) besloten kring”, *ami* 2010, p. 81.

¹⁶⁷⁷ Zie: art 5.1., a) Richtlijn Chips en art. 1, lid 1 Chipswet; Vergelijk §6, lid 1, 1.) Duitse Wet die uitdrukkelijk spreekt van “*die Topographie nachzubilden*”.

¹⁶⁷⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: art 5.1., a) Richtlijn Chips en art. XI.319., lid 1 WER (oud art. 1, lid 1 Chipswet). Vergelijk echter op dit vlak: § 905 United States Code (“*The owner of a mask work provided protection under this chapter has the exclusive rights to do and to authorize any of the following: (1) to reproduce the mask work by optical, electronic, or any other means;*”).

zintuiglijk waarneembare handelingen die resulteren in het vastleggen van de kenmerken van een ‘topografie’ in uiteenlopende zintuiglijk waarneembare manifestatie. Zowel het vastleggen van de kenmerken van een topografie in bijvoorbeeld halfgeleidend materiaal, in een elektronische drager of in de fotolithografische ‘maskers’ die gebruikt worden bij het vervaardigen van chips, kunnen volgens de betrokken voorbereidende werkzaamheden en rechtsleer eventueel kwalificeren als een reproduceren¹⁶⁷⁹.

In het kader van het chipsrecht moeten we echter niettemin vaststellen dat we uiteindelijk over weinig precieze aanwijzingen beschikken rond de concrete inherente kenmerken die zintuiglijk waarneembare handelingen moeten vertonen om te kunnen kwalificeren als een eigenlijk ‘reproduceren’ binnen het chipsrecht¹⁶⁸⁰. Zo is het volgens ons niet duidelijk of en in welke mate naast een eigenlijk dupliceren van kenmerken ook een louter wijzigen van kenmerken kan kwalificeren als een ‘reproduceren’ binnen het chipsrecht. Daarnaast beschikken we uiteindelijk ook over weinig aanwijzingen rond de vraag of ‘reproduceren’ binnen het chipsrecht zich bijvoorbeeld beperkt tot zintuiglijk waarneembare handelingen met een materieel resultaat en wat materieel daarbij dan wel precies inhoudt. Wetgevers en rechtsleer blijken immers vooral te benadrukken dat de notie ‘reproduceren’ binnen het chipsrecht erg ruim te verstaan is¹⁶⁸¹ en situeren deze notie zelden in het licht van de traditionele dichotomie binnen bijvoorbeeld het auteursrecht tussen categorieën voorbehouden handelingen die een materieel dan wel een niet-materieel resultaat vragen¹⁶⁸².

A.2. Computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht

In het kader van het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, kunnen de categorieën voorbehouden handelingen ‘reproduceren¹⁶⁸³’ en ‘publiek mededelen¹⁶⁸⁴’ volgens ons het aanknopingspunt vormen voor de rechthebbende om bepaalde handelingen te kunnen controleren ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, waarvan het stellen resulteert in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie. De bijzonderheid hierbij is dan wel dat in de regel, bijvoorbeeld in België, aangenomen wordt dat ‘publiek mededelen’ binnen het computerprogramma-auteursrecht, bij gebrek aan

¹⁶⁷⁹ Zie bijvoorbeeld House Report Semiconductor Chip Protection Act, p. 5750 (“*The owner of a mask work under this Act has the exclusive right to reproduce the work in any way, including any manufacturing method. ... Optical means, such as conventional mask lithography, are the most common means for reproducing a mask work in a semiconductor chip product; optical means are also most typically the means for reproducing the work in the form of the masks used in mask lithography to manufacture semiconductor chip products. However, electronic means of reproduction are also in use at this time. For example, a mask work can be stored in a data base tape, so that the coordinates of various points in the semiconductor chip product are recorded. The mask work can then be reproduced in a semiconductor chip, in a mask, or in another tape by means of the data base tape. The tape can be utilized, also, in conjunction with a computer and computer program, to drive an electron gun that directly etches patterns in the semiconductor chip product, or to drive a light beam that polymerizes “resist” on the surface of the chip during the manufacturing process so that a pattern can then be etched onto the surface. The language of paragraph (1) is intended to include all of these and any other means of reproducing mask works.*”).

¹⁶⁸⁰ Zie in die zin ook: A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 109 (“*‘Reproduction’ is not defined in the Directive. In particular, the Directive is silent on what material form a reproduction of an IC design might take; on whether reproduction requires ‘copying’, and on whether reproduction may occur where there is less than complete identity between the two designs.*”).

¹⁶⁸¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: H. VANHEES, “Het Belgische sui generis beschermingsregime voor chips: een nieuw industrieel eigendomsrecht”, *R.W.* 1989-1990, p. 1278 (onder verwijzing naar de Memorie van Toelichting bij de Chipswet, 6-7).

¹⁶⁸² Vergelijk echter: A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 109 (met name waar deze de vraag stelt “*what material form a reproduction of an IC design might take*”).

¹⁶⁸³ Zie: art 4.1., a) Richtlijn Computerprogramma’s; art. XI.298., a) WER (oud art. 5, a) Wet Computerprogramma’s); art 5, a) Richtlijn Databanken en art. XI.165., §1, lid 1 WER (oud art. 1, §1, lid 1 Auteurswet).

¹⁶⁸⁴ Zie: art 5, d) Richtlijn Databanken en art. XI.165., §1, lid 4 WER (oud art. 1, §1, lid 4 Auteurswet).

uitdrukkelijk bepalingen hierrond in de betrokken regelgeving¹⁶⁸⁵, slechts een rol speelt door de aanvullende werking van het traditionele auteursrecht ten aanzien van het computerprogramma-auteursrecht¹⁶⁸⁶.

De inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken die een handeling moet vertonen om te kunnen kwalificeren als een ‘reproduceren’ binnen het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, zijn daarbij, volgens ons, in de regel als volgt te bepalen: het moet gaan om een zintuiglijk waarneembare handeling die zintuiglijk waarneembare kenmerken vastlegt in een materiële, zintuiglijk waarneembare manifestatie¹⁶⁸⁷. Zolang daarbij maar sprake is van een dergelijk materieel resultaat, blijken ook het computerprogramma-auteursrecht en

¹⁶⁸⁵ Vergelijk echter bijvoorbeeld: B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 59 (Die rond de notie “elke vorm van distributie” in art. 4.1., c. Richtlijn Computerprogramma’s schrijven: “*The right is not defined, since any form of distribution is controllable. This means that transmission of the original or copies via any medium, ‘broadcasting’ in the sense of Article 11bis of the Berne Convention, networking and any other form of making available to the public are all subject to authorisation. The question of the public performance of a computer program does not arise in the strict sense as applied to literary or musical works generally. Nevertheless, the term ‘any form of distribution’ is capable of a wide interpretation to cover any act which may become relevant in future.*”); Vergelijk ook: § 69c Duitse Auteurswet: “*Der Rechtsinhaber hat das ausschließliche Recht, folgende Handlungen vorzunehmen oder zu gestatten: ... 4. die drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Wiedergabe eines Computerprogramms einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung in der Weise, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist.*”

¹⁶⁸⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: M.-C. JANSSENS, “Bescherming van computerprogramma’s: oude wijn in nieuwe vaten?”, *DAOR* 2011, p. 215 en A. STROWEL en E. DERCLAYE, *Droit d’auteur et numérique: logiciels, bases de données multimédia. Droit belge, européen et comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, p. 216-217.

¹⁶⁸⁷ Zie in die zin met betrekking tot het computerprogramma-auteursrecht: T. DREIER, “UrhG § 69 c Zustimmungspflichtige Handlungen” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 6 (“*Vervielfältigung ist danach die Herstellung einer körperlichen - und sei es auch nur vorübergehenden - Festlegung des Programms, die geeignet ist, dieses den menschlichen Sinnen unmittelbar oder - durch eine den Inhalt verarbeitende Maschine - mittelbar wahrnehmbar zu machen.*”); Vergelijk echter: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 c Zustimmungspflichtige Handlungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 16 (“*Klargestellt wird von § 69 c Nr. 1 S. 1, dass es auf die Form und die Mittel, mit der die Vervielfältigung vorgenommen wird, nicht ankommt. Vervielfältigung ist daher der körperliche Ausdruck des Programms genauso wie die unkörperliche Online-Übertragung mit anschließender Verkörperung oder sogar die rein gedankliche Nachprogrammierung.*”); Zie uitdrukkelijk in die zin met betrekking tot het databanken-auteursrecht: G. WESTKAMP, *Der Schutz von Datenbanken und Informationssammlungen im britischen und deutschen Recht*, München, Verlag C.H. Beck, 2003, p. 82; In dit verband is ook op te merken dat het databanken-auteursrecht zich in vele Europese Lidstaten van de bepalingen bedient die het auteursrecht bepaalt rond de categorie voorbehouden handelingen ‘reproduceren’ en die zoals aangegeven verwijzen naar handelingen met een materieel resultaat. Zie in die zin bijvoorbeeld de Belgische regeling rond het databanken-auteursrecht in Boek XI. - Intellectuele eigendom, Titel 5. - Auteursrecht en naburige rechten, Hoofdstuk 2. - Auteursrecht, Afdeling 5. Bijzondere bepalingen betreffende databanken die wat de initiële bepaling van de voorbehouden handelingen betreft, terugvalt op de regeling van het algemene auteursrecht in art. XI.165. WER (oud art. 1 Auteurswet). Vergelijk in dit verband: H. HABERSTUMPF, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz”, *GRUR* 2003, p. 23 onder verwijzing naar Begr. RegE, BR-Dr 966/96 (“*Der deutsche Gesetzgeber hat darauf verzichtet, Art. 5 Datenbank-RL, der die Verwertungsrechte des Datenbankurhebers aufzählt, umzusetzen, weil seiner Meinung nach die allgemeinen Regeln der §§ 15 ff. UrhG den Vorgaben der Richtlinie schon entsprechen.*”); Echter eerder in de zin dat de categorie voorbehouden handelingen ‘reproduceren’ zich kan uitstrekken tot duplicaties in om het even welke vorm, echter bijvoorbeeld: M. LEHMANN, “The European Database Directive and Its Implementation into German Law”, *IIC* 1998, p. 784 (“*Consequently, any reproduction, whether only temporary or permanent, in whole or in part, using any means and in any form, any uploading or downloading and hence even merely browsing in the Internet with respect to a database requires the author’s consent as a matter of principle. This very broad concept of reproduction in any form also covers the “making available right,” the “right of communication to the public,” of the new Art. 8 of the WCT, which hitherto has not corresponded to any national user right in German copyright law.*”) en A. BEUNEN, *Protection for databases: the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, p. 95 (“*Thus, making printouts on paper of an electronic database is prohibited, as well as making immaterial, digital reproductions thereof. This is in conformity with the Directive, which in art. 6(2)(a) uses the term ‘reproduction’ within the meaning of the act of reproducing, thereby covering reproductions in any form according to art. 5(a).*”).

het databanken-auteursrecht een ‘vastleggen’ van kenmerken’ dat kan kwalificeren als een ‘reproducen’ erg ruim op te vatten. Het feit dat de regelgeving rond het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht uitdrukkelijk aangeeft dat dit de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid verleent over het ‘op welke wijze of in welke vorm ook’, ‘direct of indirect’, ‘tijdelijk of duurzaam’, ‘volledig of gedeeltelijk’ reproducen, geldt ook binnen deze rechten als maatstaf voor het brede scala aan vormen van vastleggen van kenmerken met een materieel resultaat die kunnen kwalificeren als hun categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’¹⁶⁸⁸. Er is wel enige discussie en onduidelijkheid rond de vraag of ‘reproducen’ binnen het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht naast het ‘reproducen’ *sensu stricto*, in de zin van handelingen die zelf resulteren in een materiële vastlegging van kenmerken, ook het ‘reproducen’ *sensu lato* omvat, in de zin van handelingen die louter betrekking hebben op een dergelijke materiële vastlegging, zoals bij het aanvaarden dat het reproductierecht ook een bestemmingsrecht omvat¹⁶⁸⁹. Daarenboven is het, volgens ons, dan al evenmin duidelijk of, naast een eigenlijk dupliceren van kenmerken dat resulteert in een bijkomende materiële zintuiglijk waarneembare manifestatie, ook een louter wijzigen van kenmerken van een materiële zintuiglijk waarneembare manifestatie, in het kader van het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, inderdaad kan kwalificeren als een ‘reproducen’¹⁶⁹⁰. Ten slotte, is op te merken dat het computerprogramma-auteursrecht ook nog de volgende precisering bevat rond de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’: “Voor zover voor het laden of in beeld brengen, of de uitvoering, transmissie of opslag van een computerprogramma deze reproductie van het programma noodzakelijk is, is voor deze handelingen toestemming van de rechthebbende vereist;”¹⁶⁹¹ Rond deze precisering is het gebruikelijk om aan te nemen dat deze opsomming van handelingen enkel aangeeft dat, indien alle voorwaarden daartoe vervuld zijn, bijvoorbeeld ‘het laden of in beeld brengen, of de uitvoering, transmissie of opslag van een computerprogramma’ kunnen kwalificeren als een ‘reproducen’ binnen het computerprogramma-auteursrecht, zonder dat deze opsomming daarbij inhoudt dat de opgesomde handelingen steeds kwalificeren als een dergelijk ‘reproducen’¹⁶⁹².

De inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken die een handeling moet vertonen om daarentegen te kunnen kwalificeren als een ‘publiek mededelen’ binnen het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, zijn daarbij, volgens ons, als volgt te bepalen: het moet gaan om een zintuiglijk waarneembare handeling die een weergeven van zintuiglijk waarneembare kenmerken met een niet-materieel resultaat inhoudt,

¹⁶⁸⁸ Zie: art 4.1., a) Richtlijn Computerprogramma’s; art. XI.298., a) WER (oud art. 5, a) Wet Computerprogramma’s); art 5, a) Richtlijn Databanken en art. XI.165., §1, lid 1 WER (oud art. 1, §1, lid 1 Auteurswet).

¹⁶⁸⁹ Eerder in de zin dat het bestemmingsrecht ook toepassing kan vinden in het kader van het computerprogramma-auteursrecht, bijvoorbeeld: Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, “Open source software: een analyse naar Belgisch recht”, *I.R.D.I.* 2007, p. 379; In de zin dat het bestemmingsrecht geen toepassing kan vinden binnen het computerprogramma-auteursrecht, bijvoorbeeld: Gent 23 september 2009, *A&M* 2010, p. 42 (Daar luidt het oordeel dat het bestemmingsrecht geen autonoom bestaan en geen wettelijke basis heeft in de auteurswetgeving noch in de softwarewetgeving.); Met betrekking tot de discussie of het bestemmingsrecht ook toepassing kan vinden in het kader van het databanken-auteursrecht: A. BEUNEN, *Protection for databases: the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, p. 90

¹⁶⁹⁰ Vergelijk op dit punt, enigszins in de richting van een stellingsname, bijvoorbeeld: Vergelijk op dit punt: C. CZYCHOWSKI en K. BRÖCKER, “ASP - Ein Auslaufmodell für das Urheberrecht?”, *MMR* 2002, p. 83 (“Daher kann es sich hierbei schon nicht um eine Vervielfältigung i.S.d. §§ 69c, 16 UrhG handeln, denn für eine Vervielfältigung beim Nutzer ist denklogisch - selbst wenn nur temporär - eine Dopplung von Dateien erforderlich.”).

¹⁶⁹¹ Art. XI.298., a) *in fine* WER (oud art. 5, a) *in fine* Wet Computerprogramma’s). Uitdrukkelijk in die zin ook: art 4.1., a) *in fine* Richtlijn Computerprogramma’s.

¹⁶⁹² Zie in die zin bijvoorbeeld: B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 57 en T. DREIER, “The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs”, *E.I.P.R.* 1991, p. 321 (“Restricted are, according to Article 4(a), the permanent or temporary reproduction of a computer program by any means and in any form, in part or in whole. However, the directive does not define the term ‘reproduction’ any further. Most important, it also leaves open the question whether the acts of loading, displaying, running, transmission or storage of a computer program have to be characterised as reproductions. Rather, the directive subjects these acts to the rightholder’s authorisation only insofar as they necessitate a reproduction.”).

aan een publiek¹⁶⁹³. Ook binnen het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht geldt daarbij dat zolang sprake is van een niet-materieel resultaat en een publiek, het weergeven van kenmerken dat kan kwalificeren als een ‘publiek mededelen’ erg ruim op te vatten. Als leidraad voor het brede scala aan vormen van weergeven van kenmerken met een niet-materieel resultaat die kunnen kwalificeren als een ‘publiek mededelen’ geldt dan met name het feit dat het traditionele auteursrecht¹⁶⁹⁴ en het databanken-auteursrecht¹⁶⁹⁵ uitdrukkelijk stellen dat zij de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid verleent over elk ‘publiek mededelen’, ongeacht het daartoe aangewende procedé, met inbegrip van de beschikbaarstelling voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn. Hierbij is echter op te merken dat er volgens ons geen duidelijkheid of eensgezindheid bestaat rond de vraag of, naast een eigenlijk dupliceren van kenmerken dat resulteert in een bijkomende niet-materiële zintuiglijk waarneembare manifestatie, ook het louter ‘tonen van het bestaande’ aan een publiek, in het kader van het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, kan kwalificeren als een ‘publiek mededelen’¹⁶⁹⁶.

Vervolgens kunnen we dan ook de categorieën voorbehouden handelingen ‘reproducen’ en ‘publiek mededelen’, in het kader van het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, kort tegenover elkaar plaatsen om een beter beeld te krijgen van hun respectievelijke rol in het verlenen van een controle rond zintuiglijk waarneembare handelingen die resulteren in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie. In dit verband menen wij dat met name drie observaties van belang zijn.

Ten eerste stellen we dus vast dat het, ook in het kader van het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, gebruikelijk is om aan te nemen dat de vraag of een handeling, op grond van zijn inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken, in aanmerking komt voor een kwalificatie als een ‘reproducen’ dan wel een ‘publiek mededelen’, in hoofdzaak te beantwoorden is in het licht van het volgende criterium: is aan te nemen dat de betrokken zintuiglijk waarneembare handelingen een ‘materieel’ dan wel een ‘niet-materieel’ resultaat heeft. Een materieel resultaat impliceert daarbij opnieuw dat in wezen enkel nog te denken is aan een kwalificatie als een ‘reproducen’. Een ‘niet-materieel’ houdt ook in deze context in beginsel in dat enkel nog een kwalificatie als een ‘publiek mededelen’ in aanmerking komt. Met het oog op de vaststelling of sprake is van een ‘reproducen’ en ‘publiek mededelen’, in het kader van het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, is het met andere woorden dus opnieuw belangrijk om te weten hoe deze intellectuele rechten de noties ‘materieel’ en ‘niet-materieel’ verstaan als specificaties van de eigenschappen van uit handelingen resulterende zintuiglijke waarneembare manifestaties. In dit verband is dan met name aanvaard dat ook het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht onder een ‘materieel resultaat’ een resultaat verstaan in een zintuiglijk waarneembare manifestatie die als tastbaar, lichamenlijk of stoffelijk geldt. Daarbij is dan met name bijvoorbeeld te denken aan een vastlegging van kenmerken in papier¹⁶⁹⁷, binnen de

¹⁶⁹³ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 c Zustimmungsbedürftige Handlungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 50 (“Eine öffentliche Wiedergabe liegt vor, wenn das Computerprogramm einer Vielzahl von nicht persönlich verbundenen Nutzern gleichzeitig oder sukzessive (...) in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird.”) en J. GASTER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken. Kommentar zur Richtlinie 96/6/EG mit Erläuterungen zur Umsetzung in das deutsche und österreichische Recht*, Keulen, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1999, p. 88 (Die ‘mededeling voor het publiek’ uit art. 5, d) Richtlijn Databanken omschrijft als: “Das recht der Wiedergabe in unkörperlicher Form...”).

¹⁶⁹⁴ Met betrekking tot het computerprogramma-auteursrecht is het in dit verband, zoals aangegeven, gebruikelijk om aan te nemen dat hierbij de zogeheten aanvullende werking speelt van het algemene auteursrecht en dan met name van art. 1, §1, lid 1 Auteurswet (“Alleen de auteur van een werk van letterkunde of kunst heeft het recht om het werk volgens ongeacht welk procedé, met inbegrip van de beschikbaarstelling voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, aan het publiek mede te delen.”).

¹⁶⁹⁵ Zie: art. 5, d.) Richtlijn Databanken en art. XI.165., §1, lid 4 WER (oud art. 1, §1, lid 4 Auteurswet).

¹⁶⁹⁶ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 c Zustimmungsbedürftige Handlungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 49 e.v..

¹⁶⁹⁷ Zie bijvoorbeeld: T. DREIER, “UrhG § 69 c Zustimmungsbedürftige Handlungen” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 7 (“Auch der Ausdruck eines Programms auf Papier ist Vervielfältigung.”).

schakelcomponenten van een geheugen binnen een computersysteem, binnen de onderscheiden magnetische toestanden van punten op een magnetisch schijfgeheugen of binnen de onderscheiden licht reflecterende toestanden van punten op een cd-rom¹⁶⁹⁸. Daartegenover staat dat het gebruikelijk is om aan te nemen dat het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht onder een ‘niet-materieel resultaat’ een resultaat verstaan in een zintuiglijk waarneembare manifestatie die als niet-tastbaar, onlichamelijk of onstoffelijk geldt, met name bijvoorbeeld lichtgolven of elektronische impulsen. Bij handelingen die resulteren in elektrische spanningsverschillen die een bepaald bestand belichamen, bijvoorbeeld bij de transmissie van dit bestand via het internet of tussen onderdelen van een computersysteem, geldt ook binnen het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, dat deze elektrische spanningsverschillen te beschouwen zijn als ‘niet-materieel’ en dus, in beginsel, enkel als basis kunnen dienen om de betrokken handelingen eventueel te laten kwalificeren als een ‘publiek mededelen’. Hierbij is het ook erg gebruikelijk om bijvoorbeeld aan te nemen dat bijvoorbeeld de eigenlijke weergave via een beeldscherm, dus los van de duplicatie die voor deze weergave noodzakelijk is binnen het beeldscherm- en ram-geheugen van een computersysteem, te beschouwen is als niet-materieel en dus, in tegenstelling tot de daartoe noodzakelijke duplicaties binnen het beeldscherm- en ram-geheugen, niet kan kwalificeren als een ‘reproducen’¹⁶⁹⁹.

Ten tweede observeren we bovendien dat het gegeven dat het resultaat van een zintuiglijk waarneembare handeling gericht is op een ‘publiek’, ook in het kader van het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, enkel te toetsen is in het licht van een mogelijke kwalificatie van de betrokken handeling als een ‘publiek mededelen’, niet in het licht van de vraag of de betrokken handeling kan kwalificeren als een ‘reproducen’.

Ten slotte, stellen we ook vast dat het, in het kader van het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, ondertussen eveneens erg gebruikelijk is om aan te nemen dat de vraag, of een handeling, op grond van zijn inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken, in aanmerking komt voor een kwalificatie als een ‘reproducen’ dan wel een ‘publiek mededelen’, zich, in beginsel, niet laat beantwoorden in het licht van het volgende criterium: de duur van het bestaan van het resultaat van deze handeling. Het argument voor deze opvatting is dan ook hier dat de regelgeving rond het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, zoals aangegeven, uitdrukkelijk aangeeft dat deze intellectuele rechten de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid verlenen over zowel het tijdelijk als het duurzaam ‘reproducen’¹⁷⁰⁰.

A.3. Databankenrecht *sui generis*

In het kader van het databankenrecht *sui generis* geldt volgens ons dat de categorieën voorbehouden handelingen ‘opvragen’ en ‘hergebruiken’ het aanknopingspunt vormen voor de rechthebbende om bepaalde handelingen te

¹⁶⁹⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 c Zustimmungsbedürftige Handlungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 4; M. KÖNIG, “Können Objektprogramme urheberrechtlich geschützt sein? - Zugleich eine Kritik an Kullmann, Berlin 1988”, *GRUR* 1989, p. 559 en H. HABERSTUMPF, “Zur urheberrechtlichen Beurteilung von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen”, *GRUR* 1982, p. 148 (“*Im Fall der Festlegung auf Lochkarten oder Lochstreifen kann man als körperliches Festlegungsexemplar den Lochkartenstapel bzw. den Lochstreifen ansehen. Im Fall der externen Speicherung des Maschinenprogramms besteht das Vervielfältigungsexemplar in der Magnetplatte oder in dem Magnetband, falls diese Datenträger von der Anlage räumlich getrennt werden können; wird dagegen das Programm intern in der Maschine selbst gespeichert, muß die gesamte Anlage als neues Festlegungsexemplar angesehen werden, weil deren Aufbau es ermöglicht, das gespeicherte Programm z.B. mittels eines Datensichtgeräts oder durch den Drucker unmittelbar wahrnehmbar zu machen.*”).

¹⁶⁹⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 c Zustimmungsbedürftige Handlungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 8 (“*Nach allgemeiner Meinung keine Vervielfältigung stellt mangels Verkörperung die Darstellung auf dem Bildschirm dar...*”).

¹⁷⁰⁰ Zie in die zin, bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 c Zustimmungsbedürftige Handlungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 6 (“*Die Gegenargumentation, es fehle an der nötigen Beständigkeit, wie sie für ein Vervielfältigungsstück typisch sei, vermag aufgrund der schon nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht geforderten Dauerhaftigkeit nicht zu überzeugen (...). Dafür spricht nunmehr auch die Anpassung des Wortlauts des § 16 Abs. 1 an die Formulierung des § 69 c Nr. 1 (...).*”).

kunnen controleren ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ waarvan het stellen resulteert in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie. Het databankenrecht *sui generis* definieert ‘opvragen’ immers als het “*permanent of tijdelijk overbrengen van de inhoud van een databank of een substantieel deel ervan op een andere drager, ongeacht op welke wijze en in welke vorm.*”¹⁷⁰¹ ‘Hergebruik’ omschrijft het databankenrecht *sui generis* uitdrukkelijk als “*elke vorm van het aan het publiek ter beschikking stellen van de inhoud van een databank of een substantieel deel ervan, door verspreiding van kopieën, verhuur, on line transmissie of in een andere vorm.*”¹⁷⁰² Uit deze omschrijving van ‘hergebruiken’ blijkt dan meteen al dat deze categorie voorbehouden handelingen zich, zowel kan uitstrekken tot zintuiglijk waarneembare handelingen die een zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ weergeven aan een publiek, als tot zintuiglijk waarneembare handelingen die een zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ doen circuleren onder het publiek¹⁷⁰³. In die zin kunnen we stellen dat de categorie voorbehouden handelingen ‘hergebruik’ samengesteld is uit ‘hergebruik (publiek weergeven)’ en ‘hergebruik (doen circuleren)’. In dit onderdeel, dat ingaat op de aanknopingspunten voor de rechthebbende om op grond van het databankenrecht *sui generis* bepaalde handelingen te kunnen controleren ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ waarvan het stellen resulteert in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie, is het dan concreet het ‘hergebruik (publiek weergeven)’ dat centraal staat. De bespreking van het ‘hergebruik (doen circuleren)’ komt later aan bod, met name als we het specifiek hebben over de aanknopingspunten voor de rechthebbende om op grond van het databankenrecht *sui generis* bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen te kunnen controleren die een afgifte inhouden van de feitelijke of juridische macht over een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie die binnen het ‘object’ valt.

Uit de rechtsleer en rechtspraak blijkt alvast dat het soort zintuiglijk waarneembare handelingen dat op grond van zijn inherente kenmerken kan kwalificeren als een ‘opvragen’ en ‘hergebruiken’, erg ruim op te vatten is. Als overkoepelende leidraad voor de interpretatie van de begrippen ‘opvraging’ en ‘hergebruik’ in het kader van het databankenrecht *sui generis* heeft het Europees Hof van Justitie bijvoorbeeld reeds gesteld dat deze begrippen zo uit te leggen zijn “*dat zij verwijzen naar iedere handeling die bestaat in het zich toe-eigenen respectievelijk het ter beschikking stellen van het publiek, zonder toestemming van de samensteller van de databank, van de resultaten van diens investering, waardoor deze laatste inkomsten waarmee hij wordt geacht de kosten van deze investering te kunnen dekken, worden ontnomen*”¹⁷⁰⁴. Deze benadering houdt volgens het Hof dan met name in dat ‘opvraging’ en ‘hergebruik’ kunnen slaan op zintuiglijk waarneembare handelingen die een kopiëren inhouden zowel rechtstreeks vanuit een bepaalde databank als zonder directe toegang tot deze databank¹⁷⁰⁵. Specifiek rond het

¹⁷⁰¹ Art. 2, 2° Databankenwet, Art. 7.2., a) Richtlijn Databanken.

¹⁷⁰² Art. 2, 3° Databankenwet; art.7.2, b) Richtlijn Databanken.

¹⁷⁰³ Zie in die zin bijvoorbeeld ook: M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 184.

¹⁷⁰⁴ Zie: H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 51; Zie in die zin bijvoorbeeld ook: H.v.J 5 maart 2009, C-545/07 (*Apis-Hristovich t. Lakorda*), r.o. 40.

¹⁷⁰⁵ Zie in dit verband: H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 52-53 “*In deze context en in tegenstelling tot het standpunt van William Hill en de Belgische en de Portugese regering, kunnen de begrippen opvraging en hergebruik niet worden beperkt tot de gevallen waarin de opvraging en het hergebruik rechtstreeks geschieden vanuit de oorspronkelijke databank, omdat anders de samensteller van de databank niet wordt beschermd tegen het zonder toestemming kopiëren vanuit een kopie van zijn databank. Aangezien de opvraging en/of het hergebruik zonder toestemming door een derde vanuit een andere bron dan de betrokken databank, evenals dergelijke handelingen die rechtstreeks vanuit deze databank worden verricht, de investering van de samensteller van deze databank aantasten, moet ervan uit worden gegaan dat de begrippen opvraging en hergebruik geen directe toegang tot de betrokken databank veronderstellen.*”; Zie ook: T. EHMANN, „Datenbankurheberrecht, Datenbankherstellerrecht und die Gemeinschaft der Rechtsinhaber - Zugleich Besprechung von BGH Gedichttitelliste I und II“, *GRUR* 2008, p. 477 (“*Im Wortlaut von Art. 7 DatenbankRL26 heißt es: „Die Mitgliedstaaten sehen (...) das Recht vor, die Entnahme und/oder Weiterverwendung der Gesamtheit oder eines (...) wesentlichen Teils des Inhalts der Datenbank zu untersagen.“ Zwar ist diese Formulierung nach der Rechtsprechung des EuGH nicht so zu verstehen, dass die verletzende Entnahme unmittelbar aus der Ursprungsdatenbank erfolgen muss. Diese erweiternde Auslegung des Richtlinienwortlauts soll aber nach dem EuGH den Datenbankhersteller nur vor Kopien schützen, „die von einer Kopie seiner Datenbank aus vorgenommen werden.“*”).

begrip ‘opvraging’ binnen het databankenrecht *sui generis* heeft het Hof ook reeds gesteld dat dit begrip zich niet laat beperken door formele, technische of fysieke criteria¹⁷⁰⁶, met name niet door het gebruikte technische procedé om te kopiëren¹⁷⁰⁷, en al evenmin door de duur van het bestaan van de resulterende overbrenging¹⁷⁰⁸. Ook in de rechtsleer is het in dit verband gebruikelijk om aan te nemen dat, waar het databankenrecht *sui generis* in de definitie van ‘opvraging’ verwijst naar een ‘overbrengen op een andere drager’ – in de Engelse en Franse versie van de Richtlijn databanken overigens respectievelijk aangeduid als ‘transfer to another medium’ en ‘transfer sur un autre support’ – deze notie van een ‘drager’ erg ruim te verstaan is¹⁷⁰⁹. Het gegeven dat het databankenrecht *sui generis* bij het definiëren van ‘opvraging’ expliciet spreekt over een ‘overbrengen op een andere drager’ lijkt wel aan te geven dat een zintuiglijk waarneembare handeling daadwerkelijk moet resulteren in een bijkomende zintuiglijk waarneembare manifestatie om te kunnen kwalificeren als een ‘opvraging’¹⁷¹⁰. Of een mogelijke

¹⁷⁰⁶ Zie: H.v.J 9 oktober 2008 C-304/07 (*Directmedia Publishing t. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*), r.o. 38 (“Punt 14 van de considerans van richtlijn 96/9, volgens hetwelk „de bij deze richtlijn toegekende bescherming uitgebreid moet worden tot niet-elektronische databanken”, en punt 21 van de considerans van deze richtlijn, volgens hetwelk de in deze richtlijn vastgelegde bescherming niet vereist dat het in de databank opgenomen materiaal „op een materieel geordende wijze [is] opgeslagen”, pleiten er ook voor dat het begrip opvraging aldus wordt uitgelegd dat het evenmin als het begrip databank wordt bepaald door formele, technische of fysieke criteria.”).

¹⁷⁰⁷ Zie in die zin reeds: art. 2, 3° Databankenwet; art.7.2, b) Richtlijn Databanken; Zie ook: H.v.J 9 oktober 2008 C-304/07 (*Directmedia Publishing t. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*), r.o. 40 (“Bijgevolg kan niet worden gesteld, zoals Directmedia heeft gedaan, dat enkel de mechanische reproductie van de inhoud van een databank of van een deel ervan via een klassiek „copy/paste”-procedé, zonder enige bewerking van deze inhoud, onder het begrip opvraging valt.”) en r.o. 45 (“Verder kan de omstandigheid dat de gegevens uit een databank pas in een andere databank worden overgenomen na een kritische beoordeling door de betrokkene, zoals de Commissie heeft beklemtoond, weliswaar in voorkomend geval relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of deze andere databank kan vallen onder een van de beschermingsregelingen van richtlijn 96/9, maar zij doet daarentegen niet af aan de vaststelling dat er sprake is van een overbrenging van gegevens van de ene databank naar de andere.”).

¹⁷⁰⁸ Zie in dit verband: H.v.J 5 maart 2009, C-545/07 (*Apis-Hristovich t. Lakorda*), r.o. 43-44 met betrekking tot de interpretatie van de ‘permanente overbrenging’ en ‘tijdelijke overbrenging’ binnen het begrip ‘opvraging’. (“Zoals de Commissie van de Europese Gemeenschappen ter terechtzitting nader heeft gepreciseerd, beoogde deze wetgever uitdrukkelijk uit te sluiten dat bij de uitlegging en de toepassing van het begrip „overbrenging” in de zin van artikel 7 van richtlijn 96/9 een soort de-minimisregel ontstond. Zoals de Commissie ook ter terechtzitting heeft bevestigd, verbindt deze richtlijn zelf trouwens geen enkel specifiek rechtsgevolg aan het permanente of integendeel tijdelijke karakter van de betrokken overbrenging. De vraag of er sprake is van permanente of tijdelijke overbrenging, kan echter in de context van het betrokken nationale recht belang hebben om de ernst van een eventuele inbreuk op het recht *sui generis* van de fabrikant van een beschermde databank of de omvang van de herstelbare schade bij een dergelijke inbreuk te beoordelen. Zoals de Commissie meent, dient permanente van tijdelijke overbrenging te worden onderscheiden aan de hand van de duur van de opslag op een andere drager van de gegevens uit de oorspronkelijke databank. Er is permanente overbrenging bij duurzame opslag van deze gegevens op een andere dan de oorspronkelijke drager en tijdelijke overbrenging bij opslag van deze gegevens voor bepaalde tijd op een andere drager, bijvoorbeeld in het werkgeheugen van een computer.”).

¹⁷⁰⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 183 (“Der Begriff des Datenträgers ist in diesem Zusammenhang im weitesten Sinne zu verstehen und umfaßt jegliches – analoges oder digitales – Trägermedium, ...”) en J. GASTER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken. Kommentar zur Richtlinie 96/6/EG mit Erläuterungen zur Umsetzung in das deutsche und österreichische Recht*, Keulen, Berlijn, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1999, p. 129 (Die aangeeft dat de notie ‘drager’ zich in deze context uitstrekt tot alle “aufzeichnungsfähigen Medien”.); Vergelijk ook: W. CORNISH, “1996 European Community Directive on Database Protection”, *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts* 1996, p. 9 (“...transfer of content to ‘another medium’ – a curious concept which goes undefined.”).

¹⁷¹⁰ Zie in die zin de redenering die Leistner opbouwt rond Richtlijn Databanken, overweging 44 (“Overwegende dat wanneer de inhoud van een databank niet in beeld kan worden gebracht zonder die inhoud of een substantieel deel ervan permanent of tijdelijk op een andere drager over te brengen, hiervoor de toestemming van de rechthebbende vereist is;”); M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 91 en p. 183; Vergelijk ook: H.v.J 5 maart 2009, C-545/07 (*Apis-Hristovich t. Lakorda*), r.o. 41 (“Het bepalende criterium dienaangaande is, of er al dan niet sprake is van het „overbrengen” van de gehele inhoud van de betrokken databank of een deel ervan op een andere drager van dezelfde of een andere aard

kwalficatie als ‘hergebruik (publiek weergeven)’ vereist dat een zintuiglijk waarneembare handeling daadwerkelijk resulteert in een bijkomende zintuiglijk waarneembare manifestatie gericht op een publiek, dan wel of ook het louter ‘tonen van het bestaande’ aan een publiek kan kwalificeren als een dergelijk ‘hergebruik’, is, volgens ons, nog niet geheel duidelijk. In het licht van de ruime interpretatie die bijvoorbeeld het Europees Hof van Justitie voorstaat rond de notie ‘hergebruik’ is er volgens ons echter rekening mee te houden dat ook reeds het louter ‘tonen van het bestaande’ aan een publiek kan kwalificeren als een ‘hergebruik’¹⁷¹¹.

Vervolgens kunnen we dan ook de categorieën voorbehouden handelingen ‘opvragen’ en ‘hergebruiken’ tegenover elkaar plaatsen om een beter beeld te krijgen van hun respectievelijke rol in het verlenen van een controle rond zintuiglijk waarneembare handelingen die resulteren in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie. In dit verband menen wij dat met name drie observaties van belang zijn.

Ten eerste menen we te kunnen observeren dat de vraag of een handeling, op grond van zijn inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken, in aanmerking komt voor een kwalificatie als een ‘opvragen’ dan wel een ‘hergebruiken (publiek weergeven)’, in hoofdzaak te beantwoorden is in het licht van het volgende criteria: het resulteren in een ‘overbrenging’, in de zin van het resulteren in een bijkomende zintuiglijk waarneembare manifestatie, en het voorliggen van, minstens een gerichtheid op, het weergeven aan een ‘publiek’. Ligt een dergelijke ‘overbrenging’ voor dan is te denken aan een kwalificatie als een ‘opvragen’. Is sprake van een weergeven aan een ‘publiek’ of een gerichtheid daartoe, dan komt een kwalificatie als ‘hergebruik (publiek weergeven)’ in aanmerking¹⁷¹². In dit verband is, volgens ons, ook niet uit te sluiten dat een zintuiglijk waarneembare handeling die resulteert in een ‘overbrenging’ in aanwezigheid van een ‘publiek’ tegelijk een ‘opvragen’ en een ‘hergebruiken (publiek weergeven)’ uitmaakt¹⁷¹³.

dan de drager van deze databank. Een dergelijke overbrenging veronderstelt dat de gehele inhoud van een databank of een deel ervan is terug te vinden op een andere drager dan die van de oorspronkelijke databank (...).”

¹⁷¹¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: H.v.J 5 maart 2009, C-545/07 (*Apis-Hristovich t. Lakorda*), r.o. 49 (“*Dienaangaande dient ook te worden gepreciseerd dat, indien vaststaat – hetgeen ter beoordeling van de verwijzende rechter staat – dat de inhoud of een substantieel deel van de inhoud van een door het recht sui generis beschermde databank zonder toestemming van de fabrikant ervan is overgebracht op een drager van iemand anders en vervolgens ter beschikking van het publiek is gesteld, bijvoorbeeld in de vorm van een andere eventueel gewijzigde databank, deze omstandigheid, behalve op een opvraging, kan wijzen op een hergebruik in de zin van artikel 7 van richtlijn 96/9, daar het begrip hergebruik verwijst naar elke verspreiding onder het publiek van de inhoud van een beschermde databank of een deel daarvan, zonder toestemming (zie in die zin voormeld arrest *The British Horseracing Board e.a., punten 61 en 67*).”); Vergelijk op dit punt ook: H.v.J 18 oktober 2012, C-173/11 (*Football Dataco (et al.) t. Sportradar*), r.o. 21 (Rond de notie ‘hergebruik’ overweegt het Hof daar: “*Onder dat begrip valt de handeling die, zoals in het hoofdgeding, erin bestaat dat een persoon gegevens die eerder uit een door het recht sui generis beschermde databank zijn opgevraagd, via zijn webserver naar de computer van een andere persoon op diens verzoek verzendt. Door een dergelijke verzending worden deze gegevens immers beschikbaar gesteld aan een lid van het publiek.*” De vraag hierbij is dan in wezen of het ‘verzondene’, in het kader van de ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek nog wel te beschouwen is als het ‘bestaande’).*

¹⁷¹² Vergelijk: H.v.J 18 oktober 2012, C-173/11 (*Football Dataco (et al.) t. Sportradar*), r.o. 21 (Met betrekking tot de notie ‘hergebruiken’: “*Onder dat begrip valt de handeling die, zoals in het hoofdgeding, erin bestaat dat een persoon gegevens die eerder uit een door het recht sui generis beschermde databank zijn opgevraagd, via zijn webserver naar de computer van een andere persoon op diens verzoek verzendt. Door een dergelijke verzending worden deze gegevens immers beschikbaar gesteld aan een lid van het publiek.*”); Vergelijk ook: H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 61 (“*Uit het voorgaande volgt dat voor de opvraging, te weten het overbrengen van de inhoud van een databank op een andere drager, en het hergebruik, te weten het aan het publiek ter beschikking stellen van de gehele inhoud dan wel een substantieel deel van de inhoud van een databank, de toestemming van de samensteller van de databank vereist is, ...*”).

¹⁷¹³ Vergelijk in die zin ook: G. WESTKAMP, *Der Schutz von Datenbanken und Informationssammlungen im britischen und deutschen Recht*, München, Verlag C.H. Beck, 2003, p. 131-133; Vergelijk op dit punt ook: H.v.J 5 maart 2009, C-545/07 (*Apis-Hristovich t. Lakorda*), r.o. 49 (“*Dienaangaande dient ook te worden gepreciseerd dat, indien vaststaat – hetgeen ter beoordeling van de verwijzende rechter staat – dat de inhoud of een substantieel deel van de inhoud van een door het recht sui generis beschermde databank zonder toestemming van de fabrikant ervan is overgebracht op een drager van iemand anders en vervolgens ter beschikking van het publiek is gesteld, bijvoorbeeld in de vorm van een andere eventueel gewijzigde databank, deze omstandigheid, behalve op een opvraging, kan wijzen op een hergebruik in de zin van artikel 7 van richtlijn 96/9, daar het begrip hergebruik*

Ten tweede menen we vast te stellen dat de categorieën ‘opvragen’ en ‘hergebruiken (publiek weergeven)’ binnen het databankenrecht *sui generis*, zich niet laten beperken door een dichotomie tussen handelingen met een materieel resultaat, enerzijds, en handelingen met een niet-materieel resultaat, anderzijds. Soms wordt gesuggereerd of aangegeven dat ‘opvragen’ enkel zou slaan op handelingen met een materieel, stoffelijk resultaat terwijl ‘hergebruik (publiek weergeven)’ enkel zou slaan op handelingen met een niet-materieel, niet-tastbaar resultaat¹⁷¹⁴. Bij nader inzicht is volgens ons echter aan te nemen dat de categorieën voorbehouden handelingen ‘opvragen’ en ‘hergebruiken’ de traditionele dichotomie overschrijden tussen categorieën voorbehouden handelingen die een materieel resultaat vereisen en categorieën voorbehouden handelingen die een niet-materieel resultaat vragen. Rond de notie ‘hergebruik’, in het Duits ‘Weiterverwendung’ heeft bijvoorbeeld ook GASTER in die zin reeds uitdrukkelijk geschreven: “*Das Weiterverwendungsrecht geht über herkömmliche Rechte der Verbreitung (in körperlicher Form) oder öffentlichen Wiedergabe (drahtgebunden oder drahtlos) weit hinaus, indem ‘jede Form öffentlicher Verfügbarmachung’ und jede Form der ‘Übermittlung’ tatbestandlich erfaßt werden*”¹⁷¹⁵. Waar het databankenrecht in de definitie van ‘opvraging’ onder meer verwijst naar een ‘overbrengen op een andere drager’ heeft de rechtsleer er, zoals gezegd, eveneens reeds op gewezen dat deze notie van een ‘drager’ erg ruim te verstaan is¹⁷¹⁶. Een ‘drager’ lijkt hierbij met name niet *per se* te moeten slaan op een materiële, tastbare of stoffelijke drager, in de zin van de klassieke dichotomie tussen categorieën voorbehouden handeling met een materieel resultaat en categorieën voorbehouden handeling met een niet-materieel resultaat. Het belangrijkste argument in dit verband is volgens ons echter dat het Europees Hof van Justitie, bij haar interpretatie van de reikwijdte van ‘opvragen’ en ‘hergebruiken’, deze begrippen tot nog toe nooit gelinkt heeft aan noties zoals tastbaar of niet-tastbaar dan wel lichamelijk of onlichamelijk. Rond ‘opvraging’ heeft dit Hof, zoals aangegeven, intengendeel reeds gesteld dat het aanneemt dat het begrip ‘opvraging’ zo uit te leggen is: “*dat het evenmin als het begrip databank wordt bepaald door formele, technische of fysieke criteria.*”¹⁷¹⁷

Ten slotte, stellen we ook vast dat het ook in het kader van het databankenrecht *sui generis* erg gebruikelijk is om aan te nemen dat de vraag, of een handeling, op grond van zijn inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken, in aanmerking komt voor een kwalificatie als een ‘opvragen’ dan wel een ‘hergebruik’, zich, in beginsel, niet laat

verwijst naar elke verspreiding onder het publiek van de inhoud van een beschermde databank of een deel daarvan, zonder toestemming (...).”

¹⁷¹⁴ Vergelijk op dit punt de rechtsleer die de analogie maken met het auteursrecht in de zin dat de notie ‘opvraging’ binnen het databanken-auteursrecht analoog zou zijn aan het begrip ‘reproductie’ in het kader van het algemene auteursrecht en de notie ‘hergebruiken’ in het kader van het databanken-auteursrecht zou te vergelijken zijn met een combinatie van ‘publieke mededeling’ en ‘distribueren’ in de zin van het algemene auteursrecht: M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 185. Zie ook omzetting § 87 b Duitse Auteurswet; Vergelijk overigens uitdrukkelijk anders: W. CORNISH, “1996 European Community Directive on Database Protection”, *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts* 1996, p. 9 (“*The definitions of extraction and reutilization are intended to avoid the idea-expression distinction being imposed in this new territory.*”).

¹⁷¹⁵ J. GASTER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken. Kommentar zur Richtlinie 96/6/EG mit Erläuterungen zur Umsetzung in das deutsche und österreichische Recht*, Keulen, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1999, p. 130; Vergelijk ook: A. BEUNEN, *Protection for databases: the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, p. 168 (“*Reutilization thus includes distributing or renting physical copies of a database, while transmission concerns immaterial forms of making available, covering broadcasting and online making available in open or closed networks.*”).

¹⁷¹⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 183 (“*Der Begriff des Datenträgers ist in diesem Zusammenhang im weitesten Sinne zu verstehen und umfaßt jegliches – analoges oder digitales – Trägermedium,...*”) en J. GASTER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken. Kommentar zur Richtlinie 96/6/EG mit Erläuterungen zur Umsetzung in das deutsche und österreichische Recht*, Keulen, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1999, p. 129 (Die aangeeft dat de notie ‘drager’ zich in deze context uitstrekt tot alle “*aufzeichnungsfähigen Medien*”). Vergelijk ook: W. CORNISH, “1996 European Community Directive on Database Protection”, *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts* 1996, p. 9 (“*...transfer of content to ‘another medium’ – a curious concept which goes undefined.*”).

¹⁷¹⁷ Zie: H.v.J 9 oktober 2008 C-304/07 (*Directmedia Publishing t. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*), r.o. 38.

beantwoorden in het licht van het volgende criterium: de duur van het bestaan van het resultaat van deze handeling¹⁷¹⁸. Het argument voor deze opvatting is dan met name ook hier dat de regelgeving rond het databankenrecht *sui generis*¹⁷¹⁹, zoals aangegeven, uitdrukkelijk aangeeft dat dit de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid verleent over ‘opvragen’, zowel wanneer dit ‘opvragen’ een permanent als een tijdelijk overbrengen inhoud¹⁷²⁰.

A.4. Discussiepunten

Uit het voorgaande blijkt reeds dat er dus discussie bestaat rond de precieze afbakening van de inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken die handelingen moeten vertonen om, binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, te kunnen kwalificeren als de categorieën voorbehouden handelingen die binnen deze intellectuele rechten als aanknopingspunten gelden voor het volgende: het verlenen van een exclusieve bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ waarvan het stellen resulteert in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie. Daarbij is het volgens ons dan met name belangrijk om te wijzen op twee punten van discussie en onzekerheid die in dit verband steeds terugkomen doorheen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken.

Een eerste punt dat steeds opnieuw voor onduidelijkheid zorgt in het kader van de hierboven besproken categorieën voorbehouden handelingen ‘reproducen’, ‘publiek mededelen’, ‘opvragen’ en ‘hergebruiken’, binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, is dan, zoals aangegeven, steeds het volgende: of zintuiglijk waarneembare handelingen om te kunnen kwalificeren als de betrokken categorieën voorbehouden handelingen ook daadwerkelijk een ‘dupliceren’ van kenmerken moeten inhouden dat resulteert in een bijkomende zintuiglijk waarneembare manifestatie. De vraag hierbij is dan met name of de betrokken categorieën voorbehouden handelingen zich ook uitstrekken tot een ‘dupliceren’ in de zin van een wijzigen van de kenmerken van een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie of eventueel ook tot handelingen die louter betrekking hebben op een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie met de betrokken kenmerken. Wat dit laatste punt betreft is dan met name bijvoorbeeld te denken aan de vraag of de betrokken categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’ binnen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht een bestemmingsrecht omvat¹⁷²¹ en de vraag of de categorie voorbehouden handelingen ‘publiek mededelen’ in het kader van het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht zich ook uitstrekt tot het tonen van het bestaande aan een ‘publiek’.

Een tweede punt dat eveneens voor onduidelijkheid en discussie zorgt in het kader van de hierboven besproken categorieën voorbehouden handelingen ‘reproducen’, ‘publiek mededelen’, ‘opvragen’ en ‘hergebruiken’, binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, is dan opnieuw het volgende: of het wel aangewezen is, in het bijzonder ten aanzien van handelingen die zich voltrekken door middel van computersystemen, om aan te nemen dat de betrokken categorieën voorbehouden handelingen een taakverdeling toekomt naargelang het resultaat van zintuiglijk waarneembare handelingen te kwalificeren is als ‘materieel’ dan wel als ‘niet-materieel.’ De context van deze discussie is daarbij opnieuw dat zo goed als elke

¹⁷¹⁸ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: H. SENDROWSKI, “Zum Schutzrecht ‘sui generis’ an Datenbanken”, *GRUR* 2005, p. 374.

¹⁷¹⁹ Zie: art; 7.2., a.) Richtlijn Databanken.

¹⁷²⁰ Vergelijk op dit punt: H.v.J 5 maart 2009, C-545/07 (*Apis-Hristovich t. Lakorda*), r.o. 43 e.v..

¹⁷²¹ Eerder in de zin dat het bestemmingsrecht ook toepassing kan vinden in het kader van het computerprogramma-auteursrecht, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, “Open source software: een analyse naar Belgisch recht”, *I.R.D.I.* 2007, p. 379; In de zin dat het bestemmingsrecht geen toepassing kan vinden binnen het computerprogramma-auteursrecht, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: Gent 23 september 2009, *A&M* 2010, p. 42 (Daar luidt het oordeel dat het bestemmingsrecht geen autonoom bestaan en geen wettelijke basis heeft in de auteurswetgeving noch in de softwarewetgeving.); Met betrekking tot de discussie of het bestemmingsrecht ook toepassing kan vinden in het kader van het databanken-auteursrecht, zoals aangegeven: A. BEUNEN, *Protection for databases: the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, p. 90.

handeling die in computersystemen of netwerken van computersystemen uitgevoerd wordt rond digitale bestanden die een ‘werk’ incorporeren, inherent gepaard gaat met duplicaties omwille van de werking van computersystemen. Het gegeven dat centraal staat bij de betrokken onenigheid is dan met name dat de uitvoering van een handeling in computersystemen of netwerken van computersystemen vaak duplicaties teweegbrengt in het binaire patroon van meerdere soorten zintuiglijk waarneembare manifestaties – bijvoorbeeld schakelcomponenten en spanningsverschillen in elektronische stroom – die daarin slechts een fractie van een seconde bestaan en waarvan de creatie niet onmiddellijk bedoeld is maar veeleer technisch noodzakelijk is voor de uitvoering van de beoogde handeling. De vraag die in het licht van dit gegeven dan vooral voor discussie zorgt, is met name welke invloed de zonet omschreven duplicaties dienen te hebben op de mogelijke kwalificatie van handelingen die uitgevoerd worden binnen computersystemen of netwerken van computersystemen, als de hierboven besproken categorieën voorbehouden handelingen ‘reproducen’, ‘publiek mededelen’, ‘opvragen’ en ‘hergebruiken’ in het kader van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken. Om een antwoord te formuleren op deze vraag menen we doorheen de betrokken *sui generis* intellectuele rechten met name drie benaderingen aan te treffen: 1.) een ‘atomistische’ benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat, 2.) een ‘holistische’ benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat en 3.) een benadering die het onderscheid tussen handelingen met een materieel dan wel een niet-materieel resultaat achterwege laat.

Rond de taakverdeling van de onderscheiden categorieën voorbehouden handelingen op het vlak van zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ waarvan het stellen resulteert in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie, vinden we doorheen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken dus, ten eerste, opnieuw een ‘atomistische benadering terug rond een materieel versus een niet-materieel resultaat’. Deze benadering vraagt, zoals gezegd, om handelingen die uitgevoerd worden binnen computersystemen of netwerken van computersystemen als volgt te benaderen, als het er op aankomt om, op grond van de inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken van deze handelingen, te beoordelen in het licht van welke categorie voorbehouden handeling hun intellectueelrechtelijke relevantie te toetsen is: elke duplicatie traceren die technische gezien betrokken is bij de uitvoering van een handeling en de ‘materieële’ dan wel ‘niet-materieële’ aard van deze duplicatie laten beslissen over de categorie voorbehouden handelingen waaronder de uitvoering van de handeling rond deze duplicatie kan kwalificeren. In de mate dat de uitvoering van handelingen bijvoorbeeld betrekking heeft op duplicaties binnen een schijfgeheugen of binnen de schakelcomponenten van een ram-geheugen of een processor – duplicaties die als ‘materieel’ gelden – neemt deze benadering dan met name aan dat, in principe, enkel nog te denken is aan een kwalificatie van de betrokken zintuiglijk waarneembare handelingen onder die categorieën voorbehouden handelingen die vereisen dat zintuiglijk waarneembare handelingen betrekking hebben op een ‘materieële’ vastlegging van kenmerken, met name een ‘reproducen’, ‘distribueren’ of, afhankelijk van de gehanteerde interpretatie, een ‘opvragen’. In de mate daarentegen dat de uitvoering van handelingen bijvoorbeeld duplicaties inhoudt binnen elektrische stroom of lichtgolven uitgezonden door een beeldscherm – duplicaties die als ‘niet-materieel’ gelden – geldt binnen deze benadering dan dat enkel nog te denken is aan een kwalificatie onder die categorieën voorbehouden handelingen die vereisen dat zintuiglijk waarneembare handelingen een ‘niet-materieel’ resultaat hebben, met name een ‘publiek mededelen’ of, afhankelijk van de gehanteerde interpretatie, een ‘opvragen’.

De implicatie van de zonet beschreven ‘atomistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat’ is dan met name dat, in het kader van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, handelingen rond de incorporaties van bescherming motiverende ‘resultaten van inspanningen’ waarvan het stellen zich voltrekt binnen computersystemen of netwerken van computersystemen, zo goed als steeds te toetsen zijn op hun relevantie in het licht van die categorie voorbehouden handelingen die betrekking hebben op zintuiglijk waarneembare handelingen die een ‘materieële duplicatie’ doen ontstaan, met name een ‘reproducen’ of, afhankelijk van de gehanteerde interpretatie, een ‘opvragen’. De uitvoering van bijna elke handeling rond een digitale incorporatie van de betrokken bescherming motiverende ‘resultaten van inspanningen’ binnen een computersysteem of een netwerken van computersystemen zal immers gepaard gaan met een, minstens tijdelijke, duplicatie ervan binnen een zintuiglijk waarneembare manifestatie die als ‘materieel’ geldt. Het zijn dan dus met name de ‘limieten’ en ‘uitzonderingen’ van de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’, met andere woorden dus de invulling van de variabelen die de daadwerkelijke

intellectueelrechtelijke relevantie beheersen van zintuiglijk waarneembare handelingen die kunnen kwalificeren als een ‘reproducen’, die op de voorgrond komen te staan bij het afbakenen van de exclusieve bevoegdheid van de rechthebbende ten aanzien van handelingen rond de incorporaties van zijn ‘werk’ die zich voltrekken binnen computersystemen of netwerken van computersystemen. De rol van de andere categorieën voorbehouden handelingen, met name ‘publieke mededelen’, ‘distribueren’ ‘hergebruik (doen circuleren)’ of, naargelang de gehanteerde interpretatie, ‘hergebruik (publiek weergeven)’ in de context van handelingen rond de incorporaties van de betrokken bescherming motiverende ‘resultaten’ van inspanningen, waarvan het stellen zich voltrekt binnen computersystemen of netwerken van computersystemen, is binnen deze ‘atomistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat’ dus vrij beperkt. In de context van computersystemen en netwerken van computersystemen is een toetsing in het licht van de categorieën voorbehouden handelingen die zich richten op handelingen met een niet-materieel resultaat, binnen deze benadering dan wel aan de orde telkens indien een zintuiglijk waarneembare handeling aanleiding geeft tot een ‘immaterieel’ weergeven aan een ‘publiek’, bijvoorbeeld via de lichtgolven uitgezonden door het beeldscherm van een computersysteem, maar is deze handeling daarbij ook reeds steeds te toetsen in het licht van de categorieën voorbehouden handelingen die zich richten op handelingen met een materieel resultaat, aangezien het bereiken van een niet-materieel resultaat via een computersysteem, bijvoorbeeld op het beeldscherm, ook noodzakelijk gepaard gaat met ‘materiële’ duplicaties, bijvoorbeeld in het beeldscherm-geheugen. Rond een toetsing in het licht van de categorie voorbehouden handeling ‘distribueren’ of ‘hergebruik(doen circuleren)’ geldt binnen deze ‘atomistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat’ zelfs doorgaans opnieuw dat deze in principe niet aan de orde kan zijn bij zintuiglijk waarneembare handelingen die zich voltrekken binnen computersystemen en netwerken van computersystemen. De argumentatie hiervoor is dan in wezen ook hier dat enkel de afgifte van dezelfde, bestaande ‘materiële’ zintuiglijk waarneembare manifestatie kan kwalificeren als een ‘distribueren’ of een ‘hergebruik(doen circuleren)’ en dat de afgifte van een digitaal bestand via een netwerk van computersystemen, die noodzakelijk plaatsvindt via de ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek, dus niet in aanmerking komt om te kwalificeren als een dergelijk ‘distribueren’ of een ‘hergebruik(doen circuleren)’. Bij deze ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek is het immers een ‘niet-materiële’ elektrische stroom die overgaat naar het ontvangende computersysteem en daar voor een materiële ‘duplicatie’ zorgt binnen het ontvangende computersysteem.

Ten tweede treffen we ook in het kader van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken echter opnieuw aanzetten aan voor de volgende opvatting rond de taakverdeling van de onderscheiden categorieën voorbehouden handelingen op het vlak van zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ waarvan het stellen resulteert in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie: een ‘holistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat’. De benadering vraagt, zoals gezegd, om handelingen die uitgevoerd worden binnen computersystemen of netwerken van computersystemen veeleer als volgt benadert als het er op aankomt om, op grond van de inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken van handelingen, te beoordelen in het licht van welke categorie voorbehouden handeling hun intellectueelrechtelijke relevantie te toetsen is: in het licht van het soort eindresultaat dat deze handelingen na hun voltooiing teweegbrengen, bekeken in termen van een bepaalde geschiktheid om genot te verschaffen dat te danken is aan het bescherming motiverende werk.

Binnen deze ‘holistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat’ is het dus opnieuw veeleer de vastlegging of weergave van kenmerken die uiteindelijk overblijft als resultaat van de uitvoering van zintuiglijk waarneembare handelingen binnen computersystemen of netwerken van computersystemen, die ook als richtinggevend geldt om te beoordelen in het licht van welke categorie voorbehouden handelingen hun intellectueelrechtelijke relevantie te toetsen is¹⁷²². Volgens deze benadering is in die zin bijvoorbeeld aan te nemen

¹⁷²² Zie in die zin, bijvoorbeeld: W. COPINGER (et al.), *Copinger and Skone James on Copyright*, London, Sweet & Maxwell, 2005, Nr. 7-19 (“Admittedly, the restricted act is the “copying” of the work, not the making of a “copy”, but if a copy is not produced at some stage of the process it seems unrealistic to say that copying has taken place.”); T. RICHARD, “Naar een economische benadering van het Auteursrecht op Internet. Auteursrechtshandhaving en de elektronische verveelvouding nader beschouwd.”, *NJB* 1996, p. 958 e.v.; In die richting ook: S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 364 en D. VISSER, *Auteursrecht op Toegang. De exploitatierechten van de auteur in het tijdperk van digitale informatie en netwerkcommunicatie*, 1997, 's-Gravenhage, VUGA Uitgeverij B.V., p. 26.

dat, indien een handeling die het doorsturen via de ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek inhoudt van een digitaal bestand dat toelaat om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten die te danken zijn aan het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, eenmaal deze handeling voltooid is, ook het wissen inhoudt van het digitale bestand dat het uitgangspunt vormde voor deze ‘transmissie-door-duplicatie’, dan het volgende aan te nemen is: dat deze handeling, hoewel zij het betrokken digitale bestand gedurende korte tijd ‘materieel’ dupliceerde binnen het ontvangende computersysteem, met name alvorens het betrokken digitale bestand gewist werd in het versturende computersysteem, toch niet kwalificeert als een aan de rechthebbende voorbehouden ‘reproducen’ omdat deze handeling uiteindelijk niet resulteert in twee afzonderlijke mogelijkheden om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten die te danken zijn aan het betrokken bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen¹⁷²³.

In het kader van deze ‘holistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat’ vinden we dan bovendien ook sporadisch aanzetten om aan te nemen dat, in zoverre de categorieën voorbehouden handelingen binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken te situeren zijn binnen een dichotomie tussen categorieën voorbehouden handeling die zich richten op handelingen met een ‘materieel’ dan wel een ‘niet-materieel’ resultaat deze dichotomie *niet* zozeer te verstaan is in het licht van de tastbare of niet-tastbare aard op zich van de betrokken vastlegging of weergave van kenmerken *maar* veeleer in het licht van een onderscheiden geschiktheid van de betrokken vastlegging of weergave van kenmerken om genot te verschaffen van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan de betrokken bescherming motiverende ‘resultaten’ van inspanningen. Hierbij is dan bijvoorbeeld te denken aan een onderscheid in het licht van het gegeven of een zintuiglijk waarneembare handeling al dan niet resulteert in duplicaties – ongeacht of het daarbij gaat om tastbare duplicaties in het ram-geheugen – die ook na de stopzetting van de betrokken zintuiglijk waarneembare handeling in staat zijn om genot te verschaffen van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan de betrokken bescherming motiverende ‘resultaten’ van inspanningen¹⁷²⁴.

Rond de zonet aangehaalde aanzetten tot de zonet beschreven ‘holistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat’ in de context van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, is daarbij dan echter wel opnieuw op te merken dat het niet steeds eenvoudig

¹⁷²³ Zie in die zin bijvoorbeeld: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*), r.o. 78 (“Zoals uit punt 70 van het onderhavige arrest blijkt moet de eerste verkrijger van een materiële of immateriële kopie van een computerprogramma waarvoor het distributierecht van de houder van het auteursrecht op grond van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 is uitgeput, de op zijn computer gedownload kopie wanneer hij deze doorverkoopt onbruikbaar maken om het in artikel 4, lid 1, sub a, van richtlijn 2009/24 bedoelde exclusieve recht van die houder om zijn computerprogramma te reproducen niet te schenden.”) Voor een vergelijkbare redenering, zie bijvoorbeeld: J. MITCHELL, “DRM: The Good, the Bad, and the Ugly” in *Colleges, Code and Copyright: The Impact of Digital Networks and technological Controls on Copyright: Publications in Librarianship* no. 56 American Library Association, p. 36; http://interactionlaw.com/documentos/DRM_good_bad_ugly.pdf (“It is the equivalent of magically transferring the ink from my book to a friend’s blank pages in another state. My friend can now read the book (while I am left with blank pages), but the copyright owner remains whole because no additional copies have been made.”); Vergelijk op dit punt echter bijvoorbeeld: D. THUM, “UrhG § 87b Rechte des Datenbankherstellers” in A. WANDTKE and W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 36 (“Dem Vervielfältigungsrecht des Datenbankherstellers gem. § 87 b Abs. 1 S. 1 unterfallen in richtlinienkonformer Auslegung dabei nicht nur die dauerhafte Festlegung der Datenbank oder ihrer wesentlichen Teile, sondern auch vorübergehende Vervielfältigungen mit zeitnahe Löschung der Daten, wie sie regelmäßig im Arbeits- oder Zwischenspeicher eines Computers erfolgen...”).

¹⁷²⁴ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: M. BORGHI, “Chasing Copyright Infringement in the Streaming Landscape”, *IIC* 2011, p. 316 e.v. (Deze auteur maakt immer de volgende analyse rond buffering bij streaming en geeft in zijn artikel ook aan dat deze analyse, *mutatis mutandis*, toepasselijk te achten is in het kader van het computerprogramma-auteursrecht: “As seen, buffering is the storage of segments of the data flow that are subsequently replaced by other segments. The volatile memory retains the data only for the time necessary to their processing by the media player or by any other applications. Nowhere, during this process, is anything like a “copy” of the streamed content, or of a part of it, retrievable by users. Unlike caching, this form of temporary storage does not allow any recovery of the data after the process has been completed. It would seem reasonable to assume that – contrary to what has been asserted in the preliminary judgement discussed above⁴¹ – such acts of sequential storing do not imply any making of “copies” in any realistic sense, and therefore do not result in any infringement of the reproduction right.”).

is om vast te stellen in welke mate zij inderdaad spelen: 1.) op het niveau van de inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken die handelingen dienen te vertonen opdat hun intellectueelrechtelijke zouden te toetsen zijn in het licht van een bepaalde categorie voorbehouden handelingen, dan wel 2.) op het niveau van de beoordeling van de intellectueelrechtelijke relevantie van een zintuiglijk waarneembare handeling binnen de betrokken categorie voorbehouden handelingen.

Ten slotte, worden we in het kader van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken ook geconfronteerd met de volgende benadering in verband met de taakverdeling van de onderscheiden categorieën voorbehouden handelingen op het vlak van zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object' waarvan het stellen resulteert in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie: een benadering die de dichotomie achterwege laat binnen de categorieën voorbehouden handelingen tussen categorieën voorbehouden handelingen die verwijzen naar een zintuiglijk waarneembare handelingen met een materieel dan wel een niet-materieel resultaat. Bijvoorbeeld in het kader van het databankenrecht *sui generis* is er volgens ons rekening mee te houden dat de categorieën voorbehouden handelingen 'opvragen' en 'hergebruiken' deze dichotomie overschrijden. Ook in het kader van het databanken-auteursrecht en het computerprogramma-auteursrecht vinden we soms aanzetten voor een dergelijk benadering rond de categorie voorbehouden handelingen 'reproducen'. Binnen het chipsrecht bieden wetgeving, rechtsleer en rechtspraak, zoals aangegeven, uiteindelijk weinig aanwijzingen rond de vraag of de categorie voorbehouden handelingen 'reproducen' zich al dan niet inpast binnen een dergelijke dichotomie waarin categorieën voorbehouden handelingen verwijzen naar een zintuiglijk waarneembare handelingen met een materieel dan wel een niet-materieel resultaat.

B. Relevantie

Vervolgens bespreken we nu welke contextgebonden factoren bepalen of zintuiglijk waarneembare handelingen met de daartoe vereiste inherente kenmerken, binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, ook daadwerkelijk voorbehouden zullen zijn onder de categorieën voorbehouden handelingen waarrond, zoals aangegeven, het volgende geldt: dat ze het aanknopingspunt kunnen zijn om de rechthebbende een bevoegdheid te verlenen over bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object' waarvan het stellen resulteert in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie. Deze contextgebonden factoren die uiteindelijk bepalen of concrete zintuiglijk waarneembare handelingen met de daartoe vereiste inherente kenmerken, ook daadwerkelijk intellectueelrechtelijk relevant zijn onder de betrokken categorieën voorbehouden handelingen, laten zich daarbij volgens ons dan met name traceren in het licht van de 'limieten' en 'uitzonderingen' die gelden rond deze categorieën voorbehouden handelingen. Opdat zintuiglijk waarneembare handelingen met de daartoe vereiste inherente kenmerken, ook daadwerkelijk voorbehouden zouden zijn onder de betrokken categorieën voorbehouden handelingen, is uiteindelijk immers opnieuw het volgende vereist: dat deze handelingen de 'limieten' van deze categorieën voorbehouden handelingen niet overstijgen en al evenmin onder de 'uitzonderingen' vallen rond deze categorieën voorbehouden handelingen. In dit onderdeel gaan we daarom dus dieper in op de relevante 'limieten' en 'uitzonderingen' rond de betrokken categorieën handelingen binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken. Zoals aangegeven, zullen we dit echter enkel doen in zoverre hierin, geredeneerd vanuit de systematiek rond 'imitatievoordeel', een verantwoording kan liggen voor de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken. In dit geval betekent dit dat we in wat volgt concreet zullen ingaan op: (B.1.) wat we kunnen aanduiden als de algemene 'limiet' rond 'object-relevantie' die geldt in het licht van alle categorieën voorbehouden handelingen binnen de betrokken *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken; (B.2.) de 'limiet' rond een gerichtheid op een relevant publiek die eventueel aan te nemen is rond 'publiek mededelen' in de context van het databanken-auteursrecht en het computerprogramma-auteursrecht en rond 'hergebruik' binnen het databankenrecht *sui generis* en, ten slotte, (B.3.), de uitdrukkelijke beperkingen gericht op het vrijstellen van een bepaald 'gebruiken' die we aantreffen binnen het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis*.

B.1. Object-relevantie

Bij de limiet rond ‘object-relevantie’¹⁷²⁵ gaat het er dan met name opnieuw om dat binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, zintuiglijk waarneembare handeling ook, in essentie, telkens het volgende vereiste moet vervullen om daadwerkelijk voorbehouden te zijn onder de categorieën voorbehouden handelingen binnen deze intellectuele rechten: betrekking hebben op een zintuiglijk waarneembare manifestatie die binnen het concrete ‘object’ valt van de exclusieve bevoegdheid die deze intellectuele rechten verlenen naar aanleiding van een bepaald, bescherming motiverend resultaat van inspanningen¹⁷²⁶. Dit vereiste geldt dus ook voor die categorieën voorbehouden handelingen binnen de betrokken *sui generis* intellectuele rechten waarrond geldt dat ze het aanknopingspunt kunnen zijn om de rechthebbende een bevoegdheid te verlenen over bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ waarvan het stellen resulteert in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie.

De limiet rond ‘object-relevantie’ vormt daarbij ook, in het kader van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, het aanknopingspunt om de intellectueelrechtelijke relevantie van zintuiglijk waarneembare handelingen in het licht van de categorieën voorbehouden handelingen rekening te laten houden met de hierboven besproken principes rond de afbakening van het ‘object’ en met name met de ‘limieten’ en ‘uitzonderingen’ die bij deze afbakening aan de orde zijn. Wat die categorieën voorbehouden handelingen betreft binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken die, zoals hierboven besproken, het aanknopingspunt kunnen zijn om de betrokken rechthebbende een bevoegdheid te verlenen over bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ waarvan het stellen resulteert in een nieuwe, gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie, achten wij het, in het licht van onze onderzoeksvraag en de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, dan met name relevant dat de limiet rond ‘object-relevantie’ dus ook een basis biedt om – ook al bestaat hierrond zoals aangegeven enige discussie – het volgende aan te nemen rond deze categorieën voorbehouden handelingen: dat een zintuiglijk waarneembare handeling die daartoe op zich de vereiste inherente kenmerken vertoont uiteindelijk pas daadwerkelijk intellectueelrechtelijk relevant kan zijn in het licht van deze categorieën voorbehouden handelingen, indien deze zintuiglijk waarneembare handeling *in concreto* ook inderdaad, op grond van ‘ontlening’, resulteert in een bijkomende mogelijkheid om, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomeen te genieten die teruggaan op het bescherming motiverende resultaat van inspanningen¹⁷²⁷. De zonet aangehaalde aanname biedt

¹⁷²⁵ Bij ‘object-relevantie’ gaat het zoals aangegeven met name om een algemene limiet van de categorieën voorbehouden handelingen binnen intellectuele rechten die inhoudt dat deze categorieën voorbehouden handelingen zich enkel uitstrekken tot zintuiglijk waarneembare handelingen die betrekking hebben op zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het concrete ‘object’ van de exclusieve bevoegdheid die de betrokken intellectuele rechten verlenen.

¹⁷²⁶ Wat deze notie van ‘object-relevantie’ betreft, vergelijk zoals aangegeven LEISTNER, die rond het databanken-auteursrecht schrijft: “*Gemeinsam ist allen in Art. 5 RL geregelten zustimmungsbedürftigen Handlungen, daß sie sich im Einklang mit dem urheberrechtlichen Schutzgegenstand der Richtlinie lediglich auf strukturelevante Nutzungen beziehen.*” M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 96/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz*, München, Verlag C.H. Beck, 2000, p. 89-90.

¹⁷²⁷ Zie in in die zin bijvoorbeeld: T. DREIER, “Perspektiven einer Entwicklung des Urheberrechts” in J. BECKER en T. DREIER, *Urheberrecht und digitale Technologie*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, p. 135 (“*Ist, wie Art. 4 (a) der EG-Richtlinie zum Rechtsschutz für Computerprogramme – und dem folgend die entsprechende Regelung des Vorschlages einer Datenbankrichtlinie – nahezu zulegen scheint, mit der auch nur teilweisen und vorübergehenden Vervielfältigung tatsächlich bereits jede technische Vervielfältigung zwingend eine Vervielfältigung im Sinne des Urheberrechts? M.E. verbleibt hier außerhalb dieser sondergesetzlichen Regelungen durchaus die möglichkeit, nicht schon jede technische Vervielfältigung als urheberrechtliche Vervielfältigung i.S.d §§ 15 Abs. 1, Nr. 1, 16 UrhG anzusehen, sondern nur diejenige, die aus wertender Sicht eine neue Möglichkeit der Werknutzung eröffnet, ...*”); Vergelijk echter ook, bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 c Zustimmungsbefürftige Handlungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 6 (“*Auch kann es nicht darauf ankommen, ob eine zusätzliche Nutzungsmöglichkeit geschaffen werden kann (...), da andernfalls nur gegen die auf Speichermedien erstellte Raubkopie, nicht aber auf die hiervon im Speicher vorhandene Kopie vorgegangen werden könnte (...)*”) en Nr 7 (“*Keine Vervielfältigung stellt hingegen nach h. M. der bloße Programmablauf*

volgens ons immers, zoals later uitgebreider aan bod komt, ook hier een nuttige leidraad om, in het bijzonder ten aanzien van handelingen die zich voltrekken door middel van computersystemen en die reeds om louter technische redenen gepaard gaan met ‘duplicaties’, te beoordelen of het hierbij gaat om handelingen die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken de betrokken rechthebbende inderdaad eventueel dienen voor te behouden onder de hierboven besproken categorieën voorbehouden handelingen ‘reproduceren’, ‘publiek mededelen’, ‘opvragen’ of ‘hergebruiken’.

B.2. Gerichtheid op een relevant publiek

Bij de ‘limiet’ rond een gerichtheid op een relevant ‘publiek’ die eventueel aan te nemen is in de context van de categorie voorbehouden handelingen ‘publiek mededelen’ in de context van het databanken-auteursrecht en het computerprogramma-auteursrecht en de categorie voorbehouden handelingen ‘hergebruik’ binnen het databankenrecht *sui generis*, gaat het om het volgende: een ‘object-relevante’ zintuiglijk waarneembare handeling die gericht is op een weergeven aan een publiek van zintuiglijk waarneembare kenmerken zal pas daadwerkelijk een ‘publiek mededelen’ dan wel een ‘hergebruiken’ uitmaken indien de betrokken weergave ook gericht is op een ‘relevant publiek’¹⁷²⁸. In dit verband is opnieuw aan te nemen dat een dergelijke ‘relevant publiek’ aanvaard zal worden indien het gaat om een groep van mensen die zich niet beperkt tot de ‘privé’- of ‘familiekring’ of personen met quasi-familiale banden. Ook hier geldt dat ontvangers die diezelfde weergave genieten, op verschillende tijdstippen en zonder zich daarbij samen op eenzelfde plaats te bevinden, niettemin samen in rekening te brengen zijn om vast te stellen of daarbij sprake is van een weergave aan een ‘relevant publiek’¹⁷²⁹. Daarbij is het vooralsnog echter onduidelijk of alle, hierboven besproken, preciseringen die binnen het auteursrecht gelden rond een ‘relevant publiek’ en een ‘nieuw’ ‘relevant publiek’ ook daadwerkelijk toepassing vinden in de context van de categorie voorbehouden handelingen ‘publiek mededelen’ in de context van het databanken-auteursrecht en het computerprogramma-auteursrecht en de categorie voorbehouden handelingen ‘hergebruik’ binnen het databankenrecht *sui generis*.

B.3. Uitdrukkelijke beperkingen rond ‘gebruik voor het beoogde doel’, ‘normaal gebruik’ en ‘opvragen en hergebruiken van niet-substantiële delen’

Ten slotte, is ook nog rekening te houden met de uitdrukkelijke beperkingen die het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* bepalen, gericht op het vrijstellen van, respectievelijk, een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ en een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen’. Het computerprogramma-auteursrecht bepaalt in dit verband immers dat, tenzij bij overeenkomst uitdrukkelijk anders bepaald is, geen toestemming vereist is van de betrokken rechthebbende voor het ‘reproduceren’ of ‘bewerken’ wanneer deze handelingen voor de rechtmatige verkrijger noodzakelijk zijn om het computerprogramma te kunnen ‘gebruiken voor het beoogde doel’, onder meer om fouten te verbeteren¹⁷³⁰. In dezelfde lijn stelt het databanken-auteursrecht dat de rechtmatige gebruiker van een databank of kopieën daarvan zonder toestemming van de maker van de databank alle categorieën voorbehouden handelingen kan verrichten die noodzakelijk zijn om ‘toegang te krijgen tot en normaal gebruik te maken’ van de inhoud van de databank¹⁷³¹. Het databankenrecht *sui generis*, ten slotte, bepaalt dat de fabrikant van een databank die op enigerlei wijze aan het publiek ter beschikking is gesteld, de rechtmatige gebruiker van die databank niet mag verhinderen om in

(„Lauf als solcher“, d. h. das Abarbeiten der Daten im Prozessor dar (...). ... Nach der h. M. hingegen reicht das sequentielle Kopieren der einzelnen Programmdateien in die Register des Prozessors nicht, um von einer Vervielfältigung sprechen zu können (...). Hier wird die Rechtsprechung klären müssen, ob diese technischen Zufälligkeiten über die urheberrechtliche Qualität der Handlung entscheiden können.”).

¹⁷²⁸ In deze context is aanvaard dat het reeds volstaat dat een handeling gericht is op een immateriële weergave aan het ‘publiek’ ook al werd de betrokken weergave nog niet daadwerkelijk waargenomen door het publiek. Zie in die zin bijvoorbeeld: D. THUM, “UrhG § 87b Rechte des Datenbankherstellers” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 52.

¹⁷²⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: H.v.J 18 oktober 2012, C-173/11 (*Football Dataco (et al.) t. Sportradar*), r.o. 20-21.

¹⁷³⁰ Zie: art. 5.1. Richtlijn Computerprogramma’s en art. XI.299., §1 WER (oud art. 6, §1 Wet Computerprogramma’s).

¹⁷³¹ Zie: art. 6.1. Richtlijn Databanken en art. XI.188. WER (oud art. 20quater Auteurswet).

kwalitatief of kwantitatief opzicht niet-substantiële delen van de inhoud ervan ‘voor welk doel dan ook op te vragen en/of te hergebruiken’¹⁷³².

Ook hier geldt echter dat we in dit onderdeel niet dieper ingaan deze uitdrukkelijke beperkingen die het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* bepalen, gericht op het vrijstellen van, respectievelijk, een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ en een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen’. De reden hiervoor is, in essentie, opnieuw dat het belang van deze beperking niet zozeer te situeren is op het vlak van het verlenen van een bevoegdheid aan de betrokken rechthebbende rond zintuiglijk waarneembare handelingen die *nieuwe* ‘consumptieketens’ doen ontstaan rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’. Het belang van deze beperking rond tijdelijke reproductiehandelingen situeert zich daarentegen ook hier veeleer op het vlak van het regelen van de controle die de betrokken rechthebbende aan het auteursrecht ontleent rond zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die, door een ‘gebruikmaken’, een bestaande ‘consumptieketen’ voortzetten rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen’. Een uitgebreide analyse van de uitdrukkelijke beperkingen die het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* bepalen rond, respectievelijk, een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ en een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen’, laten we daarom pas later aan bod komen, met name als we ook bespreken welke bevoegdheid het auteursrecht verleent over zintuiglijk waarneembare handelingen die een dergelijke bestaande consumptieketen ‘voortzetten’ door een ‘gebruikmaken’.

3.1.3. De wenselijkheid van de specialisatie

Op grond van de vorige twee onderdelen, bespreken we nu of de wenselijkheid van de ‘specialisatie’, die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren, inderdaad hieruit kan volgen: hun verschillende aanpak, in vergelijking met het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, specifiek op het vlak van het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een dupliceren of wijzigen van zintuiglijk waarneembare kenmerken, *nieuwe*, alternatieve ‘consumptieketens’ *doen ontstaan* rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze bewustzijnsfenomenen ten aanzien van die incorporaties van dit resultaat inspanningen die de betrokken rechthebbende of belanghebbende producent vrijwillig in het verkeer bracht. Daarbij geven we dus, zoals gezegd, met name aan of deze *sui generis* intellectuele rechten er op dit punt een verschillende aanpak op nahouden die, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, als volgt te analyseren is: als een, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, wenselijke specialisatie op het vlak van het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht.

Onze bespreking in dit verband delen we daarbij op in twee fasen. Eerst (A.) inventariseren we de verschillen die vast te stellen zijn tussen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, enerzijds, en het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, anderzijds, op het vlak van het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die *nieuwe* ‘consumptieketens’ doen ontstaan rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen. Daarna (B.) bespreken we dan of de vastgestelde verschillen op dit vlak, binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, duiden op een wenselijke specialisatie door de betrokken *sui generis* intellectuele rechten.

A. De ‘specialisatie’ doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten

In het licht van wat hierboven aan bod kwam, stellen we vast dat doorheen het octrooirecht, het auteursrecht, het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ en de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, enigszins verschillende benadering terug te vinden zijn, op het vlak van: het verlenen van een

¹⁷³² Zie: art. 8.1. Richtlijn Databanken en art. XI.311. WER (oud art. 8 Wet Databanken).

controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een dupliceren of wijzigen van zintuiglijk waarneembare kenmerken, *nieuwe*, alternatieve ‘consumptieketens’ *doen ontstaan* rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze bewustzijnsfenomenen ten aanzien van die incorporaties van dit resultaat inspanningen die de betrokken rechthebbende of belanghebbende producent vrijwillig in het verkeer bracht.

Rond het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ menen we dan te kunnen vaststellen dat dit doorgaans een basis biedt om op treden tegen zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een dupliceren of wijzigen van zintuiglijk waarneembare kenmerken, *nieuwe* alternatieve ‘consumptieketens’ doen ontstaan rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van de inspanningen van een belanghebbende producent, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze bewustzijnsfenomenen ten aanzien van die incorporaties van dit resultaat inspanningen die de betrokken belanghebbende producent vrijwillig in het verkeer bracht.

Uit wat hierboven aan bod kwam, volgt naar onze mening, immers dat het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, in het licht van zijn typische toetsing rond de begeleidende omstandigheden van een ‘handelspraktijk’, doorgaans een optreden zal toelaten tegen ‘handelspraktijken’ die, door het dupliceren of wijzigen van de kenmerken die te danken zijn aan het ‘resultaat’ van inspanningen van een andere onderneming, een genot mogelijk maken van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat in wezen te danken is aan dit eerdere ‘resultaat’ van inspanningen van de betrokken andere onderneming, *buiten* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door middel van het gebruik van enkel die specifieke incorporatie van dit ‘resultaat’ van inspanningen die deze ander onderneming vrijwillig ‘in het verkeer’ bracht (= initiële afgifte van feitelijke macht), zoals deze ‘in het verkeer’ kwamen, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken. Rond de zonet gepreciseerde handelspraktijken geldt volgens immers dat meestal zal aangenomen worden dat zij ‘parasitaire mededinging’ uitmaken omdat zij teruggaan op een kopiëren van kenmerken die te danken zijn aan een eerder resultaat van inspanningen dat een bepaalde, *de facto* lage, drempel bereikt aan inspanningen en omdat het betrokken kopiëren daarbij toelaat om via deze ‘handelspraktijk’ op ‘onrechtmatige’ wijze een voordeel te behalen.

Het gegeven dat het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, zoals aangegeven, enkel optreedt ten aanzien van ‘handelspraktijken’ die schade veroorzaken of dreigen te veroorzaken aan de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen¹⁷³³, zorgt er echter ook voor dat dit ingrijpen niet toelaat om steeds op te treden tegen zintuiglijk waarneembare handelingen die, strikt genomen, *nieuwe* alternatieve ‘consumptieketens’ doen ontstaan rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van de inspanningen van een belanghebbende producent, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze bewustzijnsfenomenen ten aanzien van die incorporaties van dit resultaat inspanningen die de betrokken belanghebbende producent vrijwillig in het verkeer bracht. Zo is, bijvoorbeeld, bij gebrek aan het voorliggen van een ‘handelspraktijk’, geen optreden mogelijk op grond van het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ tegen de duplicatie die een persoon met zijn cd-writer maakt van een cd die een producent eerder vervaardigde met natuurgeluiden, indien deze persoon deze duplicatie maakt met het oog op zijn eigen eindgebruik, ook al ligt deze duplicatie, de bijkomende cd met deze natuurgeluiden, dan, strikt genomen, aan de basis van een afzonderlijke, nieuwe ‘consumptieketen’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het initiële resultaat van inspanningen van de betrokken producent.

Het octrooirecht laat de betrokken rechthebbende, volgens ons, in de regel steeds toe om zintuiglijk waarneembare handelingen te controleren ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die, door

¹⁷³³ Aangezien het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ een toepassing uitmaakt van art. VI.104. WER (oud art. 95 Wet Marktpraktijken) vereist dit ingrijpen ook steeds dat een ‘handelspraktijk’ voorligt, die twee voorwaarden vervult: 1.) de handelspraktijk is strijdig met de eerlijke marktpraktijken – in dit geval dus omdat ze kwalificeert als ‘parasitaire mededinging’ – én 2.) de handelspraktijk moet de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaden of kunnen schaden. Voor een uitgebreide bespreking van deze voorwaarden, zie bijvoorbeeld: J. LIGOT, F. VANBOSSELE, O. BATTARD en A. TALLON (editor), *Les pratiques loyales*, Brussel, Larcier, 2012, p. 40 e.v.; Zie ook: Luik 10 juni 2011, *I.R.D.I.* 2012, p. 83 (“*Enfin, les intérêts professionnels de l’appelante ne sont pas atteints alors même que la preuve de l’existence d’un dommage n’est pas requise.*”).

een dupliceren of wijzigen van zintuiglijk waarneembare kenmerken, *nieuwe* alternatieve ‘consumptieketens’ doen ontstaan rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan zijn bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze bewustzijnsfenomenen ten aanzien van die zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die ‘in het verkeer’ gebracht werden met zijn toestemming. Uit wat hierboven aan bod kwam, menen we immers te mogen afleiden dat de categorieën voorbehouden handelingen ‘vervaardigen’ van een voortbrengsel, ‘verkrijgen’ van een voortbrengsel¹⁷³⁴ en ‘toepassen’ van een werkwijze¹⁷³⁵, in de regel, zo begrepen worden dat ze de rechthebbende uiteindelijk consequent een exclusieve bevoegdheid verlenen over elke zintuiglijk waarneembare handeling die het volgende doet: de handeling dupliceert of wijzigt de zintuiglijk waarneembare kenmerken van de octrooiaanvraag of een andere zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’, op een manier die bijdraagt tot of resulteert in een genot van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat mogelijk gemaakt is door het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, *buiten* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door middel van het gebruik van enkel die specifieke zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die met de toestemming van de rechthebbende ‘in het verkeer’ kwamen, zoals deze ‘in het verkeer’ kwamen, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken.

In zoverre het octrooirecht het ‘object’ daarbij inderdaad, zoals hierboven beschreven, afbakt met het oog op het traceren van ‘imitatievoordeel’, menen we zelfs te kunnen vaststellen dat de categorieën voorbehouden handelingen ‘vervaardigen’ van een voortbrengsel, ‘verkrijgen’ van een voortbrengsel¹⁷³⁶ en ‘toepassen’ van een werkwijze¹⁷³⁷ zich in de regel ook beperken tot het verlenen van een exclusieve bevoegdheid aan de rechthebbende over zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van de octrooiaanvraag of andere zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die de zonet aangehaalde rol vervullen in het doen ontstaan van ‘consumptieketens’. Opdat de betrokken categorieën voorbehouden handelingen zich inderdaad zouden beperken tot deze rol is dan wel ten eerste vereist dat geldt dat zintuiglijk waarneembare handelingen pas de vereiste ‘object-relevantie’ vertonen om te kwalificeren als deze categorieën voorbehouden handelingen, indien ze inderdaad ook resulteren in een zintuiglijk waarneembare manifestatie met een capaciteit tot het verschaffen van een genot van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, *buiten* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door middel van het gebruik van enkel die specifieke zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die met de toestemming van de rechthebbende ‘in het verkeer’ kwamen, zoals deze ‘in het verkeer’ kwamen, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken. Opdat de categorie voorbehouden handelingen ‘toepassen’ van een werkwijze zich inderdaad zou beperken tot het verlenen van een bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare handelingen die, in de zonet vermelde zin, *nieuwe*, alternatieve ‘consumptieketens’ doen ontstaan, is het bovendien nodig dat ‘werkwijze-uitvindingen’ enkel slaan op een leer rond hoe iets te realiseren is en niet op een leer rond hoe het gerealiseerde iets werkt. Indien een ‘werkwijze-uitvinding’ ook slaat op een leer rond hoe het gerealiseerde iets werkt dan impliceert dit, volgens ons, immers ook dat het ‘toepassen’ van deze werkwijze zich ook uitstrekt tot zintuiglijk waarneembare handelingen die louter het voortzetten inhouden van bestaande, consumptieketens rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, door het gebruikmaken van de zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die in het verkeer gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende.

¹⁷³⁴ Zie: art. XI.28. en XI.29. WER (oud art. 26 en 27 Octrooiwet). Zie ook: B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire : créer, protéger et partager les inventions au XXIe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, p. 87; R. BAKELS, "Software: werkwijze of voortbrengsel?", *B.I.E.* 2003, p. 430; W. CORNISH and D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p.174 e.v..

¹⁷³⁵ Art. XI.29., § 1, b. WER (oud art. 27, §1, b. Octrooiwet).

¹⁷³⁶ Zie: art. XI.28. en XI.29. WER (oud art. 26 en 27 Octrooiwet). Zie ook: B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire : créer, protéger et partager les inventions au XXIe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, p. 87; R. BAKELS, "Software: werkwijze of voortbrengsel?", *B.I.E.* 2003, p. 430; W. CORNISH and D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p.174 e.v..

¹⁷³⁷ Art. XI.29., § 1, b. WER (oud art. 27, §1, b. Octrooiwet).

Het auteursrecht en de *sui generis* intellectuele rechten rond computerprogramma's en databanken stellen de betrokken rechthebbende doorgaans in staat om zintuiglijk waarneembare handelingen te controleren ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object' die, door een dupliceren of wijzigen van zintuiglijk waarneembare kenmerken, *nieuwe* alternatieve 'consumptieketens' doen ontstaan rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan zijn bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *naast* de 'consumptieketens' rond deze bewustzijnsfenomenen ten aanzien van die zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object' die 'in het verkeer' gebracht werden met zijn toestemming. Uit wat hierboven aan bod kwam, menen we immers te mogen afleiden dat de categorieën voorbehouden handelingen 'reproducen', 'publiek mededelen', 'opvragen' en 'hergebruik(publiek)' zo geïnterpreteerd worden dat ze de rechthebbende meestal een exclusieve bevoegdheid verlenen over elke zintuiglijk waarneembare handeling die het volgende doet: de handeling dupliceert of wijzigt de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object', op een manier die bijdraagt tot of resulteert in een genot van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat mogelijk gemaakt is door het bescherming motiverende 'resultaat' van inspanningen, *buiten* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door middel van het gebruik van enkel die specifieke zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object' die met de toestemming van de rechthebbende 'in het verkeer' kwamen, zoals deze 'in het verkeer' kwamen, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken. Het punt dat maakt dat het auteursrecht en de *sui generis* intellectuele rechten rond computerprogramma's en databanken, de betrokken rechthebbende niet consequent toelaten om steeds alle zintuiglijk waarneembare handelingen te controleren die de zonet aangehaalde rol vervullen in het doen ontstaan van 'consumptieketens' is dan met name het gegeven dat de categorieën voorbehouden handelingen 'publiek mededelen' en 'hergebruik(publiek)' de rechthebbende geen bevoegdheid geven over nieuwe zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object' die een persoon tot stand brengt zonder dat deze waargenomen worden door een 'relevant publiek'. Het gegeven dat een persoon eventueel enkel voor zichzelf, buiten de aanwezigheid dus van een 'relevant publiek', een handeling stelt die resulteert in een nieuwe, zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object' die toelaat om, ook al is het dan enkel vluchtig, de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten die te danken zijn aan het bescherming motiverend resultaat van inspanningen – denk bijvoorbeeld aan het spelen van een auteursrechtelijk beschermd lied op een gitaar – neemt immers niet weg dat deze zintuiglijk waarneembare handelingen dan, strikt genomen, ook resulteert in een nieuwe, zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object' die aan de basis ligt van een afzonderlijke, *nieuwe* 'consumptieketen' rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen. Met deze observatie willen wij niet definitief stellen dat het auteursrecht en de *sui generis* intellectuele rechten rond computerprogramma's en databanken de zonet gepreciseerde zintuiglijk waarneembare handelingen steeds behoren voor te behouden aan de betrokken rechthebbende maar willen vooral wijzen op het volgende: het verschil in aanpak met het octrooirecht, waar het enkel voor zichzelf toepassen van een 'werkwijze-uitvinding', buiten de aanwezigheid dus van een 'relevant publiek', in beginsel *wel* voorbehouden is aan de octrooihouder en pas vrijgesteld is onder de specifieke uitzondering rond handelingen die in de particuliere sfeer en voor niet-commerciële doeleinden worden verricht¹⁷³⁸.

Ten slotte, is dan ook nog het volgende op te merken rond de categorieën voorbehouden handelingen die het auteursrecht en de *sui generis* intellectuele rechten rond computerprogramma's en databanken inzetten om de betrokken rechthebbende een bevoegdheid te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een dupliceren of wijzigen van zintuiglijk waarneembare kenmerken, *nieuwe* alternatieve 'consumptieketens' doen ontstaan rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan zijn bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *naast* de 'consumptieketens' rond deze bewustzijnsfenomenen ten aanzien van die zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object' die 'in het verkeer' gebracht werden met zijn toestemming: de interpretatie van de daartoe ingezette categorieën voorbehouden handelingen zorgt er vaak voor dat zij zich niet beperken tot het verlenen van een bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare handelingen met

¹⁷³⁸ Zie: art. XI.34., §1 WER (oud art. 28, § 1 Octrooiwet) ("De uit een octrooi voortvloeiende rechten strekken zich niet uit tot: a) handelingen die in de particuliere sfeer en voor niet-commerciële doeleinden worden verricht;...").

die specifieke rol in het doen ontstaan van ‘consumptieketen’. De brede interpretatie van de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’ en de interpretatie dat ‘publiek mededelen’ ook kan slaan op ‘het tonen van het bestaande’ bieden bijvoorbeeld beiden een potentieel aanknopingspunt om de rechthebbende een controle te bieden over zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ die nochtans geen aanleiding geven tot het doen ontstaan van een nieuwe ‘consumptieketen’, omdat deze zintuiglijk waarneembare handelingen, uiteindelijk, geen aanleiding geven tot een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die in wezen mogelijk gemaakt zijn door te steunen op (de positieve effecten van) het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen van de belanghebbende producent of rechthebbende, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen, die deze belanghebbende producent of rechthebbende met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken. Ook de interpretatie bijvoorbeeld dat een ongewijzigd signaal dat een ‘werk’ weergeeft, aanleiding zou kunnen geven tot twee afzonderlijke ‘publieke mededelingen’ omdat het, naast bereiken van het ‘publiek’ dat de betrokken rechthebbende op het oog had bij het geven van zijn toestemming voor de uitzending van dit signaal, ook een ‘nieuw’ publiek bereikt, houdt in die zin immers het volgende in: dat de rechthebbende, indien zijn bevoegdheid erkend wordt om op grond van de categorie voorbehouden handelingen ‘publiek mededelen’ een controle uit te oefenen over het bereiken van het zonet omschreven ‘nieuwe publiek’, deze bevoegdheid krijgt zonder dat sprake is van een zintuiglijk waarneembare handeling die aanleiding geeft tot het doen ontstaan van een nieuwe ‘consumptieketen’ rond de weergave van het ‘werk’. Het feit dat het zonet omschreven ‘nieuwe publiek’ bereikt wordt door een ongewijzigd signaal impliceert immers dat het ‘publiek’ dat de betrokken rechthebbende op het oog had en dit ‘nieuwe publiek’ beiden de weergave van het ‘werk’ genieten *binnen* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van de weergave van het ‘werk’ door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van het betrokken ‘werk’, die deze rechthebbende met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken. Dit betekent dus ook dat het ‘publiek’ dat de betrokken rechthebbende op het oog had en dit ‘nieuwe publiek’ beiden de weergave van het ‘werk’ genieten binnen eenzelfde ‘consumptieketen’ op basis van het ongewijzigde signaal waarin de rechthebbende toestemde¹⁷³⁹.

Rond het chipsrecht, ten slotte, is volgens ons in elk geval aan te nemen dat dit de betrokken rechthebbende doorgaans in staat stelt om zintuiglijk waarneembare handelingen te controleren ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die, door een dupliceren of wijzigen van zintuiglijk waarneembare kenmerken, *nieuwe* alternatieve ‘consumptieketen’ doen ontstaan rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan zijn bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *naast* de ‘consumptieketen’ rond deze bewustzijnsfenomenen ten aanzien van die zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die ‘in het verkeer’ gebracht werden met zijn toestemming. Uit wat hierboven aan bod kwam, menen we immers te mogen afleiden dat de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’ zo te interpreteren is dat deze een heel eind op weg gaat in het verlenen van een exclusieve bevoegdheid aan de rechthebbende over zintuiglijk waarneembare handelingen die het volgende doen: door een dupliceren of wijzigen van zintuiglijk waarneembare kenmerken van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’, bijdragen tot of resulteren in een genot van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat mogelijk gemaakt is door het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, *buiten* de specifieke ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door middel van het gebruik van enkel die specifieke zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die met de toestemming van de rechthebbende ‘in het verkeer’ kwamen, zoals deze ‘in het verkeer’ kwamen, dit wil zeggen met ongewijzigde, concrete zintuiglijk

¹⁷³⁹ In dit verband is het volgens ons dan ook terecht dat het Europees Hof van Justitie reeds aangegeven heeft dat de vraag of sprake is van twee afzonderlijke ‘publieke mededelingen’ te beoordelen is in het licht van de vraag of weergaves van een ‘werk’ “*onder specifieke technische omstandigheden gebeuren*”, met name dus naar aanleiding van doelbewuste interventiehandelingen “*volgens een specifieke technische werkwijze die verschilt van de werkwijze voor de oorspronkelijke mededeling*”. Zie in dit verband: H.v.J. 7 maart 2013, C-607/11 (*ITV Broadcasting (et al) v. TVCatchup*), respectievelijk r.o. 39 en r.o. 26.

waarneembare kenmerken. In welke mate de betrokken categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’ de rechthebbende ook consequent een exclusieve bevoegdheid verleent over de zonet aangehaalde zintuiglijk waarneembare handelingen, is echter moeilijk te bepalen aangezien we, zoals aangegeven, uiteindelijk over weinig precieze aanwijzingen beschikken rond de concrete inherente kenmerken die zintuiglijk waarneembare handelingen moeten vertonen om te kunnen kwalificeren als een eigenlijk ‘reproducen’ binnen het chipsrecht¹⁷⁴⁰.

Ten slotte, is ook op te merken dat we doorheen het octrooirecht, het auteursrecht en de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, verschillende benaderingen aantreffen rond de criteria om een taakverdeling te organiseren tussen onderscheiden categorieën voorbehouden handelingen, op het vlak van het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een dupliceren of wijzigen van zintuiglijk waarneembare kenmerken, *nieuwe*, alternatieve ‘consumptieketens’ **doen ontstaan** rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze bewustzijnsfenomenen ten aanzien van die incorporaties van dit resultaat inspanningen die de betrokken rechthebbende of belanghebbende producent vrijwillig in het verkeer bracht. Het meest wezenlijke verschilpunt hierbij, vanuit de optiek van de analyse van ‘consumptieketens’, is dan met name of het hierbij gaat om een taakverdeling tussen onderscheiden categorieën voorbehouden handelingen die zich richt naar:

- het gegeven of het gaat om zintuiglijk waarneembare handelingen die resulteren in een **stoffelijke** dan wel een **onstoffelijke** zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ die als basis dient voor de *nieuwe* ‘consumptieketen’ die zij doen ontstaan rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, dan wel,
- het gegeven of het gaat om zintuiglijk waarneembare handelingen die resulteren in een zintuiglijk waarneembare manifestatie die, na het stopzetten van de betrokken zintuiglijk waarneembare handelingen en zonder verder tussenkomst, wel of niet haar **geschiktheid** behoudt om als basis te dienen voor de *nieuwe* ‘consumptieketen’ die zij doen ontstaan rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen.

De analyse rond een taakverdeling tussen onderscheiden categorieën voorbehouden handelingen naargelang het gaat om zintuiglijk waarneembare handelingen die resulteren in een stoffelijke dan wel een onstoffelijke zintuiglijk waarneembare manifestatie als basis voor *nieuwe* ‘consumptieketens’, vinden we dan met name terug in de volgende opvattingen: 1.) de benadering die aanneemt dat de categorieën voorbehouden handelingen rond ‘voortbrengselen’ en ‘werkwijzen’ binnen het octrooirecht zich onderscheiden naargelang zij betrekking hebben, respectievelijk, op een tastbare, stoffelijke zintuiglijk waarneem manifestatie binnen het ‘object’ dan wel op een niet-tastbare, onstoffelijke zintuiglijk waarneem manifestatie binnen het ‘object’¹⁷⁴¹ en 2.) de ‘atomistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat’ die aanneemt dat, in zoverre het auteursrecht en de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken een dichotomie hanteren tussen categorieën voorbehouden handelingen met een materieel dan wel een niet-materieel resultaat, dit duidt op een taakverdeling naargelang het gaat om zintuiglijk waarneembare handelingen die resulteren in, respectievelijk, tastbare, stoffelijke zintuiglijk waarneem manifestaties binnen het ‘object’ dan wel niet-tastbare, onstoffelijke zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’.

De analyse daarentegen rond een taakverdeling tussen onderscheiden categorieën voorbehouden handelingen naargelang het gaat om zintuiglijk waarneembare handelingen die, door de onderscheiden geschiktheid van de resulterende zintuiglijk waarneembare manifestaties om de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te verschaffen, *nieuwe* ‘consumptieketen’ doen ontstaan die al dan niet blijven bestaan na

¹⁷⁴⁰ Zie in die zin ook: A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 109 (“‘Reproduction’ is not defined in the Directive. In particular, the Directive is silent on what material form a reproduction of an IC design might take; on whether reproduction requires ‘copying’, and on whether reproduction may occur where there is less than complete identity between the two designs.”).

¹⁷⁴¹ Zie in dit verband bijvoorbeeld: M. BUYDENS, *Droit des brevets d’invention et protection du savoir-faire*, Brussel, Larcier, 1999, p. 53 en G. KLAUER en P. MÖHRING, *Patentrechtskommentar*, München, Franz Vahlen, 1971, Band I, p. 365.

het stopzetten van deze zintuiglijk waarneembare handelingen, treffen we daarentegen aan in de volgende opvattingen: 1.) de analyse dat de categorieën voorbehouden handelingen rond ‘voortbrengselen’ en ‘werkwijzen’ binnen het octrooirecht zich, in wezen, onderscheiden naargelang zij betrekking hebben op een zintuiglijk waarneem manifestatie binnen het ‘object’, respectievelijk, *met* dan wel *zonder* de geschiktheid om te circuleren binnen het handelsverkeer¹⁷⁴² en 2.) de ‘holistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat’ die aanneemt dat, in zoverre het auteursrecht en de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken een dichotomie hanteren tussen categorieën voorbehouden handelingen met een materieel dan wel een niet-materieel resultaat, dit duidt op een taakverdeling naargelang het gaat om zintuiglijk waarneembare handelingen die resulteren in zintuiglijk waarneembare manifestaties die, na het stopzetten van de betrokken zintuiglijk waarneembare handelingen en zonder verder tussenkomst, wel of niet hun geschiktheid behouden om genot te verschaffen van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen.

Ten slotte, is op te merken dat, met name uit het databankenrecht *sui generis* en sommige lezingen van het chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en het databanken auteursrecht, de opvatting blijkt dat deze intellectuele rechten hun categorieën voorbehouden handelingen geen taakverdeling opleggen naargelang het gaat om zintuiglijk waarneembare handelingen met een ‘materieel’ dan wel een ‘niet-materieel’ resultaat. Binnen deze opvatting is er dan ook niet meteen een aanknopingspunt om aan te nemen dat deze intellectuele rechten hun categorieën voorbehouden handelingen organiseren naargelang het gaat om zintuiglijk waarneembare handelingen die resulteren in een stoffelijke dan wel onstoffelijke zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ of naargelang het gaat om zintuiglijk waarneembare handelingen die resulteren in zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ die al dan niet zijn geschiktheid behoudt om, na het stopzetten van de betrokken zintuiglijk waarneembare handeling, genot te verschaffen van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen. Binnen het databankenrecht *sui generis*, bijvoorbeeld, stellen we in dit verband, zoals aangegeven, vast dat de eigenheid van de categorie voorbehouden handelingen ‘hergebruiken (publiek mededelen)’ ligt in het bereiken van een ‘publiek’ maar dat, bij ‘object-relevante’ duplicaties die een ‘publiek’ bereiken, er in de regel rekening mee te houden is dat deze zowel relevant zullen zijn in het licht van de categorie voorbehouden handelingen ‘opvragen’ als in het licht van de categorie voorbehouden handelingen ‘hergebruiken (publiek mededelen)’.

B. Evaluatie van de ‘specialisatie’ vanuit de systematiek rond imitatievoordeel

Vervolgens evalueren we nu of de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, specifiek op het vlak van het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die *nieuwe*, alternatieve ‘consumptieketens’ *doen ontstaan* rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, blijf geven van een verschillende benadering, in vergelijking met het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, waarrond het volgende geldt: binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, is dit verschil in benadering te analyseren als een mogelijk argument om de wenselijkheid te staven, van de specialisatie die deze *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht. Daarbij gaan we dus in wezen na of deze *sui generis* intellectuele rechten op dit vlak blijf geven van een verschillende inhoud of mate van precisering van gedragsvoorschriften waarvan aannemelijk is dat deze een bijdrage levert tot een meer gerechtvaardigde regeling die opweegt tegen de juridische inspanningen die deze *sui generis* intellectuele rechten veroorzaken door de hogere graad van differentiatie van gedragsvoorschriften die zij teweegbrengen binnen het intellectuele eigendomsrecht. Als referentiepunt bij deze evaluatie, richten we ons

¹⁷⁴² Zie in die zin, bijvoorbeeld: F. LINDENMAIER, *Das Patentgesetz*, Keulen (o.a.), Carl Heymann Verlag KG, 1973, p. 282 e.v. en J. HAHN, *Der Schutz von Erzeugnissen patentierter Verfahren. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Keulen (o.a.), Carl Heymann Verlag KG, 1968, p.36 e.v.; Zie ook de verwijzing naar deze opvatting bij: R. KRAßER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht* – , München, C.H. Beck, 2009, p. 771 e.v. (“Als Erzeugnisse wurden in der Rechtsprechung bisher nur körperliche Sachen in Betracht gezogen. Ein Teil des Schrifttums sieht darüber hinaus unkörperliche Verfahrensergebnisse wie Schall, Licht, Wärme, elektrische Energie als Erzeugnisse an, sofern sie „marktfähig“ sind.”).

dan met name opnieuw naar de theoretische modellen van een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht die de systematiek rond 'imitatievoordeel', zoals aangegeven, als een passende leidraad ziet voor het ingrijpen van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten. Rond het chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht gaat het daarbij dus om het theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving gebonden is aan een concrete vormgeving. In het geval van het databankenrecht *sui generis* betreft het dus het theoretische model van een ingrijpen tegen 'parasitair kopiëren'. Hierbij benadrukken we overigens dat we de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken enkel evalueren op het vlak van het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die inderdaad *nieuwe*, alternatieve 'consumptieketens' **doen ontstaan** rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen. We gaan dus nog niet over tot een evaluatie van het gegeven dat de betrokken *sui generis* intellectuele rechten, via de categorieën voorbehouden handelingen die zij inzetten om de rechthebbende een controle te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die *nieuwe* 'consumptieketens' doen ontstaan, zoals aangegeven, vaak niet alleen een bevoegdheid verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die inderdaad een dergelijk *nieuwe*, alternatieve 'consumptieketens' doen ontstaan. De evaluatie van het zonet omschreven specifieke punt laten we immers pas aan bod komen waar de gevolgen van deze aanpak zich merkbaar maken: de controle die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken de rechthebbende verlenen rond zintuiglijk waarneembare handelingen die bestaande 'consumptieketens' voortzetten door een 'doen circuleren' of een 'gebruikmaken'.

De zonet beschreven evaluatie werken we in wat volgt nu met name uit in twee stappen. Eerst (B.1.) verduidelijken we wat gereedeneerd vanuit de systematiek rond 'imitatievoordeel' de aangewezen aanpak is voor de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken op het vlak van het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die *nieuwe*, alternatieve 'consumptieketens' **doen ontstaan** rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen. Vervolgens (B.2.) bespreken we dan wat deze analyse in het licht van de systematiek rond 'imitatievoordeel' zegt over de concrete aanpak die deze *sui generis* intellectuele rechten hanteren op dit vlak, als mogelijk argument om de wenselijkheid te staven van hun specialisatie.

B.1. Regel op grond van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’

Doorheen de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, geldt volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, zoals aangegeven, dat zij met het oog op een, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal ingrijpen, steeds als volgt te werk moeten gaan op het vlak van het verlenen van een bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare handelingen die *nieuwe* ‘consumptieketens’ *doen ontstaan* rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen: deze beschermingsregelingen moeten de belanghebbende producent of rechthebbende, steeds een bevoegdheid verlenen die toelaat om die zintuiglijk waarneembare handelingen afhankelijk te maken van zijn toestemming die, door een dupliceren of wijzigen van zintuiglijk waarneembare kenmerken, *nieuwe*, alternatieve ‘consumptieketens’ *doen ontstaan* rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van de incorporaties van dit bescherming motiverende resultaat van inspanningen die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met zijn toestemming. Rond de zonet gepreciseerde zintuiglijk waarneembare handelingen geldt immers dat het steeds om zintuiglijk waarneembare handelingen gaat die aanleiding geven tot een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die in wezen mogelijk gemaakt zijn door te steunen op (de positieve effecten van) het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen van de belanghebbende producent of rechthebbende, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen, die deze belanghebbende producent of rechthebbende met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken. Dit betekent volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan ook dat rond de zonet gepreciseerde zintuiglijk waarneembare handelingen steeds een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht aan de orde is met het oog op het vermijden van positieve externe effecten, overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen, en met het oog op het verhinderen van het ‘stelen’ van inspanningen overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen. Rond de zonet gepreciseerde zintuiglijk waarneembare handelingen geldt immers dat zij het volgende doen: zij dragen bij tot of resulteren in een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat steunt op (de positieve effecten van) het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen van de belanghebbende producent of rechthebbende dat deze belanghebbende producent of rechthebbende niet afhankelijk kan maken van het afsluiten van een overeenkomst met hem, louter op grond van zakenrechtelijke rechten over de incorporaties van dit ‘resultaat’ van inspanningen die hij zelf vervaardigde. De zonet gepreciseerde zintuiglijk waarneembare handelingen laten namelijk een *genot* toe van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan de (de positieve effecten van) het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen van de belanghebbende producent of rechthebbende, dat deze belanghebbende producent of rechthebbende *niet* kon incalculeren op het ogenblik dat hij zijn toestemming gaf tot de initiële afgifte van zijn feitelijke macht over de incorporaties van dit ‘resultaat’ van inspanningen die hij zelf vervaardigde door op dat moment rekening te houden met de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken die hij deze incorporaties meegaf en de aan deze kenmerken gekoppelde capaciteit om genot te verschaffen van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan (de positieve effecten van) zijn betrokken ‘resultaat’ van inspanningen, binnen specifieke ruimtelijke en temporele limieten. Hierbij is dan overigens op te merken dat de zonet beschreven rechtvaardiging om de belanghebbende producent of rechthebbende een bevoegdheid te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die een dupliceren of wijzigen van zintuiglijk waarneembare kenmerken inhouden, niet opgaat, in zoverre dit dupliceren of wijzigen van zintuiglijk waarneembare kenmerken geen *nieuwe*, alternatieve ‘consumptieketens’ *doet ontstaan* rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn het bescherming motiverend ‘resultaat’ van inspanningen, of, anders gezegd, in zoverre dit dupliceren of wijzigen van zintuiglijk waarneembare kenmerken enkel aanleiding geeft tot een voor de betrokken rechthebbende of belanghebbende producent, in wezen, in te calculeren *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, *binnen* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen, die de belanghebbende producent of rechthebbende met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken.

Volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ is het dus uiteindelijk een constante doorheen de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht dat zij de belanghebbende producent of rechthebbende, steeds een bevoegdheid behoren te verlenen die hem toelaat om die zintuiglijk waarneembare handelingen afhankelijk te maken van zijn toestemming die, door een dupliceren of wijzigen van zintuiglijk waarneembare kenmerken, *nieuwe*, alternatieve ‘consumptieketens’ *doen ontstaan* rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van de incorporaties van dit bescherming motiverende resultaat van inspanningen die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met zijn toestemming.

In het licht van deze constante is het volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dus echter wel zo dat rekening te houden is met een belangrijk verschil tussen intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ op het vlak van het afbakenen van de groep zintuiglijk waarneembare manifestaties ten aanzien waarvan zij, met het oog op het vermijden van ‘imitatievoordeel’, de zonet vermelde bevoegdheid dienen te verlenen aan de belanghebbende producent of de rechthebbende. In zoverre **intellectuele rechten** ingezet worden om ‘imitatievoordeel’ te traceren en te neutraliseren rond resultaten van ‘intellectuele arbeid’ kunnen zij, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, voor het afbakenen van de betrokken groep zintuiglijk waarneembare manifestaties, zoals aangegeven, steeds terugvallen op een afbakening van het ‘object’ overeenkomstig de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’. In zoverre het **ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’** ook ingezet wordt om ‘imitatievoordeel’ te traceren en te neutraliseren rond resultaten van ‘handenarbeid’ dient het de afbakening van de betrokken groep zintuiglijk waarneembare manifestaties volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, zoals aangegeven, te richten naar een toetsing van het geheel van de betrokken feitelijke omstandigheden rond een ‘kopiëren’.

Om binnen intellectuele rechten de zonet vermelde constante richtlijn te implementeren rond het doen ontstaan van ‘consumptieketens’ is het volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan vanuit systematisch oogpunt wenselijk om daartoe onderscheiden categorieën voorbehouden handelingen in te zetten die zich organiseren in het licht van het volgende criterium: of het gaat om zintuiglijk waarneembare handelingen die een *nieuwe, alternatieve* ‘consumptieketen’ doen ontstaan die **blijft bestaan** dan wel **verdwijnt** na de stopzetting van de betrokken handeling die aanleiding gaf tot deze alternatieve consumptieketen. Het voordeel van een dergelijk onderscheid is volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan met name te situeren op het vlak van een overzichtelijke en coherente organisatie van de toepassing van de ‘uitputtingsleer’. In het kader van de categorieën voorbehouden handelingen die zich, in de zonet vermelde interpretatie, toeleggen op zintuiglijk waarneembare handelingen die een *nieuwe, alternatieve* ‘consumptieketen’ doen ontstaan die ook **blijft bestaan** na de stopzetting van de betrokken handeling die aanleiding gaf tot deze alternatieve consumptieketen, is dan meteen ook duidelijk dat de betrokken handelingen resulteren in zintuiglijk waarneembare manifestaties met een geschiktheid om te circuleren waarrond zich de nood stelt om eventueel toepassing te maken van de ‘**uitputtingsleer**’. Bij de categorieën voorbehouden handelingen daarentegen die zich, in de zonet vermelde interpretatie, toeleggen op zintuiglijk waarneembare handelingen die een *nieuwe, alternatieve* ‘consumptieketen’ doen ontstaan die **verdwijnt** na de stopzetting van de betrokken handeling die aanleiding gaf tot deze alternatieve consumptieketen, is dan meteen ook duidelijk dat de betrokken handelingen **niet** resulteren in zintuiglijk waarneembare manifestaties met een geschiktheid om te circuleren waarrond zich een nood stelt om eventueel toepassing te maken van de ‘**uitputtingsleer**’. In zoverre de categorieën voorbehouden handelingen ‘publiek mededelen’ en ‘hergebruiken (publiek mededelen)’ inderdaad verwijzen naar zintuiglijk waarneembare handelingen die een *nieuwe, alternatieve* ‘consumptieketen’ doen ontstaan die verdwijnt na de stopzetting van de betrokken handeling die aanleiding gaf tot deze alternatieve consumptieketen, is het volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan niet meer dan logisch dat de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ zich niet uitstrekt tot het resultaat van zintuiglijk waarneembare handelingen die onder deze categorieën voorbehouden handelingen vallen¹⁷⁴³.

¹⁷⁴³ Vergelijk op dit punt SCHRAMM die rond de toepassing van de ‘uitputtingsleer’, door hem aangeduid als ‘Verbrauch der Schutzrechtswirkungen’, stelt: “*Der Verbrauch soll die Koppelung zwischen Schutzrecht und dem Werkstück lösen. Daher ist das Problem nur von Bedeutung, soweit es sich um körperliche Sachen handelt. ... Ein Werkstück ist mit den Schutzrechtswirkungen dinglich belastet. Bei einer unkörperlichen Vermehrung und*

B.2. Beoordeling op grond van de systematiek rond 'imitatievoordeel'

Met het oog op een vanuit de specifieke focus van ons onderzoek optimaal ingrijpen, op het vlak van het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een dupliceren of wijzigen van zintuiglijk waarneembare kenmerken, *nieuwe*, alternatieve 'consumptieketens' *doen ontstaan* rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, behoren de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken volgens de systematiek rond 'imitatievoordeel' dus uiteindelijk steeds dezelfde, hierboven besproken, algemene richtlijn te implementeren die alle beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht daartoe moeten aanhouden op dit vlak. Dit betekent dus ook dat, geredeneerd vanuit de systematiek rond 'imitatievoordeel' en de specifieke focus van ons onderzoek, geen argument te vinden is voor de wenselijkheid van de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, in het volgende: hun eventuele verschillende aanpak rond het verlenen van een bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare manifestaties met de zonet gepreciseerde rol in het doen ontstaan of voortzetten van consumptieketens.

In het kader van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken komt het er, volgens de systematiek rond 'imitatievoordeel', dus veeleer op aan om hun concrete bepalingen zo te interpreteren dat deze inderdaad toelaten om de hierboven besproken, algemene richtlijn te implementeren die de systematiek rond 'imitatievoordeel', voor alle beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, voorschrijft op het vlak van het verlenen van een bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een dupliceren of wijzigen van zintuiglijk waarneembare kenmerken, *nieuwe*, alternatieve 'consumptieketens' *doen ontstaan* rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen.

Verbreitung z. B. durch Lautsprecher ist nichts da, was dinglich belastet sein könnte. Eine dingliche Belastung setzt immer ein Gegenstand voraus, der konkretisiert ist." C. SCHRAMM, *Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen rechtsschutzes und Urheberrechtes*, C. Heymanns Verlag KG, Berlijn, Keulen, 1954, p. 376; Vergelijk ook: G. MOM, *Kabeltelevisie en Auteursrecht*, Lelystad, Koninklijke Vermande bv, 1990, p. 200-201 (Met name waar deze auteur de noties materieel en immaterieel in het kader van het auteursrecht in verband brengt met de kwalificaties verhandelbaar product en niet-verhandelbaar product, door te schrijven: "naast de via verhandelbare produkten (de materiële 'dragers' van het werk, zoals boeken, grammofonplaten, muziek-en videocassettes) openbaar te maken werken was er nog een afzonderlijke categorie werken die (ook) op een immateriële wijze openbaargemaakt kunnen worden, dus zonder dat daarbij verhandelbare produkten in het geding waren, zoals zich dat bijvoorbeeld voordeed bij een vertoning, uitzending, vertolking of uitvoering van een werk.").

3.2. Consumptieketens doen ontstaan of voortzetten door een ‘doen circuleren’ van zintuiglijk waarneembare manifestaties

Ten tweede bespreken we dan of de wenselijkheid van de ‘specialisatie’, doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, kan volgen uit de onderscheiden mate waarin zij, in vergelijking tot het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, het volgende doen: de rechthebbende een controle verlenen 1.) over zintuiglijk waarneembare handelingen die *nieuwe* ‘consumptieketens’ **doen ontstaan** rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, door een initieel ‘in het verkeer brengen’ van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ en 2.) over zintuiglijk waarneembare handelingen die ‘consumptieketens’ **voortzetten** rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, door een ‘*doen circuleren*’ van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’.

Als criterium om binnen de zonet aangehaalde beschermingsregimes de aanknopingspunten te traceren die relevant zijn voor het verlenen van een controle over de zintuiglijk waarneembare handelingen met de zonet gepreciseerde rollen in het doen ontstaan of voortzetten van ‘consumptieketens’¹⁷⁴⁴, menen wij ons dan met name te kunnen richten naar het volgende criterium: gaat het om het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die een afgifte inhouden aan een andere persoon van de feitelijke of juridische macht over een specifieke, bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen de groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties die een geschiktheid tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen. Zowel binnen de regelgeving als de bestaande interpretaties rond het octrooirecht, het auteursrecht, het ingrijpen tegen parasitaire mededinging en de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, is het volgens ons immers in wezen erg gebruikelijk om bij het analyseren en systematiseren van de bevoegdheden die deze beschermingsregimes verlenen aandacht te hebben voor het volgende gegeven: of deze bevoegdheden zich ook uitstrekken tot zintuiglijk waarneembare handelingen die een afgifte inhouden aan een andere persoon van de feitelijke of juridische macht over bepaalde relevante zintuiglijk waarneembare manifestaties. Tegelijk is het feit of een zintuiglijk waarneembare handeling minstens een afgifte inhoudt aan een andere persoon van de feitelijke macht over een zintuiglijk waarneembare manifestatie ook de rode draad doorheen zintuiglijk waarneembare handeling die, rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan een bepaalde ‘resultaat’ van inspanningen, een nieuwe ‘consumptieketen’ doen ontstaan door een initieel ‘in het verkeer’ brengen van zintuiglijk waarneembare manifestaties dan wel een bestaande ‘consumptieketen’ voortzetten door een ‘doen circuleren’ van zintuiglijk waarneembare manifestaties.

Om in dit onderdeel nu aan te geven of de wenselijkheid van de ‘specialisatie’, doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken kan volgen uit hun aanpak rond zintuiglijk waarneembare handelingen die, rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *nieuwe* ‘consumptieketens’ doen ontstaan door een initieel ‘in het verkeer brengen’ van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ dan wel bestaande ‘consumptieketens’ voortzetten door een doen circuleren van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, opteren we voor de volgende structuur. Ten eerste (3.2.1.), bespreken we de bestaande opvattingen rond de controle die een persoon aan het octrooirecht, auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ kan ontlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die een afgifte inhouden van de feitelijke of juridische macht over een specifieke, bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie. Ten tweede (3.2.2.), gaan we dan in op de bestaande opvattingen rond de controle die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken de rechthebbende bieden over zintuiglijk waarneembare handelingen die een afgifte inhouden van de feitelijke of juridische macht over een specifieke, bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie. Vervolgens

¹⁷⁴⁴ De zoektocht naar een dergelijk criterium is daarbij met name noodzakelijk omdat het binnen de relevante regelgeving en bestaande interpretaties rond de betrokken beschermingsregimes nu eenmaal niet gebruikelijk is om de bevoegdheden die deze beschermingsregimes verlenen, te preciseren of te analyseren in termen van het voortzetten van ‘consumptieketens’ door een doen circuleren.

(3.2.3.) gaan we dan na of hieruit blijkt dat de betrokken *sui generis* intellectuele rechten er, in vergelijking met het octrooirecht, auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, een wenselijke specialisatie op nahouden op het vlak van het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die, rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *nieuwe* ‘consumptieketens’ doen ontstaan door een initieel ‘in het verkeer brengen’ dan wel bestaande ‘consumptieketens’ voortzetten. Daarbij gaan we dus met name opnieuw na of zij er op dit vlak een verschillende aanpak op nahouden die, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, als volgt te analyseren is: als een, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, wenselijke specialisatie op het vlak van het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht.

3.2.1. De bestaande beschermingsregelingen

Doorheen de relevante, traditionele beschermingsregelingen binnen onze comparatieve toetsing stellen we vast dat, indien zij bescherming verlenen, het niet ongebruikelijk is dat zij een persoon daarbij een bepaalde controle verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die een afgifte inhouden van de feitelijke of juridische macht over een specifieke, bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie. Dit punt lichten we in wat volgt verder toe in het licht van (A.) de betrokken intellectuele rechten, met name het octrooirecht en het auteursrecht, en (B.) het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’.

A. Intellectuele rechten

Binnen het octrooirecht en het auteursrecht wordt rond sommige categorieën voorbehouden handelingen aangenomen dat ze verwijzen naar handelingen die een afgifte inhouden van de feitelijke of juridische macht over een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie die binnen het ‘object’ valt. Binnen het auteursrecht is dit met name het geval voor de categorie voorbehouden handelingen ‘distribueren¹⁷⁴⁵’, ‘verhuren¹⁷⁴⁶’ en ‘uitlenen¹⁷⁴⁷’. In het octrooirecht geldt dit voor de categorie voorbehouden handelingen ‘in het verkeer brengen van voortbrengselen¹⁷⁴⁸’. Dit ‘in het verkeer brengen’ is daarbij een uitdrukkelijke categorie voorbehouden handelingen zowel ten aanzien van de voortbrengselen waarop een voortbrengsel-octrooi betrekking heeft als ten aanzien van voortbrengselen die rechtstreeks tot stand kwamen via de werkwijze waarop een werkwijze-octrooi betrekking hebben¹⁷⁴⁹.

In wat volgt, analyseren we nu de bestaande, normatieve interpretaties rond de zonet aangehaalde categorieën voorbehouden handelingen waarrond geldt dat zij kunnen verwijzen naar zintuiglijk waarneembare handelingen die een afgifte inhouden van de feitelijke of juridische macht over een specifieke, bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie. Daarbij gaan we met name opnieuw na welke aanwijzingen de interpretaties rond deze categorieën voorbehouden handelingen bieden op het volgende vlak: (A.1.) de inherente zintuiglijke waarneembare kenmerken die handelingen moeten vertonen om te kunnen kwalificeren als de betrokken categorieën voorbehouden handelingen en (A.2.) de contextgebonden factoren die bepalen of concrete handelingen

¹⁷⁴⁵ Zie: art. 4.1. Richtlijn Informatiemaatschappij en art. XI.165., § 1, lid 5 WER (oud art. 1, § 1, lid 5 Auteurswet).

¹⁷⁴⁶ Zie: art. 2.1., a.) Richtlijn Verhuurrecht (2006) en art. XI.165., § 1, lid 3 WER (oud art. 1, § 1, lid 3 Auteurswet).

¹⁷⁴⁷ Zie: art. 2.1., b.) Richtlijn Verhuurrecht (2006) en art. XI.165., § 1, lid 3 WER (oud art. 1, § 1, lid 3 Auteurswet).

¹⁷⁴⁸ Zie: art. XI.29., §1, a. en c. WER (oud art. 27, §1, a. en c. Octrooiwet); In dit verband is op te merken dat we het niet nodig achten om hierbij telkens afzonderlijk in te gaan op de categorieën voorbehouden handelingen ‘aanbieden’, ‘invoeren’ en ‘in voorraad hebben’ die deze artikelen eveneens vermelden, aangezien deze categorieën voorbehouden handelingen daarbij in wezen te analyseren zijn als voorbereidende handelingen op het ‘in het verkeer brengen van voortbrengselen’.

¹⁷⁴⁹ Zie: art. XI.29., §1, a. en c. WER (oud art. 27, §1, a. en c. Octrooiwet); Zie bijvoorbeeld: R. KRABER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht –*, München, C.H. Beck, 2009, p. 771 (“Nach § 9 Satz 2 Nr. 3 PatG unterliegen Handlungen, die sich auf unmittelbare Erzeugnisse patentierter Verfahren beziehen, den gleichen Verbotswirkungen wie Handlungen in bezug auf Erzeugnisse, die als solche „Gegenstand“ eines Patents sind. Ein Unterschied in der Tragweite des Schutzes ergibt sich freilich daraus, daß die Verbotswirkung des Verfahrenspatents Erzeugnisse nur dann ergreift, wenn diese durch das patentierte Verfahren hergestellt sind, während sie sich beim Erzeugnispatent ohne Rücksicht auf den Herstellungsweg geltend macht.”).

met de daartoe vereiste inherente zintuiglijke waarneembare kenmerken ook daadwerkelijk onder de betrokken categorieën voorbehouden handelingen vallen¹⁷⁵⁰.

A.1. Soort handelingen

In eerste instantie bespreken we dus opnieuw welke inherente kenmerken zintuiglijk waarneembare handelingen precies moeten vertonen om binnen het octrooirecht en het auteursrecht te kunnen kwalificeren als, ditmaal, de categorieën voorbehouden handelingen waarrond geldt dat ze het aanknopingspunt kunnen zijn voor het volgende: de rechthebbende een bevoegdheid verlenen over bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen die een afgifte inhouden van de feitelijke of juridische macht over een specifieke, bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’. Eerst (A.1.1.) focussen we daarbij opnieuw op het octrooirecht. Daarna (A.1.2.) richten we ons weer op het auteursrecht.

A.1.1. Octrooirecht

In het kader van het octrooirecht nemen we zoals aangegeven aan dat de categorie voorbehouden handelingen ‘in het verkeer brengen’ van een voortbrengsel een exclusieve bevoegdheid verleent over bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen die een afgifte inhouden van de feitelijke of juridische macht over een specifieke, bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’.

De inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken die een handeling moet vertonen om te kunnen kwalificeren als een ‘in het verkeer brengen’ van een voortbrengsel, blijkt het octrooirecht, volgens ons, immers als volgt te bepalen: het moet gaan om een zintuiglijk waarneembare handeling die een afgifte inhoudt van de feitelijke of juridische macht over een specifieke, bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie die kwalificeert als een voortbrengsel binnen het ‘object’. Het is immers aanvaard dat de notie ‘in het verkeer brengen’ binnen het octrooirecht uiterst ruim op te vatten is en dat zowel een eigendomsoverdracht als het verhuren van ‘voortbrengselen’ aanleiding kunnen geven tot een dergelijk ‘in het verkeer brengen¹⁷⁵¹’. In het bijzonder in het Duitse octrooirecht bijvoorbeeld is het gebruikelijk om aan te nemen dat het uiteindelijke criterium om te bepalen of een zintuiglijk waarneembare handeling in aanmerking kan komen voor een kwalificatie als een ‘in het verkeer brengen’, het volgende is: of deze handeling een door de betrokken rechthebbende toegestemde, afgifte inhoudt van de feitelijke macht over een voortbrengsel¹⁷⁵². Dat een handeling ook een afgifte zou inhouden van de juridische

¹⁷⁵⁰ Voor dit onderscheid inspireren we ons zoals aangegeven op MOM die in het kader van zijn bespreking van het begrip ‘openbaarmaking’ in de Nederlandse auteurswet, een onderscheid maakt tussen de “*natuurlijke betekenis*” van dit begrip en de “*auteursrechtelijke relevantie van bepaalde vormen van gebruik van beschermde werken in een besloten kring*” in het licht van dit begrip. Zie: G. MOM, “Uitvoering in (strikt) besloten kring”, *ami* 2010, p. 81.

¹⁷⁵¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire : créer, protéger et partager les inventions au XXI^e siècle*, Brussel, Larcier, 2010, p. 87 (“*La notion de ‘mise dans le commerce est extrêmement large: elle vise à la fois la vente, la location et tout autre transaction commerciale (...)*”).

¹⁷⁵² Zie in die zin bijvoorbeeld: R. KRABER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht –*, München, C.H. Beck, 2009, p. 760 (“*Eine Sache wird in Verkehr gebracht, wenn jemand einem anderen die tatsächliche Verfügungsgewalt darüber verschafft, d. h. ihn in die Lage versetzt, die Sache zu veräußern oder zu gebrauchen. Patentverletzend ist das Inverkehrbringen, wenn es ohne Zustimmung des Patentinhabers erfolgt und eine Sache betrifft, die nicht schon mit seiner Zustimmung in den Verkehr gelangt ist. Der Einräumung einer rechtlichen Verfügungsmacht, insbesondere der Übertragung des Eigentums, bedarf es nicht. Ein Inverkehrbringen erfolgt auch durch Vermieten oder Verleihen und durch Lieferung unter Eigentumsvorbehalt. ... Eine Besitzverschaffung, die auch in der Übertragung mittelbaren Besitzes (§ 870 BGB) bestehen kann, ist immer erforderlich, aber nicht immer genügend. So wird eine Ware noch nicht durch Übergabe an einen Frachtführer oder Lagerhalter in Verkehr gebracht, weil der Empfänger in diesen Fällen die Ware weder veräußern noch gebrauchen soll. Ein Inverkehrbringen erfolgt erst dadurch, daß der Frachtführer oder Lagerhalter die Sache (sei es auch abredewidrig) einem Dritten herausgibt, wohl auch schon dadurch, daß einem Dritten der Herausgabeanspruch gegen den Lagerhalter abgetreten und dadurch mittelbarer Besitz verschafft wird.*”); en P. MES, “§ 9 Wirkung des Patents” in P. MES, *Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz: Kommentar*, München, Beck, 2005, Nr 34; Vergelijk ook: R. MILLER (et al), *Terrell on the Law of Patents*, London, Sweet & Maxwell 2005, Nr. 8-22 (“*In its widest meaning the word*

macht over het betrokken voortbrengsel is binnen het Duitse octrooirecht niet vereist opdat deze handeling ook zou kunnen kwalificeren als een ‘in het verkeer brengen’¹⁷⁵³.

Rond de categorie voorbehouden handelingen ‘in het verkeer brengen’ binnen het octrooirecht, is dan echter op te merken dat, in zoverre een ‘in het verkeer brengen’ binnen het octrooirecht een ‘voortbrengsel’ veronderstelt, ook hier rekening te houden is met de hierboven vermelde discussie rond de precieze reikwijdte van de begrippen ‘voortbrengsel’ en ‘werkwijze’ binnen het octrooirecht. Bij deze discussie rond het onderscheid binnen het octrooirecht tussen ‘voortbrengsel’ en ‘werkwijze’ gaat het, zoals aangegeven, met name om de vraag of reeds sprake kan zijn van een ‘voortbrengsel’ of een ‘rechtstreeks via een werkwijze verkregen voortbrengsel’ indien een uitvinding een realisatie krijgt met de geschiktheid om te circuleren binnen het handelsverkeer dan wel of dit vraagt dat een uitvinding een realisatie krijgt die gebonden is aan een niet-vluchtig substraat. De inzet van deze discussie in het kader de categorie voorbehouden handelingen ‘in het verkeer brengen’ is dan met name of bijvoorbeeld reeds sprake kan zijn van een dergelijk ‘in het verkeer brengen’ bij handelingen die een afgifte inhouden van de realisatie van een uitvinding binnen geluidsgolven, lichtgolven of elektriciteit die weliswaar niet gebonden is aan een niet-vluchtig substraat maar *in concreto* wel blijkt geeft van een geschiktheid om te circuleren binnen het handelsverkeer¹⁷⁵⁴.

A.1.2. Auteursrecht

Binnen het auteursrecht zijn het, volgens ons, de categorieën voorbehouden handelingen ‘distribueren’¹⁷⁵⁵, ‘verhuren’¹⁷⁵⁶ en ‘openbaar uitlenen’¹⁷⁵⁷ die de onmiddellijke aanknopingspunten vormen om de rechthebbende een bepaalde exclusieve bevoegdheid te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die inhouden dat een persoon zijn feitelijke of juridische macht over een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie afgeeft aan een andere persoon. Rond de inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken die een handeling moet vertonen om te kunnen kwalificeren als een ‘distribueren’ binnen het auteursrecht, is het immers nog altijd gebruikelijk om deze als volgt te bepalen: het moet gaan om een zintuiglijk waarneembare handeling die inhoudt dat een persoon zijn eigendomsrecht over een specifieke, volgens de traditionele, overheersende opvatting, ‘materiële’ zintuiglijk waarneembare manifestatie¹⁷⁵⁸, overdraagt aan een andere persoon. In het licht van een kwalificatie als een

"disposes" (which was not used in earlier statutes or in the Royal Command) would prima facie cover any loss of physical possession including destruction. The CPC, however, does not use the word "dispose" but instead uses the more specific expression "putting on the market". "Dispose" therefore has a more limited meaning covering only loss of physical possession by transferring that possession to another in the course of trade (e.g. by way of sale). This will, it appears, extend also to lending but delivery to or by a mere warehouseman or carrier will not amount to disposal in this sense."

¹⁷⁵³ Zie bijvoorbeeld: in R. KRAßER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht –*, München, C.H. Beck, 2009, p. 760 en SCHAREN, “§ 9 Wirkung des Patents” in G. BENKARD, *Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz. Kurz-Kommentar*, München, Verlag C.H. BECK, 2006, Nr. 44.

¹⁷⁵⁴ Zie rond deze discussie, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: G. KLAUER en P. MÖHRING, *Patentrechtskommentar*, München, Franz Vahlen, 1971, Band I, p. 365; F. LINDENMAIER, *Das Patentgesetz*, Keulen (o.a.), Carl Heymann Verlag KG, 1973, p. 282 e.v. en J. HAHN, *Der Schutz von Erzeugnissen patentierter Verfahren. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Keulen (o.a.), Carl Heymann Verlag KG, 1968, p.36 e.v.; Zie ook: R. KRAßER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht –*, München, C.H. Beck, 2009, p. 771 e.v. (“*Als Erzeugnisse wurden in der Rechtsprechung bisher nur körperliche Sachen in Betracht gezogen. Ein Teil des Schrifttums sieht darüber hinaus unkörperliche Verfahrensergebnisse wie Schall, Licht, Wärme, elektrische Energie als Erzeugnisse an, sofern sie „marktfähig“ sind.*”).

¹⁷⁵⁵ Zie: art. 4.1. Richtlijn Informatiemaatschappij en art. XI.165., § 1, lid 5 WER (oud art. 1. § 1, lid 5 Auteurswet).

¹⁷⁵⁶ Zie: art. 2.1., a.) Richtlijn Verhuurrecht (2006) en art. XI.165., § 1, lid 3 WER (oud art. 1. § 1, lid 3 Auteurswet).

¹⁷⁵⁷ Zie: art. 2.1., b.) Richtlijn Verhuurrecht (2006) en art. XI.165., § 1, lid 3 WER (oud art. 1. § 1, lid 3 Auteurswet).

¹⁷⁵⁸ Zie in dit verband bijvoorbeeld: F. GOTZEN in F. BRISON and H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet. De Belgische auteurswet. Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2009, p. 11 en H.v.J 17 april 2008 C-456/06 (*Peek & Cloppenburg KG t. Cassina*), r.o. 36 (“*Uit het voorgaande volgt dat onder het begrip distributie onder het publiek van het origineel van een werk of een kopie daarvan, anderszins dan door verkoop, in de zin van artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/29, uitsluitend handelingen vallen die een eigendomsoverdracht van deze zaak*

‘verhuren’ daarentegen, geldt binnen het auteursrecht gewoonlijk dat een zintuiglijk waarneembare handelingen daartoe de volgende inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken moet vertonen: vereist is een zintuiglijk waarneembare handeling die inhoudt dat een persoon een, volgens de traditionele, overheersende opvatting, ‘materiële’, zintuiglijk waarneembare manifestatie voor gebruik ter beschikking stelt aan een andere persoon, voor een beperkte tijd en tegen een direct of indirect economisch of commercieel voordeel¹⁷⁵⁹. Rond de inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken, ten slotte, die een handeling moet vertonen om te kunnen kwalificeren als een ‘ontlenen’ binnen het auteursrecht, is het gebruikelijk om het volgende aan te nemen: het moet gaan om een zintuiglijk waarneembare handeling die inhoudt dat een voor het publiek toegankelijke instelling een, volgens de traditionele, overheersende opvatting, ‘materiële’, zintuiglijk waarneembare manifestatie voor gebruik ter beschikking stelt aan een andere persoon, voor een beperkte tijd en zonder direct of indirect economisch of commercieel voordeel, indien dat plaatsvindt via voor het publiek toegankelijke instellingen¹⁷⁶⁰.

Vervolgens kunnen we dan ook de categorieën voorbehouden handelingen ‘distribueren’, ‘verhuren’ en ‘ontlenen’ tegenover elkaar plaatsen om een beter beeld te krijgen van hun respectievelijke rol in het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die inhouden dat een persoon zijn feitelijke of juridische macht over een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie afgeeft aan een andere persoon.

In dit verband stellen we dan met name vast dat doorheen ‘distribueren’, ‘verhuren’ en ‘openbaar uitlenen’ binnen het auteursrecht, de volgende rode draad loopt op het vlak van de inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken die handelingen moeten vertonen om te kunnen kwalificeren als deze categorieën voorbehouden handelingen: het moet gaan om zintuiglijk waarneembare handeling die inhouden dat een persoon zijn feitelijke of juridische macht afgeeft over een specifieke, volgens de traditionele, overheersende opvatting, ‘materiële’ zintuiglijk waarneembare manifestatie, aan een andere persoon. Ook op dit punt binnen het auteursrecht is het dan gebruikelijk om aan te nemen dat een materiële, zintuiglijk waarneembare manifestatie te verstaan is als een zintuiglijk waarneembare manifestatie die als tastbaar, lichamelijk of stoffelijk te beschouwen is. In die zin geldt dan dat, in de context van het traceren van een ‘distribueren’, ‘verhuren’ of ‘ontlenen’, bijvoorbeeld sprake is van dergelijke ‘materiële’, zintuiglijk waarneembare manifestaties in het geval van vastleggingen van kenmerken in papier, de schakelcomponenten van een geheugen van een computersysteem of de onderscheiden licht reflecterende toestanden van punten op een cd-rom. Daartegenover, staat dat rond vastleggingen van kenmerken in bijvoorbeeld geluids-, licht-, en radiogolven of in elektronische spanningsverschillen of impulsen, volgens de traditionele, overheersende opvatting aangenomen wordt dat zij niet te beschouwen zijn als ‘materiële’ zintuiglijk waarneembare manifestaties met het oog op het traceren van een ‘distribueren’, ‘verhuren’ of ‘ontlenen’ en dat de handelingen rond deze vastleggingen dus niet kunnen kwalificeren als deze categorieën voorbehouden handelingen¹⁷⁶¹.

De verschillen tussen het soort zintuiglijk waarneembare handelingen die op grond van hun inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken kunnen kwalificeren als een ‘distribueren’, ‘verhuren’ dan wel een ‘openbaar uitlenen’ blijkt het auteursrecht daarentegen, in de regel, vooral te situeren in het licht van de volgende variabelen: 1.) de aard van de juridische overeenkomst die de afgifte regelt van de feitelijke of juridische macht over een de betrokken materiële zintuiglijk waarneembare manifestatie en 2.) de concrete afspraken die binnen deze overeenkomst

impliceren. Volgens de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens is hiervan bij de handelingen die in het hoofdgeding aan de orde zijn, klaarblijkelijk geen sprake.”)

¹⁷⁵⁹ Zie in die zin: art. 2.1., a.) Richtlijn Verhuurrecht (2006) (= “*verhuur: het voor gebruik ter beschikking stellen voor een beperkte tijd en tegen een direct of indirect economisch of commercieel voordeel.*”) (Richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (gecodificeerde versie), P.B. L 376 van 27 december 2006, p. 28–35) Zie ook: J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, p. 191 (“*Object van verhuur- en leenrecht zijn stoffelijke exemplaren van het werk.*”).

¹⁷⁶⁰ Zie in die zin: art. 2.1., b.) Richtlijn Verhuurrecht (2006) (= “*uitlening: het voor gebruik ter beschikking stellen voor een beperkte tijd en zonder direct of indirect economisch of commercieel voordeel, indien dat plaatsvindt via voor het publiek toegankelijke instellingen.*”); Zie ook opnieuw: J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, p. 191 (“*Object van verhuur- en leenrecht zijn stoffelijke exemplaren van het werk.*”).

¹⁷⁶¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: U. JOOS, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p. 80-81.

gemaakt zijn rond de afgifte van de feitelijke of juridische macht over de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie.

Met het oog op een mogelijke kwalificatie als een ‘distribueren’ in het kader van het auteursrecht, is het in die zin met name erg gebruikelijk om aan te nemen dat een handeling daartoe in beginsel de volgende inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken moet vertonen: het moet gaan om een zintuiglijk waarneembare handeling die een overdracht teweegbrengt van het zakenrechtelijke eigendomsrecht over een specifieke, materiële zintuiglijk waarneembare manifestatie¹⁷⁶². De Richtlijn Informatiemaatschappij omschrijft het distributierecht nochtans uitdrukkelijk als “*het uitsluitende recht, elke vorm van distributie onder het publiek van het origineel van hun werken of kopieën daarvan, door verkoop of anderszins, toe te staan of te verbieden*”¹⁷⁶³. Ook de Auteurswet spreekt expliciet van “*het recht de distributie van het origineel van het werk of van kopieën ervan aan het publiek, door verkoop of anderszins, toe te staan*”¹⁷⁶⁴. Het Hof van Justitie heeft echter geoordeeld dat distributie ‘door verkoop of anderszins’ in de Richtlijn Informatiemaatschappij te verstaan is “*als een vorm van distributie die een eigendomsoverdracht moet impliceren*”¹⁷⁶⁵.

Om te kunnen kwalificeren als een auteursrechtelijk ‘verhuren’ of ‘openbaar uitlenen’ geldt in beide gevallen dat een handeling in wezen de volgende inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken moet vertonen: het moet gaan om een zintuiglijk waarneembare handeling die een afgifte teweegbrengt van de feitelijke macht over een specifieke, materiële zintuiglijk waarneembare manifestatie in het kader van een overeenkomst die aangeeft dat deze feitelijke macht over de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie na een beperkte tijd terug te geven is¹⁷⁶⁶. Opdat een zintuiglijk waarneembare handeling zou kunnen kwalificeren als een auteursrechtelijk ‘verhuren’ is echter nog specifiek vereist dat de tijdelijke afgifte van de feitelijke macht over de betrokken materiële zintuiglijk waarneembare manifestatie plaatsvindt tegen een direct of indirect economisch of commercieel voordeel¹⁷⁶⁷. Opdat een zintuiglijk waarneembare handeling een auteursrechtelijk ‘openbaar uitlenen’ zou kunnen uitmaken is daarentegen nog specifiek vereist dat de tijdelijke afgifte van de feitelijke macht over de betrokken materiële zintuiglijk waarneembare manifestatie gebeurt door een voor het publiek toegankelijke instellingen die dit doet zonder direct of indirect economisch of commercieel voordeel¹⁷⁶⁸.

De precieze afbakening van de inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken die handelingen moeten vertonen om te kunnen kwalificeren als een ‘distribueren’, ‘verhuren’ of ‘openbaar uitlenen’ is echter opnieuw niet vrij van discussie. Bij nader inzicht blijken zich ook hier een aantal moeilijke vragen te stellen.

Een eerste punt van discussie is dan met name of het inderdaad wenselijk is om vast te houden aan het vereiste dat een zintuiglijk waarneembare handeling een ‘eigendomsoverdracht’ moet inhouden rond een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie, om te kunnen kwalificeren als een auteursrechtelijk ‘distribueren’. De vraag hierbij is met andere woorden of ook zintuiglijk waarneembare handelingen die het afstaan van bezit inhouden of meer algemeen het afstaan inhouden van feitelijke macht, een ‘distribueren’ kunnen uitmaken in de zin van het auteursrecht.

Ondanks het feit dat de Richtlijn Informatiemaatschappij het distributierecht omschrijft als “*het uitsluitende recht, elke vorm van distributie onder het publiek van het origineel van hun werken of kopieën daarvan, door verkoop of anderszins, toe te staan of te verbieden*”¹⁷⁶⁹ heeft het Europees Hof van Justitie, zoals aangegeven, geoordeeld dat

¹⁷⁶² Zie in die zin bijvoorbeeld: F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet. De Belgische auteurswet. Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2009, p.11 (“*Het distributierecht is het exclusieve recht om exemplaren van het werk door een eigendomsoverdracht in het verkeer te brengen.*”).

¹⁷⁶³ Art. 4.1. Richtlijn Informatiemaatschappij.

¹⁷⁶⁴ Art XI.165., § 1, lid 5 WER (oud art. 1. § 1, lid 5 Auteurswet).

¹⁷⁶⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: H.v.J 17 april 2008 C-456/06, (*Peek & Cloppenburg KG t. Cassina*), r.o. 33 en 41.

¹⁷⁶⁶ Zie in die zin de uitdrukkelijke vermelding van “*het voor gebruik ter beschikking stellen voor een beperkte tijd*” in de definities van ‘verhuren’ en ‘uitlenen’, in respectievelijk art. 2.1., a Richtlijn Verhuurrecht (2006) en art. 2.1., b Richtlijn Verhuurrecht (2006).

¹⁷⁶⁷ Art. 2.1., a Richtlijn Verhuurrecht (2006) (= “*verhuur: het voor gebruik ter beschikking stellen voor een beperkte tijd en tegen een direct of indirect economisch of commercieel voordeel;*”).

¹⁷⁶⁸ Art. 2.1., b Richtlijn Verhuurrecht (2006) (= “*uitlenen: het voor gebruik ter beschikking stellen voor een beperkte tijd en zonder direct of indirect economisch of commercieel voordeel, indien dat plaatsvindt via voor het publiek toegankelijke instellingen;*”).

¹⁷⁶⁹ Art. 4.1. Richtlijn Informatiemaatschappij.

dat distributie ‘door verkoop of anderszins’ in de Richtlijn Informatiemaatschappij te verstaan is “*als een vorm van distributie die een eigendomsoverdracht moet impliceren*¹⁷⁷⁰.” De argumentatie die het Hof naar voor schoof voor deze interpretatie steunt daarbij vooral op twee pijlers. Het eerste argument is dat ‘distribueren’ in de Richtlijn Informatiemaatschappij te interpreteren is in de zin dat dit een eigendomsoverdracht veronderstelt om te verzekeren dat de Richtlijn Informatiemaatschappij conform zou zijn aan art. 6.1. van het WCT-Verdrag dat het distributierecht omschrijft als “*het uitsluitend recht om toestemming te verlenen voor het door verkoop of andere overgang van eigendom voor het publiek beschikbaar stellen van het origineel en de exemplaren van hun werken*¹⁷⁷¹.” Het tweede argument is dat, kennelijk vanuit de veronderstelling dat de Richtlijn Informatiemaatschappij ‘distribueren’ inderdaad, conform art. 6.1. van het WCT-Verdrag verstaat in de zin dat dit een eigendomsoverdracht vereist, het niet aan dit Hof is: “*om voor auteurs nieuwe rechten in het leven te roepen die in richtlijn 2001/29 [n.v.d.r.: de Richtlijn Informatiemaatschappij] niet zijn voorzien, en bijgevolg, het begrip distributie van het origineel of een kopie van een werk een ruimere betekenis te geven dan door de gemeenschapswetgever is bedoeld.*¹⁷⁷²”

In het bijzonder in het Duitse recht, wordt echter nog steeds de opvatting verdedigd dat aan te nemen is dat voor een kwalificatie als ‘distribueren’ ook reeds een loutere afstand van het bezit over een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie kan volstaan en dat daartoe dus niet per se sprake moet zijn van een eigendomsoverdracht¹⁷⁷³. De argumentatie van het Europees Hof van Justitie dat het WCT-Verdrag ertoe dwingt om ‘distribueren’ in de Richtlijn Informatiemaatschappij te interpreteren in de zin dat dit een eigendomsoverdracht veronderstelt, kan volgens deze auteurs niet overtuigen. Volgens de betrokken rechtsleer is er immers rekening mee te houden dat het WCT-Verdrag de lidstaten niet verhindert om een hoger niveau van bescherming te verlenen dan de minimumbescherming die het van hen verlangt. Dit Verdrag kan volgens deze auteurs dus geen argument vormen om een interpretatie voor te staan rond ‘distribueren’ die ingaat tegen de uitdrukkelijk tekst van de Richtlijn Informatiemaatschappij die in dit verband, zoals gezegd, expliciet spreekt van elke vorm van distributie ‘door verkoop of anderszins’¹⁷⁷⁴. Binnen deze opvatting dat ook reeds een loutere afstand van het bezit over een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie kan kwalificeren als een ‘distribueren’ in de zin van het auteursrecht, stellen we echter wel vast dat er discussie en onduidelijkheid bestaat rond wat daarbij dan het uiteindelijke criterium behoort te zijn om te beslissen of sprake kan zijn van een ‘distribueren’: de afgifte van de juridische macht dan wel de puur feitelijk macht over een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie, of eventueel de afgifte van de feitelijke macht met instemming van de rechthebbende¹⁷⁷⁵.

¹⁷⁷⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: H.v.J 17 april 2008 C-456/06, (*Peek & Cloppenburg KG t. Cassina*), r.o. 33 en 41.

¹⁷⁷¹ Zie: H.v.J 17 april 2008 C-456/06, (*Peek & Cloppenburg KG t. Cassina*), r.o. 31-33.

¹⁷⁷² Zie: H.v.J 17 april 2008 C-456/06, (*Peek & Cloppenburg KG t. Cassina*), r.o. 38.

¹⁷⁷³ Zie in die zin bijvoorbeeld: D. HEERMA, “§ 17 Verbreitungsrecht” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 7 e.v. (Zie bijvoorbeeld Nr. 11: “*Ein Werkstück wird in Verkehr gebracht, wenn mindestens ein Einzelstück eines Werkes aus einer internen Betriebsphäre der Öffentlichkeit zugeführt wird... Die Übertragung des Eigentums ist nicht erforderlich...*”); M. VON WELSER, Noot bij H.v.J 17 april 2008, C-456/06 (*Peek & Cloppenburg KG t. Cassina*), *GRUR Int* 2008, p. 593 e.v.; M. GOLDMANN, “Anbieten und Verbreiten von Werken der angewandten Kunst nach der ‚Le-Corbusier-Möbel‘-Entscheidung des EuGH”, *GRUR* 2009, p. 551 e.v.; Vergelijk echter ook: U. JOOS, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p. 69; Vergelijk echter ook: J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, p.182-183 (“*Onder ‘openbaar maken’ van een exemplaar moet hier worden verstaan: verschaffen aan een of meer personen buiten de besloten kring. Daarvan is niet alleen sprake als de eigendom van het exemplaar overgaat maar ook als het wordt uitgeleend of verhuurd. Behalve het eigenlijke in het verkeer brengen valt ook het enkele daartoe aanbieden reeds onder het openbaarmakingsrecht.*”).

¹⁷⁷⁴ Zie voor deze tegenargumentatie, bijvoorbeeld: M. GOLDMANN, “Anbieten und Verbreiten von Werken der angewandten Kunst nach der ‚Le-Corbusier-Möbel‘-Entscheidung des EuGH”, *GRUR* 2009, p. 553 e.v. en D. HEERMA, “§ 17 Verbreitungsrecht” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 11.

¹⁷⁷⁵ Zie in dit verband, met name: Bundesgerichtshof 5 oktober 2006, (Le Corbusier-Möbel I), *GRUR* 2007, p. 50 (Met name r.o. 14-15: “*Ein Verbreiten i.S. von Art. 4 Abs. 1 der Informationsgesellschafts-Richtlinie liegt nach Ansicht des Senats regelmäßig vor, wenn das Original oder Vervielfältigungsstücke aus der internen Betriebsphäre durch Überlassung des Eigentums oder des Besitzes der Öffentlichkeit zugeführt werden. ... Nicht als geklärt angesehen werden kann aber, ob von einer Verbreitung an die Öffentlichkeit in beliebiger Form auf*

Rond deze discussie of een ‘distribueren’ binnen het auteursrecht inderdaad een ‘eigendomsoverdracht’ vereist, stelt zich dan ten slotte de vraag of en in welke mate het Europees Hof van Justitie, waar het met het oog op een kwalificatie als ‘distribueren’ uitdrukkelijk de vereiste stelt van een eigendomsoverdracht ‘impliceren’¹⁷⁷⁶, daarbij ook het volgende aanneemt: dat de formele kwalificatie die partijen zelf geven aan de overeenkomst die de afgifte regelt van een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie onder omstandigheden te herkwalficeren is tot een ‘eigendomsoverdracht’ met het oog op het traceren van zintuiglijk waarneembare handelingen die, in het kader van de toepassing van het auteursrecht, kunnen kwalificeren als een ‘distribueren’. Zoals zo meteen aan bod komt, heeft het Europees Hof van Justitie in het kader van de Richtlijn Computerprogramma’s reeds laten blijken dat het onder omstandigheden bereid is tot een dergelijk herkwalficatie met het oog op het traceren van een ‘distribueren’ dat aanleiding kan geven tot de toepassing van de uitputtingsleer¹⁷⁷⁷. Uit dit oordeel valt, volgens ons, echter nog niet af te leiden dat een zintuiglijk waarneembare handeling ook een eigendomsoverdracht moet inhouden om te kunnen kwalificeren als een ‘distribueren’ binnen het computerprogramma-auteursrecht en al evenmin of een zintuiglijk waarneembare handeling voor deze kwalificatie een afgifte vereist louter van feitelijke macht dan wel van juridische macht. Logisch gezien moet de uitputtingsleer als inherente limiet van het distributierecht immers niet dwingend toepassing vinden op het ganse distributierecht¹⁷⁷⁸. In het licht van de nadruk die het Europees Hof van Justitie in het betrokken arrest ook legt op het *lex specialis* karakter van de Richtlijn Computerprogramma’s¹⁷⁷⁹ valt echter niet met zekerheid te zeggen of deze benadering ook zonder meer toe te passen is binnen het auteursrecht¹⁷⁸⁰.

Een tweede punt van discussie is dan met name of het wel aangewezen is om, in het bijzonder ten aanzien van handelingen die zich voltrekken binnen netwerken van computersystemen, steeds strikt het volgende te vereisen opdat zintuiglijk waarneembare handelingen zouden kunnen kwalificeren als een ‘distribueren’, ‘verhuren’ of ‘ontlenen’: dat sprake is van een afgifte van precies de bestaande, ‘materiële’ zintuiglijk waarneembare manifestatie. dat deze zintuiglijk waarneembare handelingen een afgifte inhouden van precies de bestaande, ‘materiële’ zintuiglijk waarneembare manifestatie. De achtergrond van deze discussie is daarbij dat binnen netwerken van computersystemen het overbrengen van een digitaal bestand van het ene computersysteem naar het andere computersysteem, zoals aangegeven, steeds gebeurt via de ‘transmissie door duplicatie’-techniek¹⁷⁸¹. Het

sonstige Weise i.S. von Art. 4 Abs. 1 der Informationsgesellschafts-Richtlinie auch auszugehen ist, wenn urheberrechtlich geschützte Werkstücke ohne Übertragung des Eigentums oder des Besitzes und damit ohne Übertragung der tatsächlichen Verfügungsgewalt der Öffentlichkeit dadurch zugänglich gemacht werden, dass diese - wie im Streitfall - zur Benutzung zur Verfügung gestellt werden, indem sie in Verkaufsräumen aufgestellt werden.”) Vergelijk op dit punt ook de gerelateerde discussie in het licht van de uitputtingsleer als inherente limiet van het distributierecht, bij bijvoorbeeld: P. KOEHLER, *Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich*, München, Verlag C.H. Beck, 2000, p. 82 e.v en H. BLACHIAN, *Die Lehre von der Erschöpfung der Verbreitungsrechts im Urheberrecht*, München, Ch. Schön, 1964, p. 66.

¹⁷⁷⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: H.v.J 17 april 2008 C-456/06, (*Peek & Cloppenburg KG t. Cassina*), r.o. 33 en 41.

¹⁷⁷⁷ Zie in dit verband: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*) r.o. 50-52 in combinatie met r.o. 40-46.

¹⁷⁷⁸ Vergelijk op dit punt voor een soortgelijke redenering in het kader van het distributierecht binnen het auteursrecht: D. HEERMA, “§ 17 Verbreitungsrecht” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 11 (“*Es ist offensichtlich, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber das Verbreitungsrecht weiter fassen wollte als die Voraussetzungen der Erschöpfung.*”).

¹⁷⁷⁹ Zie: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*) r.o. 50-52 in combinatie met r.o. 51 en 56.

¹⁷⁸⁰ Zie in dit verband: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*) r.o. 60.

¹⁷⁸¹ Deze ‘transmissie door duplicatie’-techniek houdt concreet in dat om een overbrenging te realiseren van computersysteem A naar computersysteem B, het specifieke patroon van binaire toestanden dat het digitale bestand uitmaakt en dat vervat ligt in een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen computersysteem A – in de regel het binaire patroon van een reeks schakelcomponenten – door een elektrische stroom met een overeenkomstig binair patroon van elektronische spanningsverschillen overgebracht en gedupliceerd wordt in de de binaire afstelling van een component binnen het computersysteem B – in de regel opnieuw het binaire patroon van een reeks schakelcomponenten. Na deze overbrenging door duplicatie naar computersysteem B kan het specifieke patroon van binaire toestanden dat het digitale bestand uitmaakt binnen computersysteem A dan gewist worden.

concrete punt van discussie is dan met name of het gegeven dat de afgifte van een digitaal bestand via een netwerk van computersystemen, steeds gebeurt door het overbrengen van een ‘niet-materiële’ elektrische stroom die er voor zorgt dat het betrokken bestand binnen het versturende computersysteem gedupliceerd wordt binnen het ontvangende computersysteem, een onoverkomelijke hinderpaal vormt opdat een afgifte langs deze weg ooit zou kunnen kwalificeren als een ‘distribueren’.

Eenzijds is er in dit verband dan de opvatting dat een transmissie-door-duplicatie tussen computersystemen, te analyseren is vanuit bovenvermelde ‘atomistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat’ en bijgevolg onmogelijk kan kwalificeren als een ‘distribueren’. Deze ‘atomistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat’ vraagt, zoals aangegeven, immer om elke duplicatie te traceren die technische gezien betrokken is bij de uitvoering van een handeling en de ‘materieële’ dan wel ‘niet-materiële’ aard van deze duplicatie te laten beslissen over de categorie voorbehouden handelingen waaronder de uitvoering van de handeling rond deze duplicatie eventueel kan kwalificeren. Volgens deze benadering is dan, in essentie, aan te nemen dat de auteursrechtelijke relevantie van een transmissie-door-duplicatie tussen computersystemen steeds te beoordelen is: 1.) wat de ‘niet-materiële’ stroom betreft die van het versturende computersysteem naar het ontvangende computersysteem gaat, in het licht van de categorie voorbehouden handelingen ‘publiek mededelen’, in het bijzonder dan in het licht van een ‘ter beschikking stellen aan het publiek¹⁷⁸²’, en 2.) wat de ‘materieële’ duplicatie betreft die ontstaat in het ontvangende computersysteem, in het licht van de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’. Een afgifte van een digitaal bestand via de ‘transmissie door duplicatie’-techniek kan volgens deze benadering dus echter niet kwalificeren als een ‘distribueren’ omdat het daarbij niet die unieke, bestaande ‘materieële’ zintuiglijk waarneembare manifestatie is die het uitgangspunt vormt van de ‘transmissie door duplicatie’ die ook daadwerkelijk afgegeven wordt. Het is integendeel een duplicatie, een bijkomende zintuiglijk waarneembare manifestatie, die afgegeven wordt als resultaat van een niet-materiële overbrenging.

Anderzijds, is er echter ook de opvatting dat een transmissie-door-duplicatie tussen computersystemen te analyseren is vanuit de hierboven besproken ‘holistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat’ en onder omstandigheden dus wel kan kwalificeren als een ‘distribueren¹⁷⁸³’. Deze ‘holistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat’ vraagt, zoals aangegeven, om vooral aandacht te hebben voor het resultaat dat een handeling na zijn voltooiing teweegbrengt, bekeken in termen van een bepaalde geschiktheid om genot te verschaffen dat te danken is aan het bescherming motiverende werk. Binnen deze benadering is de auteursrechtelijke relevantie van een transmissie-door-duplicatie tussen computersystemen dan wel degelijk te beoordelen in het licht van de categorie voorbehouden handelingen ‘distribueren’ indien het eindresultaat van deze transmissie-door-duplicatie het volgende is: binnen het ontvangende computersysteem bevindt zich een ‘materieële’, ‘tastbare’ versie van het digitale bestand dat zich oorspronkelijk ook in het versturende computersysteem bevond maar dat daar echter gewist werd nadat het als uitgangspunt gediend had voor de transmissie-door-duplicatie naar dit ontvangende computersysteem. Voor de kwalificatie van het digitale bestand binnen het ontvangende computersysteem als ‘materieel’ of ‘tastbaar’ blijkt deze ‘holistische benadering’ het dan vooral belangrijk te achten dat het ook mogelijk is om dit bestand te gebruiken onafhankelijk van het voortduren van de handeling die aan de basis ligt van de transmissie-door-duplicatie. Het bestaan van het ter beschikkingstellingsrecht binnen de categorie voorbehouden handelingen ‘publiek mededelen’ – een recht dat, zoals aangegeven, omschreven wordt als “*de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn*”, dwingt volgens de aanhangers van deze holistische benadering dan niet om aan te nemen dat de auteursrechtelijke relevantie van elke verspreiding van incorporaties van ‘werken’ via het Internet of netwerken van computersystemen te beoordelen is in het licht van de categorie voorbehouden handelingen ‘publiek mededelen’.

A.2. Relevantie

Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: L. NULL en J. LOBUR, *The essentials of computer organization and architecture*, Sudbury (Mass.) (o.a.), Jones and Bartlett Publishers, 2006, p. 198.

¹⁷⁸² Zie: art. 3.2. Richtlijn Informatiemaatschappij (“*De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.*”)

¹⁷⁸³ Zie bijvoorbeeld: D. HEERMA, “§ 17 Verbreitungsrecht” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 6.

Vervolgens bespreken we nu welke contextgebonden factoren bepalen of zintuiglijk waarneembare handelingen met de daartoe vereiste inherente kenmerken, binnen het octrooirecht en het auteursrecht, ook daadwerkelijk voorbehouden zullen zijn onder de categorieën voorbehouden handelingen waarrond, zoals aangegeven, het volgende geldt: dat ze het aanknopingspunt kunnen zijn om de rechthebbende een bepaalde bevoegdheid te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die een afgifte inhouden van de feitelijke of juridische macht over een specifieke, bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’. Deze contextgebonden factoren die uiteindelijk bepalen of concrete zintuiglijk waarneembare handelingen met de daartoe vereiste inherente kenmerken, ook daadwerkelijk intellectueelrechtelijk relevant zijn onder de betrokken categorieën voorbehouden handelingen, laten zich daarbij volgens ons dan met name opnieuw traceren in het licht van de ‘limieten’ en ‘uitzonderingen’ die gelden rond deze categorieën voorbehouden handelingen. Opdat zintuiglijk waarneembare handelingen met de daartoe vereiste inherente kenmerken, ook daadwerkelijk voorbehouden zouden zijn onder de betrokken categorieën voorbehouden handelingen, is uiteindelijk immers opnieuw het volgende vereist: dat deze handelingen de ‘limieten’ van deze categorieën voorbehouden handelingen niet overstijgen en al evenmin onder de ‘uitzonderingen’ vallen rond deze categorieën voorbehouden handelingen. In dit onderdeel gaan we daarom dus dieper in op de relevante ‘limieten’ en ‘uitzonderingen’ rond de betrokken categorieën handelingen binnen het octrooirecht en het auteursrecht. Zoals aangegeven, zullen we dit echter enkel doen in zoverre hierin, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, een verantwoording kan liggen voor de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken. In dit geval betekent dit dat we in wat volgt concreet zullen ingaan op: (A.2.1.) wat we kunnen aanduiden als de algemene ‘limiet’ rond ‘object-relevantie’ die geldt in het licht van alle categorieën voorbehouden handelingen binnen het auteursrecht en het octrooirecht en (A.2.2.) de ‘limiet’ rond de uitputtingsleer binnen het auteursrecht en het octrooirecht.

A.2.1. Object-relevantie

Bij de limiet rond ‘object-relevantie’ gaat het er dan met name opnieuw om dat binnen zowel het octrooirecht als het auteursrecht, zintuiglijk waarneembare handeling ook, in wezen, telkens het volgende vereiste moet vervullen om daadwerkelijk voorbehouden te zijn onder de categorieën voorbehouden handelingen binnen deze intellectuele rechten: betrekking hebben op een zintuiglijk waarneembare manifestatie die binnen het concrete ‘object’ valt van de exclusieve bevoegdheid die deze intellectuele rechten verlenen naar aanleiding van een bepaald, bescherming motiverend resultaat van inspanningen¹⁷⁸⁴. Dit vereiste geldt dus ook voor die categorieën voorbehouden handelingen binnen het octrooirecht en het auteursrecht waarrond geldt dat ze het aanknopingspunt kunnen zijn om de rechthebbende een bevoegdheid te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die een afgifte inhouden van de feitelijke of juridische macht over een specifieke, bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’. De limiet rond ‘object-relevantie’ vormt daarbij dan, zoals aangegeven, met name het aanknopingspunt om de intellectueelrechtelijke relevantie van zintuiglijk waarneembare handelingen onder de categorieën voorbehouden handelingen binnen het octrooirecht en het auteursrecht ook rekening te laten houden met de hierboven besproken principes rond de afbakening van het ‘object’ en met name ook met de ‘limieten’ en ‘uitzonderingen’ die bij deze afbakening aan de orde zijn.

A.2.2. Uitputtingsleer

Doorheen de onderscheiden intellectuele rechten is het gebruikelijk om het principe van een ‘uitputtingsleer’ of ‘uitputtingsregel’ te aanvaarden. Bij deze ‘uitputtingsregel’ gaat het dan met name om een specifieke ‘limiet’ rond

¹⁷⁸⁴ Wat deze notie van ‘object-relevantie’ betreft, vergelijk zoals aangegeven LEISTNER, die rond het databanken-auteursrecht schrijft: “*Gemeinsam ist allen in Art. 5 RL geregelten zustimmungsbedürftigen Handlungen, daß sie sich im Einklang mit dem urheberrechtlichen Schutzgegenstand der Richtlinie lediglich auf strukturelevante Nutzungen beziehen.*” M. LEISTNER, Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 96/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz, München, Verlag C.H. Beck, 2000, p. 89-90.

de reikwijdte van bepaalde categorieën voorbehouden handelingen binnen de betrokken intellectuele rechten¹⁷⁸⁵. Deze ‘uitputtingsregel’ houdt, zoals aangegeven met name in dat, eenmaal de rechthebbende of iemand die daartoe zijn toestemming had, een incorporatie van inspanningen die bescherming geniet onder een bepaald intellectueel recht, in het verkeer bracht binnen het gebied waarvoor deze uitputtingsregel geldt, dit feit op zich het volgende teweegbrengt: binnen dit gebied kan de rechthebbende zich niet langer beroepen op die categorieën voorbehouden handelingen binnen het betrokken intellectuele recht die onder de ‘uitputtingsregel’ vallen, om zintuiglijk waarneembare handelingen te controleren ten aanzien van die specifieke, in het verkeer gebrachte incorporatie van inspanningen.

De rechtvaardigingen die gewoonlijk aangehaald worden voor deze ‘uitputtingsregel’ menen we daarbij te kunnen terugvoeren op zowel deontologisch-natuurrechtelijke als economisch-utilitaristische overwegingen. In wezen komt de limiet van de ‘uitputtingsleer’ vanuit die optiek de taak toe om het ingrijpen van intellectuele rechten rekening te laten houden met het gegeven dat economisch utilitaristische en deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, zoals aangegeven, in de regel slechts een rechtvaardiging bieden om in sommige gevallen, een bepaalde mate van bescherming te verlenen op grond van het intellectuele eigendomsrecht.

In de eerste plaats is het immers gebruikelijk om, tegen de achtergrond van deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen, aan te nemen dat de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ er toe dient om het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, dat in eerste instantie gericht is op het beschermen van het natuurlijk recht van bepaalde personen op de ‘vruchten’ van de eigen arbeid, ook zo te sturen dat dit ingrijpen daarbij op passende wijze rekening houdt met de volgende aanspraken van andere personen: 1.) de aanspraken van de persoon die zakenrechtelijke rechten verkreeg op de specifieke incorporatie van het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen en 2.) de aanspraken van andere individuen op duidelijke en overzichtelijke rechtsverhoudingen die een vrij handelsverkeer toelaten rond specifieke incorporaties van het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen¹⁷⁸⁶. Ten eerste moet de uitputtingsleer er vanuit die optiek dus voor zorgen dat intellectuele rechten de rechthebbende steeds de mate van exclusieve bevoegdheid verlenen over incorporaties van het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen die nodig is om respect af te dwingen voor zijn natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid, zonder daarbij echter de personen die zakenrechtelijke rechten verkregen over deze

¹⁷⁸⁵ In de zin dat de ‘uitputtingsregel’ te beschouwen is als een inherente limiet van de betrokken categorieën voorbehouden handelingen, zie bijvoorbeeld ook: U. JOOS, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p.77 (“Die Erschöpfung ist eine dem Verbreitungsrecht immanente Inhaltsbeschränkung, eine Begrenzung des sachlichen oder materiellen Gehalts des Verbreitungsrechts.”); Zie bijvoorbeeld: R. KRAßER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht –*, München, C.H. Beck, 2009, p. 793 (“Ist eine Sache, in der eine durch Sachpatent geschützte Erfindung verwirklicht ist, durch den Patentinhaber oder mit seiner Zustimmung durch einen anderen in Verkehr gebracht worden, so unterliegen nach einem in Rechtsprechung und Schrifttum feststehenden Grundsatz das weitere Inverkehrbringen, das Anbieten und der Gebrauch dieser Sache nicht mehr dem Verbotungsrecht aus dem Patent. Jeder, der dazu tatsächlich in der Lage ist, darf die Sache veräußern oder auf sonstige Weise weitergeben, anbieten und gebrauchen sowie zu diesen Zwecken erwerben und besitzen, mag der Patentinhaber damit einverstanden sein oder nicht. Gleiches gilt für Erzeugnisse, die durch ein patentiertes Verfahren unmittelbar hergestellt und deshalb in die Wirkung des Verfahrenspatents einbezogen sind.”); Vergelijk echter voor het Britse octrooirecht, waar de uitputtingsleer, slecht langzaam aanvaard werd in zoverre dit nodig bleek in het licht van het Europees Gemeenschapsrecht: W. CORNISH en D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 258 e.v. (o.a. p. 258 “Patents used to be the field of intellectual property where in British law no notion of exhaustion of rights applied. As noted already, even when the patentee made or authorised a sale of patented goods, restrictions on their further sale or use could still be imposed as part of the patent right: these would bind not only another contracting party but all recipients of the goods with notice of the restrictions. It is, however, necessary to show not only that the first recipient, but all those who precede a defendant, had the requisite knowledge, otherwise the necessary chain is broken.”) en R. MILLER (et al), *Terrell on the Law of Patents*, London, Sweet & Maxwell 2005, Nr. 8.66.

¹⁷⁸⁶ Zie in dit verband met betrekking tot beide punten, bijvoorbeeld: U. JOOS, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p. 51 e.v..

incorporaties al te verregaand te beperken in de uitoefening van hun zakenrechtelijke rechten over deze specifieke incorporaties, bijvoorbeeld in hun vrijheid om deze incorporaties te gebruiken of te vervreemden¹⁷⁸⁷. Ten tweede moet de ‘uitputtingsleer’ vanuit de zonet vermelde optiek zien te verzekeren dat intellectuele rechten de rechthebbende weliswaar steeds de mate van exclusieve bevoegdheid verlenen over incorporaties van het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen die nodig is om respect af te dwingen voor zijn natuurlijk recht op de vruchten van de eigen arbeid, zonder dat andere personen daarbij al te verregaand beperkt worden in hun mogelijkheden om de betrokken incorporaties die over een feitelijke geschiktheid beschikken om te circuleren ook daadwerkelijk vrij te verhandelen¹⁷⁸⁸.

In de tweede plaats, is het vanuit economisch-utilitaristische overwegingen, althans volgens de hierboven beschreven ‘incentive versus access’-benadering, gebruikelijk om de ‘uitputtingsleer’ te analyseren als een instrument dat toelaat om er voor te zorgen dat de toename van de maatschappelijke welvaart op grond van de incorporaties van inspanningen die individuen door de incentive-werking van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht gaan creëren, maximaal het verlies aan maatschappelijke welvaart overstijgt dat ontstaat doordat dit ingrijpen andere individuen de toegang beperkt tot de aanwending van de incorporaties van inspanningen, gecreëerd onder de stimulus en bescherming van dit ingrijpen. De ‘incentive versus access’-benadering ziet de uitputtingsleer daarbij met name als een instrument om het zogeheten ‘deadweight social loss’ weg te werken dat ontstaat indien het ingrijpen van intellectuele rechten de rechthebbende toelaat om monopolie macht te verkrijgen en om monopolieprijzen te vragen voor incorporaties van zijn resultaat van inspanningen¹⁷⁸⁹. Bij dit ‘deadweight social loss’ gaat het zoals aangegeven om het welvaartsverlies dat erin bestaat dat deze monopolieprijzen rond de incorporaties van het betrokken ‘resultaat’ inspanningen er dan toe leiden dat de volgende groep mensen de behoeftebevrediging moet missen, die zij zouden kunnen genieten op grond van deze incorporaties: mensen die wel bereid en in staat zouden zijn om een prijs te betalen voor de mogelijkheid tot behoeftebevrediging ontleend aan dit ‘resultaat’ van arbeid, die ook de daadwerkelijk inzet aan schaarse middelen dekt, met name de geleverde arbeid, die nodig was om deze mogelijkheid te creëren, maar die daarentegen niet bereid of niet in staat zijn om de monopolieprijs te betalen die daarvoor in werkelijkheid gevraagd wordt door de rechthebbende met

¹⁷⁸⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. LUCAS en H.-J. LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Paris, Litec, 2001, p. 198; D. VISSER, *Auteursrecht op Toegang. De exploitatierechten van de auteur in het tijdperk van digitale informatie en netwerkcommunicatie*, 1997, 's-Gravenhage, VUGA Uitgeverij B.V., p. 30 e.v.; Kritisch in dit verband echter: U. JOOS, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p. 52 (“Aus der Wesensverschiedenheit der beiden Schutzgegenstände folgt, daß weder das Eigentum Grenze des Urheberrechts sein kann, noch das Recht am Werk die Befugnisse des Sacheigentümers rechtlich einschränken kann.”) en R. SACK, “Der Erschöpfungsgrundsatz im deutschen Immaterialgüterrecht”, *GRUR Int* 2000, p. 611 (“Im Urheberrecht wurde der Erschöpfungsgrundsatz vorübergehend auch mit dem Eigentum des Erwerbers urheberrechtlich geschützter Waren gerechtfertigt, das der Geltendmachung von Urheberrechten an der betreffenden Ware entgegenstehe. Diese Ansicht wird heute allgemein abgelehnt, da das Eigentum an Sachen nach § 903 BGB durchaus durch Gesetz und durch Rechte Dritter begrenzt sein kann.”).

¹⁷⁸⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: R. SACK, “Der Erschöpfungsgrundsatz im deutschen Immaterialgüterrecht”, *GRUR Int* 2000, p.610-611 (“Der Erschöpfungsgrundsatz bezweckt einen Interessenausgleich zwischen den Verwertungsinteressen des Schutzrechtsinhabers und dem Allgemeininteresse an einem freien Warenverkehr sowie an übersichtlichen Rechtsverhältnissen im Geschäftsverkehr.”); U. JOOS, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p. 55 (“Die Verkehrssicherungstheorie sucht Argumente gegen ein urheberrechtliches Vertriebsmonopol beim Topos des freien Warenverkehrs, bei der Verkehrsfähigkeit von Werkstücken.”); Vergelijk op dit punt ook: KLAUER en MÖHRING, *Patentrechtskommentar*, München, Franz Vahlen, 1971, Band I, p. 357 (“Es ist nun aber einhellige Auffassung, daß die Befugnis des Patentinhabers, jede Benutzung verbieten zu können, da eine Grenze finden muß, wo sie sich, ohne seine Interessen noch wesentlich fördern zu können, zu einer Allgemeinen Behinderung des wirtschaftlichen Verkehrs auswachsen würde.”).

¹⁷⁸⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: J. BOYLE, “Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property”, *Vanderbilt Law Review* 2000, p. 2029 e.v.; J. COHEN, “Copyright and the Perfect Curve”, *Vanderbilt Law Review* 2000, p. 1818 e.v..

monopoliemacht¹⁷⁹⁰. De ‘uitputtingsleer’ moet er volgens de hierboven beschreven ‘incentive versus access’-benadering dan met name voor zorgen dat een ‘tweedehandsmarkt’ ontstaat waarop de door de rechthebbende reeds ‘in het verkeer’ gebrachte incorporaties van zijn ‘resultaat’ van inspanningen te verkrijgen zijn tegen prijzen die lager liggen dan de monopolieprijzen die de rechthebbende vraagt voor nieuwe incorporaties. De lager prijzen op deze ‘tweedehandsmarkt’ zorgen er dan immers voor dat de zonet gepreciseerde groep mensen die centraal staat binnen het fenomeen van ‘deadweight social loss’, alsnog hun behoeftebevrediging kunnen realiseren op grond van de incorporaties van het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen, wat er volgens deze analyse dan toe bijdraagt dat de maatschappelijke welvaart op grond van deze incorporaties gemaximaliseerd wordt. Hierbij is dan echter meteen op te merken dat volgens de ‘absolute exclusiviteit’-benadering binnen de economische analyse, de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ echter net onwenselijk is. Het grootste bezwaar tegen de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ is volgens deze benadering dan met name dat dit de rechthebbende verhindert om rond de incorporaties van zijn ‘resultaat’ van inspanningen aan ‘prijstdiscriminatie’ te doen daar waar, zoals aangegeven, de implementatie van het model van een ‘puur monopolie’ met ‘perfecte prijsdiscriminatie¹⁷⁹¹’ in deze context, volgens deze benadering, nochtans de maatschappelijke welvaart zou maximaliseren. De ‘uitputtingsleer’ staat een dergelijke prijsdiscriminatie daarbij met name in de weg, in zoverre de rechthebbende niet in staat zal zijn om onderscheiden afnemers onderscheiden prijzen te vragen voor dezelfde soort incorporatie van zijn ‘resultaat’ van inspanningen, indien de afnemers die de rechthebbende enkel een lagere prijs kan vragen voor de betrokken incorporaties, deze incorporaties dan ook, door de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ en de ‘tweedehandsmarkt’ die deze regel in wezen toelaat, kunnen aanbieden aan die afnemers die de rechthebbende een hoger prijs zou kunnen aanrekenen.

Het octrooirecht en het auteursrecht geven daarbij ook uitdrukkelijk aanwijzingen rond de concrete toepassing die zij maken van de zonet omschreven uitputtingsregel. De Belgische Octrooiwet geeft in dit verband met name expliciet aan dat de uit een octrooi voortvloeiende rechten zich niet uitstrekken tot handelingen die een door dit octrooi beschermd voortbrengsel betreffen en die op Belgisch grondgebied worden verricht, nadat dit voortbrengsel door de octrooihouder of met zijn uitdrukkelijke toestemming in België in het verkeer is gebracht¹⁷⁹². De Belgische Auteurswet bijvoorbeeld stelt in dit verband expliciet dat de eerste verkoop of andere eigendomsoverdracht in de Europese Gemeenschap van het origineel of een kopie van een werk van letterkunde of kunst door de auteur of met diens toestemming, leidt tot uitputting van het distributierecht van dit origineel of die kopie in de Europese Gemeenschap¹⁷⁹³.

¹⁷⁹⁰ Zie bijvoorbeeld: S. LIEBOWITZ, “Copyright Law, Photocopying, and Price Discrimination” in J. PALMER and R. ZERBE, Jr. (eds.), *Research in Law and Economics: The Economics of Patents and Copyrights*, London, JAI Press, 1986, p. 184; For an explanation of the general notion deadweight (social) loss in economics, Zie bijvoorbeeld: J. TAYLOR en A. WEERAPANA, *Principles of microeconomics: global financial crisis edition*, Mason, South-Western/Cengage Learning, 2009 p. 191 (“Deadweight loss: The loss in producers and consumers surplus due to an inefficient level of production”); For an explanation of the general notion deadweight (social) loss connected to monopoly power, Zie bijvoorbeeld: W. McEACHERN, *Microeconomics: A Contemporary Introduction*, Mason, South-Western/Cengage Learning, 2011, p. 216 (*Deadweight loss of monopoly: Net loss to society when a firm with market power restricts output and increases the price.*).

¹⁷⁹¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: W. FISHER, “Property and Contract on the Internet”, *Chicago-Kent Law Review* 1997-1998, p. 1203; H. VARIAN, *Pricing Information Goods*, 1995, p. 6 (available at: <http://www.sims.berkeley.edu/~hal/Papers/price-info-goods.pdf>); H. DEMSETZ, “The private production of public goods”, *Journal of Law & Economics* 1970, p. 301 e.v..

¹⁷⁹² Art. XI.34., §2 WER (oud art. 28, §2 Octrooiwet).

¹⁷⁹³ Zie: art. 4.2. Richtlijn Informatiemaatschappij en art. XI.165., § 1, lid 6 WER (oud art. 1, § 1, lid 6 Auteurswet). Ook binnen het Franse auteursrecht vinden we een uitdrukkelijke aanwijzing rond de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ ook al geldt daar dat het reproductierecht *sensu lato* en, in het bijzonder, het daarin vervatte bestemmingsrecht het aanknopingspunt vormen voor de bevoegdheid die het auteursrecht de rechthebbende verleent over zintuiglijk waarneembare handelingen die inhouden dat een persoon zijn feitelijke of juridische macht over een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie afgeeft aan een andere persoon. Zie: art. L122-3-1 Code de la Propriété Intellectuelle (“*Dès lors que la première vente d'un ou des exemplaires matériels d'une oeuvre a été autorisée par l'auteur ou ses ayants droit sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, la vente de ces exemplaires de cette oeuvre ne peut plus être interdite dans les Etats membres de la Communauté européenne et les Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen.*”).

In wat volgt, gaan we nu dieper in op de concrete toepassing van de ‘uitputtingsregel’ binnen het octrooirecht en het auteursrecht. Daarbij gaan we met name eerst (a.) uitgebreider in op de voorwaarden voor het intreden van ‘uitputting’ in het kader van deze intellectuele rechten. Daarna (b.) bespreken we dan ook in detail de concrete reikwijdte van de ingetreden ‘uitputting’ binnen deze intellectuele rechten.

a. Voorwaarden voor het intreden van ‘uitputting’

Opdat ‘uitputting’ zou intreden rond een bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestatie, stellen zowel het octrooirecht als het auteursrecht in wezen voorwaarden op drie vlakken: rond de aard van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie die onder het ‘object’ valt, rond het voorliggen van een ‘in het verkeer brengen’ van deze zintuiglijk waarneembare manifestatie door de rechthebbende of met zijn toestemming en, ten slotte, rond het gegeven of het vereiste ‘in het verkeer brengen’ plaatsvindt binnen het gebied waarvoor de uitputtingsregel geldt. In het licht van onze onderzoeksvraag, is het daarbij dan met name relevant om dieper in te gaan op de eerste twee voorwaarden, met name dus op de voorwaarden rond (a.1.) de aard van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ en rond (a.2.) het voorliggen van een ‘in het verkeer brengen’ door of met de toestemming van de rechthebbende. Een belangrijke, voorafgaande opmerking hierbij is nog dat de rechthebbende in principe niet in staat is om het intreden van de limiet van ‘uitputting’ langs contractuele weg te verhinderen, indien daadwerkelijk alle voorwaarden voor het intreden van ‘uitputting’ vervuld zijn¹⁷⁹⁴.

a.1. Voorwaarden rond de bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’

Binnen het octrooirecht en het auteursrecht is het gebruikelijk om aan te nemen dat ‘uitputting’ enkel kan intreden rond zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die bepaalde inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken vertonen. Doorheen deze opvattingen stellen we dan vast dat er rekening mee te houden is dat (a.1.1.) het octrooirecht en (a.1.2.) het auteursrecht onderscheiden inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken vereisen van een zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, opdat uitputting zou kunnen intreden errond.

¹⁷⁹⁴ Vergelijk op dit punt, bijvoorbeeld: P. KOEHLER, *Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich*, München, Verlag C.H. Beck, 2000, p. 74 (“*Mit Hilfe des Veräußerungsbegriffs der Erschöpfung des §17 Abs. 2 UrhG bringt der Gesetzgeber das Ergebnis einer Abstrakt-generellen Abwägung zwischen dem Interesse der Allgemeinheit am freien und ungehinderten Warenverkehr und dem des Urhebers an einer umfassenden Werkverwertung zum Ausdruck. Die konkrete individuelle Interessenlage der Parteien im Zusammenhang mit dem Inverkehrbringen eines Werkgegenstandes hat für die Auslegung des Veräußerungsbegriffs keine Bedeutung. Deshalb ist die Erschöpfung des Verbreitungsrechts von den Beteiligten auch nicht abdingbar; es handelt sich um zwingendes Recht.*”).

a.1.1. Het octrooirecht

In het kader van octrooirecht geldt dat enkel ‘uitputting’ kan intreden rond een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ die kan kwalificeren als een ‘voortbrengsel’. Ook hier is dan opnieuw rekening te houden met de hierboven vermelde discussie rond de precieze reikwijdte van de begrippen ‘voortbrengsel’ en ‘werkwijze’ binnen het octrooirecht. Bij deze discussie rond het onderscheid binnen het octrooirecht tussen ‘voortbrengsel’ en ‘werkwijze’ gaat het, zoals aangegeven, met name om de vraag of reeds sprake kan zijn van een ‘voortbrengsel’ indien een uitvinding een realisatie krijgt met de geschiktheid om te circuleren binnen het handelsverkeer dan wel of dit vraagt dat een uitvinding een realisatie krijgt die gebonden is aan een niet-vluchtig substraat¹⁷⁹⁵. De inzet van deze discussie in deze context is dan met name of al dan uitputting kan intreden rond bijvoorbeeld de door de betrokken rechthebbende afgegeven realisatie van zijn uitvinding binnen geluidsgolven, lichtgolven of elektriciteit die weliswaar niet gebonden is aan een niet-vluchtig substraat maar *in concreto* wel blijkt geeft van een geschiktheid om te circuleren binnen het handelsverkeer. Met name in het licht van de toepassing van het octrooirecht op uitvindingen die betrekking hebben op computerprogramma’s is de uitkomst van deze discussie niet onbelangrijk¹⁷⁹⁶.

a.1.2. Het auteursrecht

Binnen het auteursrecht geldt traditioneel dat enkel ‘uitputting’ kan intreden rond een ‘materiële’ incorporatie van een ‘werk’, in de zin van een incorporatie binnen een tastbare, lichamelijke of stoffelijke zintuiglijk waarneembare manifestatie, maar gaan er steeds meer stemmen op om te aanvaarden dat ‘uitputting’ ook kan intreden rond een incorporatie van een ‘werk’ die niet kwalificeert als ‘materieel’ in deze traditionele betekenis van tastbaar, lichamenlijk of stoffelijk. Deze discussie is daarbij met name opnieuw bijzonder relevant in het licht van het gegeven dat, binnen netwerken van computersystemen het overbrengen van een digitaal bestand van het ene computersysteem naar het andere computersysteem, zoals gezegd, steeds gebeurt via de ‘transmissie door duplicatie’-techniek¹⁷⁹⁷. Het concrete punt van discussie vanuit de optiek van de vereisten die het intreden van uitputting stelt aan zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ is dan in wezen het volgende: of al dan niet aan te nemen is dat ‘uitputting’ kan intreden rond de ‘niet-materiële’ elektrische stroom die met toestemming van de rechthebbende in het verkeer gebracht wordt en die er voor zorgt dat een incorporatie van het ‘werk’ ontstaat in het ontvangende computersysteem.

De traditionele benadering binnen het auteursrecht, die in wezen aansluit bij de hierboven besproken ‘atomistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat’, neemt in dit verband dus aan dat uitputting

¹⁷⁹⁵ Zie rond deze discussie, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: G. KLAUER en P. MÖHRING, *Patentrechtskommentar*, München, Franz Vahlen, 1971, Band I, p. 365; F. LINDENMAIER, *Das Patentgesetz*, Keulen (o.a.), Carl Heymann Verlag KG, 1973, p. 282 e.v. en J. HAHN, *Der Schutz von Erzeugnissen patentierter Verfahren. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Keulen (u.a.), Carl Heymann Verlag KG, 1968, p.36 e.v.; Zie ook: R. KRAßER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht –*, München, C.H. Beck, 2009, p. 771 e.v. (“Als Erzeugnisse wurden in der Rechtsprechung bisher nur körperliche Sachen in Betracht gezogen. Ein Teil des Schrifttums sieht darüber hinaus unkörperliche Verfahrensergebnisse wie Schall, Licht, Wärme, elektrische Energie als Erzeugnisse an, sofern sie „marktfähig“ sind.”).

¹⁷⁹⁶ Zie in dit verband: R. SEDLMAIER, *Die Patentierbarkeit von Computerprogramme und ihre Folgeprobleme*, Herbert Utz Verlag, München, 2004, 320 p; R. HILTY, “Der Softwarevertrag - ein Blick in die Zukunft - Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software”, *MMR* 2003, p. 12 e.v..

¹⁷⁹⁷ Deze ‘transmissie door duplicatie’-techniek houdt concreet in dat om een overbrenging te realiseren van computersysteem A naar computersysteem B, het specifieke patroon van binaire toestanden dat het digitale bestand uitmaakt en dat vervat ligt in een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen computersysteem A – in de regel het binaire patroon van een reeks schakelcomponenten – door een elektrische stroom met een overeenkomstig binair patroon van elektronische spanningsverschillen overgebracht en gedupliceerd wordt in de de binaire afstelling van een component binnen het computersysteem B – in de regel opnieuw het binaire patroon van een reeks schakelcomponenten. Na deze overbrenging door duplicatie naar computersysteem B kan het specifieke patroon van binaire toestanden dat het digitale bestand uitmaakt binnen computersysteem A dan gewist worden. Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: L. NULL en J. LOBUR, *The essentials of computer organization and architecture*, Sudbury (Mass.) (o.a.), Jones and Bartlett Publishers, 2006, p. 198.

enkel kan intreden rond een incorporatie van een ‘werk’ in een tastbare, lichamelijke of stoffelijke zintuiglijk waarneembare manifestatie. Volgens deze benadering kan ‘uitputting’ dus bijvoorbeeld intreden rond die incorporatie van het ‘werk’ die de rechthebbende ‘in het verkeer’ brengt die vervat ligt binnen een zintuiglijk waarneembare manifestaties uit bijvoorbeeld papier, steen, staal of kunststof¹⁷⁹⁸ of bijvoorbeeld binnen de schakelcomponenten van een geheugen binnen een computersysteem, de onderscheiden magnetische toestanden van punten op een magnetisch schijfgeheugen of de onderscheiden licht reflecterende toestanden van punten op een cd-rom. Rond de incorporatie van een ‘werk’ die de rechthebbende ‘in het verkeer’ brengt in de vorm van bijvoorbeeld lichtgolven of elektronische impulsen¹⁷⁹⁹ is volgens deze benadering daarentegen zonder meer uitgesloten dat ‘uitputting’ intreedt. In de lijn van de hierboven besproken ‘atomistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat, neemt deze traditionele benadering aan dat de vraag of een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ aanleiding kan geven tot het intreden van ‘uitputting’ zich zonder meer laat beantwoorden door de volgende regel: rond ‘materiële’ zintuiglijk waarneembare manifestaties, in de zin van tastbare, lichamelijke of stoffelijke zintuiglijk waarneembare manifestaties, kan ‘uitputting’ intreden terwijl ‘niet-materiële’ zintuiglijk waarneembare manifestatie geen aanleiding kunnen geven tot de toepassing van de ‘uitputtingsleer’. Als argument om bij de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ strikt vast te houden aan de zonet vermelde regel is het dan met name gebruikelijk om er op te wijzen dat mensen, via de toepassing van de ‘uitputtingsleer’, de toelating geven om door de rechthebbende in het verkeer gebrachte niet-tastbare, onlichamelijke incorporaties van een ‘werk’ door te geven, in verhouding tot wat het geval is bij tastbare, lichamelijke incorporaties van een ‘werk’, een veel hoger risico inhoudt op inbreuk en piraterij door duplicaties van de doorgegeven niet-tastbare, onlichamelijke incorporaties¹⁸⁰⁰.

Binnen het auteursrecht is echter steeds vaker de opvatting terug te vinden, in wezen in de lijn van de hierboven besproken ‘holistische’ benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat, dat het intreden van ‘uitputting’ *niet alleen* mogelijk is rond incorporaties van een ‘werk’ die ‘lichamelijk’ zijn in de zin van tastbaar, lichamelijk of stoffelijk *maar*, onder omstandigheden, *ook* naar aanleiding van incorporaties van een ‘werk’ binnen niet-tastbare of niet-lichamelijke zintuiglijk waarneembare manifestaties, zoals elektronische stroom.

In lijn met de hierboven besproken ‘holistische’ benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat, neemt deze alternatieve benadering rond de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ binnen het auteursrecht immers aan dat de vraag of een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ aanleiding kan geven tot het intreden van ‘uitputting’ veeleer te beantwoorden is in het licht van het volgende gegeven: het soort eindresultaat dat de handeling van het ‘in het verkeer’ brengen met toestemming van de rechthebbende heeft, in termen van het afgeven van een zintuiglijk waarneembare manifestatie met een bepaalde geschiktheid om genot te verschaffen dat te danken is aan het bescherming motiverende ‘werk’.

Vanuit die optiek stelt de betrokken alternatieve benadering dan met name vast dat er nauwelijks een onderscheid bestaat tussen de situatie waarin de rechthebbende er voor opteert om incorporaties van zijn ‘werk’ binnen een ‘tastbare’ zintuiglijk waarneembare manifestatie ‘in het verkeer’ te brengen, bijvoorbeeld op een cd-rom dan wel via een elektronische stroom die erop voorzien is om, zoals typisch het geval is bij een ‘download’, een incorporatie van het ‘werk’ te doen ontstaan in het ontvangende computersysteem die zijn capaciteit om het werk weer te geven ook blijft behouden nadat het eigenlijk versturen van de betrokken elektrische stroom reeds een einde nam¹⁸⁰¹.

¹⁷⁹⁸ Uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: P. MÖHRING, K. NICOLINI, H. AHLBERG en H. KROITZSCH, *Urheberrechtgesetz. Kommentar*, München, Frans Vahlen, 2000, p. 61.

¹⁷⁹⁹ Zie bijvoorbeeld JOOS die uitdrukkelijk aangeeft dat bij de “*Physikalischen Mittel der Wahrnehmbarmachung bei der unkörperlichen Wiedergabe eines Werks*” te denken is aan “*Schallwellen, Licht, Radiowellen, elektrische Impulse...*” U. JOOS, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p. 80-81.

¹⁸⁰⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: H. SCHACK, “Rechtsprobleme der Online-Übermittlung”, *GRUR* 2007, p. 644 (“*Mit einer Verpflichtung des zunächst berechtigten Nutzers, nach einer Weiterveräußerung des Datensatzes bei ihm verbliebene Vervielfältigungsstücke zu löschen, ist es nicht getan. Das lässt sich nicht kontrollieren und erhöht nur die Rechtsunsicherheit für den Urheber. Eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts nach einer Online-Übermittlung kategorisch zu verneinen, ist deshalb die dogmatisch richtige und auch interessengerechte Lösung.*”).

¹⁸⁰¹ Vergelijk in die zin, bijvoorbeeld: B. KNIES, “Erschöpfung Online? - Die aktuelle Problematik beim On-Demand-Vertrieb von Tonträgern im Lichte der Richtlinie zur Informationsgesellschaft”, *GRUR INT.* 2002, p. 316

Deze alternatieve benadering lijkt daarbij met name vooral belang te hechten aan het gegeven dat in beide gevallen, zowel bij bijvoorbeeld de cd-rom als bij bijvoorbeeld de download, het eindresultaat van de handeling van het ‘in het verkeer’ brengen met toestemming van de rechthebbende er dan immers in bestaat dat de rechthebbende een persoon een incorporatie van zijn ‘werk’ afgeeft die ook onafhankelijk van enige verdere handeling van hem, in staat is om het ‘werk’ weer te geven¹⁸⁰².

Het hierboven aangehaalde argument dat de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ ten aanzien van niet-tastbare incorporaties van een ‘werk’, een hoger risico inhoudt op inbreuk en piraterij door duplicaties van de doorgegeven ‘niet-materiële’ incorporaties dan het geval is in verhouding tot de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ bij ‘tastbare’ incorporaties van een ‘werk’, acht deze alternatieve benadering weinig overtuigend. Uiteraard is het volgens de betrokken auteurs zo dat de ‘uitputtingsleer’, bijvoorbeeld in het geval van een afgifte van een digitaal bestand via de ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek, pas toepassing kan vinden, in de zin dat deze leer de betrokken afgifte ‘vrijstelt’ van de controle van de rechthebbende, indien de betrokken handeling van het afgeven, eenmaal voltooid, ook het wissen inhoudt van het digitale bestand dat, binnen het versturende computersysteem, het uitgangspunt vormde voor deze ‘transmissie-door-duplicatie’¹⁸⁰³. Houdt de betrokken afgifte via de ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek immers geen dergelijk wissen in van het digitale bestand dat, binnen het versturende computersysteem, het uitgangspunt vormde voor de betrokken afgifte, dan impliceert dit volgens de betrokken alternatieve benadering immers inderdaad dat deze handeling aanleiding geeft tot een dupliceren dat in de regel zal kwalificeren als een aan de rechthebbende voorbehouden ‘reproduceren’. Het risico echter op dergelijke gevallen waarin een persoon een incorporatie van het ‘werk’ niet alleen afgeeft aan een andere persoon maar daarbij ook een duplicatie van de betrokken incorporatie voor zichzelf behoudt en de problemen om dergelijke gevallen op te sporen zijn volgens de betrokken alternatieve opvatting echter in wezen niet zo verschillend of het nu gaat om incorporaties van een ‘werk’ die verspreid werden binnen zintuiglijk waarneembare manifestatie die als tastbaar of lichamelijk gelden, bijvoorbeeld een cd-rom, dan wel om incorporaties van een ‘werk’ die tot stand kwam door het verspreiden van zintuiglijk waarneembare manifestaties die als niet-tastbaar of onlichamelijk gelden, bijvoorbeeld een elektrische stroom in het geval van een verspreiding als download¹⁸⁰⁴. Zo stelt BÜHLER in dit verband: “*Es ist für die Piraten ebenso einfach einen digitalen Datensatz, der auf einer CD-ROM oder Diskette gespeichert ist, zu reproduzieren und zu verbreiten, wie einen Datensatz, den er zunächst aus dem Internet auf seine Festplatte heruntergeladen hat*”¹⁸⁰⁵.

Het is, volgens de betrokken alternatieve benadering, veeleer onwenselijk dat de rechthebbende de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ zou kunnen ‘sturen’, naargelang zijn keuze om incorporaties van zijn ‘werk’ te verspreiden via bijvoorbeeld cd-rom dan wel via downloads. Haar zonet besproken analyse dat beide vormen van ‘in het verkeer brengen’ in wezen hetzelfde resultaat inhouden doet de betrokken alternatieve benadering immers besluiten dat

“*Zu ähnlich sind sich im Ergebnis der Online-Bezug eines Musikstückes und der Kauf des verkörperten Werkstückes, der CD. Für die Frage nach der Erschöpfung des Verbreitungsrechtes sollte es gleichgültig sein, auf welche Art und Weise der Inhalt verbreitet wurde, ob online oder physisch.*”)

¹⁸⁰² Zie in die zin, bijvoorbeeld: D. HEERMA, “§ 17 Verbreitungsrecht” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 16.

¹⁸⁰³ Vergelijk op dit punt, bijvoorbeeld: D. HEERMA, “§ 17 Verbreitungsrecht” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 16 en J. MITCHELL, “DRM: The Good, the Bad, and the Ugly” in *Colleges, Code and Copyright: The Impact of Digital Networks and technological Controls on Copyright: Publications in Librarianship* no. 56 American Library Association., 2004, p. 35 (http://interactionlaw.com/documentos/DRM_good_bad_ugly.pdf); Vergelijk ook: J. BOYLE, “Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property”, *Vand. L. Rev.* 2000, p. 2019 (“*digital objects could also be given away..., I may give them to you, provided I erase them from my hard drive, which is what I wanted to do anyway*”).

¹⁸⁰⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: J. MITCHELL, “DRM: The Good, the Bad, and the Ugly” in *Colleges, Code and Copyright: The Impact of Digital Networks and technological Controls on Copyright: Publications in Librarianship* no. 56 American Library Association. 2004, p. 35 (http://interactionlaw.com/documentos/DRM_good_bad_ugly.pdf) en C. BERGER, “Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie”, *GRUR* 2002, p. 200 (“*Die Gefahr, dass der Ersterwerber das Werk unter Verstoß gegen das Verbreitungsrecht mehrfach weiterverbreitet, wird durch die Annahme der Erschöpfung nicht erhöht.*”).

¹⁸⁰⁵ L. BÜHLER, *Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet*, Freiburg, 1999, p. 283.

beiden op dezelfde manier te beoordelen zijn in het licht van de hierboven besproken rechtvaardigingen en beleidsoverwegingen die aan de basis liggen van de ‘uitputtingsleer’¹⁸⁰⁶.

In lijn met de hierboven besproken ‘holistische’ benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat, vinden we binnen de betrokken alternatieve benadering dan ook aanzetten om, in het kader van de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ binnen het auteursrecht, de dichotomie tussen ‘materiële’ en ‘niet-materiële’ zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ *niet* zozeer te verstaan in het licht van de tastbare of niet-tastbare aard op zich van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties *maar* veeleer in het licht van een onderscheiden geschiktheid van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties om genot te verschaffen van het ‘werk’. Deze alternatieve benadering lijkt daarbij, volgens ons, dan met name aan te geven dat de met toestemming van de rechthebbende ‘in het verkeer’ gebrachte incorporatie van een ‘werk’ te beschouwen is als ‘materieel’, in de zin dat ‘uitputting’ kan intreden rond deze incorporatie, indien het volgende voorligt: deze incorporatie, zoals de rechthebbende deze ‘in het verkeer’ bracht, beschikt over een capaciteit om, ook nadat de handeling van het ‘in verkeer brengen’ een einde nam, onafhankelijk van enige verdere handeling van de rechthebbende het ‘werk’ weer te geven¹⁸⁰⁷.

a.2. Voorwaarden rond het ‘in het verkeer brengen’

Binnen het octrooirecht en het auteursrecht geldt daarnaast ook dat ‘uitputting’, zoals aangegeven, enkel kan intreden rond specifieke zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die ‘in het verkeer’ gebracht werd door de rechthebbende of met zijn toestemming. De rode draad doorheen dit ‘in het verkeer’ brengen is daarbij met name dat er, in ruime zin, een eerste ‘afgifte’ plaatsvindt van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie aan een lid van het publiek waarmee de betrokken rechthebbende toestemde. In wat volgt, gaan we nu echter dieper in op de mate waarin (a.2.1.) het octrooirecht en (a.2.2.) het auteursrecht voor het aanvaarden van een ‘in het verkeer’ brengen vragen dat sprake is van een afgifte van louter feitelijke dan wel juridische macht over de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie en welk belang deze intellectuele rechten daarbij hechten aan de inhoud en de formele kwalificatie van de juridische overeenkomst die deze afgifte regelt¹⁸⁰⁸.

¹⁸⁰⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: C. BERGER, “Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie”, *GRUR* 2002, p. 200 (“*Da man die ausschließlichen Rechte der Urheber und Leistungsschutzrechtsinhaber auf die unkörperliche Verbreitung des Werks erweitert, muss folgerichtig der Erschöpfungsgedanke entsprechend erstreckt werden. Auch bei der Verbreitung von Werken in digitalisierter Form stellt sich die vom Erschöpfungsgrundsatz geregelte Frage des Interessenausgleichs zwischen Urheber und Wertstückinhaber. Verneint man die Erschöpfung, bedarf letzterer für jede Veräußerung wiederum eines Nutzungsrechts. Die Mobilität von Gütern, die der Erschöpfungsgrundsatz sichern will, wird in Frage gestellt. Lehnt man eine Erschöpfung ab, hat es der Urheber in der Hand, durch Wahl des Verbreitungswegs die Erschöpfungsfrage zu bestimmen; die rechtsgeschäftliche Unabdingbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes würde damit unterlaufen. Dem Urheber bzw. Verwerter würde die Möglichkeit eröffnet, den Betrieb zu steuern, Preisbindungen vorzugeben usw.*”).

¹⁸⁰⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: D. HEERMA, “§ 17 Verbreitungsrecht” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 16 (“*Art. 3 Abs. 3 Multimedia-Richtlinie ist daher einschränkend dahingehend auszulegen, dass durch die bloße öffentliche Zugänglichmachung keine Erschöpfung eintritt, wohl aber durch die Veräußerung eines Werkstückes, auch wenn dieses Werkstück erst durch Online-Übertragung beim Empfänger entsteht. Wenn das Werk dem Empfänger nur zum einmaligen Gebrauch als ephemere Kopie zur Verfügung gestellt wird, liegt hingegen keine Veräußerung vor (...)*”) en C. BERGER, “Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie”, *GRUR* 2002, p.201 (“*Soweit es sich nur um eine Online-Nutzung eines Werks auf Zeit handelt, scheidet die Erschöpfung von vornherein aus. Voraussetzung der Erschöpfung ist vielmehr, dass der Erwerber das Werk selbst abspeichert und darauf wiederholt zugreifen kann, es also auf Dauer dem freien Zugriff des Empfängers unterworfen sein soll, ohne dass er hierfür fremde Zugangssperren überwinden muss. Nur in diesem Fall tritt die Datenfernübertragung an die Stelle der Veräußerung körperliche Datenträger, etwa einer CD-ROM. Soll das gewünschte Werk dem Empfänger nur ephemere zur Verfügung gestellt werden, etwa ein Musikstück nur zum einmaligen Anhören oder ein Film zum einmaligen Betrachten, liegt keine Veräußerung vor.*”).

¹⁸⁰⁸ Rond het belang van de notie ‘in het verkeer brengen’ in het kader van de toepassing vande uitputtingsleer, zie bijvoorbeeld: P. KOEHLER, *Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich*, München, Verlag C.H. Beck, 2000, p. 74 (“*Mit Hilfe des Veräußerungsbegriffs der Erschöpfung des §17 Abs. 2 UrhG bringt der Gesetzgeber das Ergebnis einer Abstrakt-generellen Abwägung zwischen dem Interesse der Allgemeinheit am freien und ungehinderten Warenverkehr und dem des Urhebers an einer umfassenden Werkverwertung zum*

Ausdruck. Die konkrete individuelle Interessenlage der Parteien im Zusammenhang mit dem Inverkehrbringen eines Werkgegenstandes hat für die Auslegung des Veräußerungsbegriffs keine Bedeutung. Deshalb ist die Erschöpfung des Verbreitungsrechts von den Beteiligten auch nicht abdingbar; es handelt sich um zwingendes Recht.”).

a.2.1. Het octrooirecht

Binnen het octrooirecht is het gebruikelijk, met name binnen het Duitse recht, om aan te nemen dat, in het kader van het mogelijke intreden van ‘uitputting’ rond een incorporatie van ‘uitvinding’, sprake is van het daartoe vereiste ‘in het verkeer brengen’ ervan met de toestemming van de betrokken rechthebbende van zodra het volgende geldt: de rechthebbende stemt toe met de initiële afgifte van zijn feitelijke macht over de betrokken incorporatie van zijn ‘uitvinding’ aan een andere persoon¹⁸⁰⁹. Deze benadering houdt dus in dat binnen het octrooirecht ‘uitputting’ kan intreden van zodra de rechthebbende toestemt in de afgifte van de feitelijke macht over een incorporatie van zijn ‘uitvinding’, ongeacht de formele kwalificatie van de overeenkomst in het kader waarvan de rechthebbende daarbij zijn toestemming geeft tot deze afgifte, met name dus ook ongeacht of het daarbij gaat om een eigendomsoverdracht of een huur rond de betrokken incorporatie¹⁸¹⁰. Dit betekent dus ook dat de rechthebbende in het kader van het ‘octrooirecht’ niet in staat is om het al dan niet intreden van ‘uitputting’ te ‘sturen’ door de formele kwalificatie van de overeenkomst die de afgifte regelt van een specifieke incorporatie van zijn ‘uitvinding’.

a.2.2. Het auteursrecht

In het auteursrecht geldt in de regel dat, in het kader van het mogelijke intreden van ‘uitputting’ rond een incorporatie van een ‘werk’, enkel sprake kan zijn van het daartoe vereiste ‘in het verkeer brengen’ ervan met de toestemming van de betrokken rechthebbende, indien de betrokken rechthebbende ook zijn toestemming gaf tot een eigendomsoverdracht rond deze incorporatie. In navolging van de Richtlijn Informatiemaatschappij, stelt bijvoorbeeld de Belgische Auteurswet in dit verband uitdrukkelijk: “*De eerste verkoop of andere eigendomsoverdracht in de Europese Gemeenschap van het origineel of een kopie van een werk van letterkunde of kunst door de auteur of met diens toestemming leidt tot uitputting van het distributierecht van dat origineel of die kopie in de Europese Gemeenschap*”¹⁸¹¹. Deze benadering impliceert dus ook dat de toestemming van de rechthebbende tot een afgifte van zijn feitelijke macht over een incorporatie van zijn ‘werk’, binnen het auteursrecht, in principe, *geen* aanleiding kan geven tot het intreden van ‘uitputting’ rond deze incorporatie, indien deze afgifte plaatsvindt in het kader van een andere overeenkomst met de rechthebbende dan een eigendomsoverdracht, met name bijvoorbeeld in het kader van een huur of een licentie-overeenkomst¹⁸¹².

¹⁸⁰⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: R. KRAßER, *Patentrecht. Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht.*, München, C.H. Beck, 2009, p. 760 (“*Eine Sache wird in Verkehr gebracht, wenn jemand einem anderen die tatsächliche Verfügungsgewalt darüber verschafft, d. h. ihn in die Lage versetzt, die Sache zu veräußern oder zu gebrauchen. Patentverletzend ist das Inverkehrbringen, wenn es ohne Zustimmung des Patentinhabers erfolgt und eine Sache betrifft, die nicht schon mit seiner Zustimmung in den Verkehr gelangt ist. Der Einräumung einer rechtlichen Verfügungsmacht, insbesondere der Übertragung des Eigentums, bedarf es nicht.*”); Vergelijk ook, bijvoorbeeld: B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire: créer, protéger et partager les inventions au XXIe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, p. 318 (“*Ce qui a été une première fois régulièrement fabriqué et mis dans le commerce échappe aux droits exclusif conférés par le brevet et est régi par le principe de la liberté du commerce. La théorie de l'épuisement est une théorie du consentement: lorsque le titulaire a consenti à une fabrication, les produits issus de cette fabrication consentie ne peuvent être considérés comme étant contrefaisants.*”).

¹⁸¹⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: P. MES, *Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz: Kommentar*, München, Beck, 2005, § 9 Wirkung des Patents, Nr. 34 (“*Inverkehrbringen ist jede Handlung, die einem Dritten die tatsächliche Verfügungsmacht zur Benutzung des Erzeugnisses verschafft (RGZ 77, 248, 249; LG Düsseldorf, Mitt. 1999, 271 – Lenkrolle). ... Auf rechtliche Verfügungsmacht kommt es nicht an, so daß eine Übertragung zu Eigentum nicht erforderlich ist. Allerdings bedarf es einer Veräußerungshandlung des Veräußerers;*”); G. KLAUER en P. MÖHRING, *Patentrechtskommentar*, München, Franz Vahlen, 1971, Band I, p. 358 (“*Gemeinfrei wird die Sache auch, wenn sie nur in Erfüllung einse Miet- oder Pachtvertrages oder zwar auf Grund eines Kaufvertrages, aber unter Eigentumsvorbehalt, übergeben wird.*”).

¹⁸¹¹ Zie: art. XI.165., § 1, lid 6 WER (oud art. 1, § 1, lid 6 Auteurswet.); Zie ook: art. 4.2. Richtlijn Informatiemaatschappij (“*Het distributierecht met betrekking tot het origineel of kopieën van een werk is in de Gemeenschap alleen dan uitgeput, wanneer de eerste verkoop of andere eigendomsovergang van dat materiaal in de Gemeenschap geschiedt door de rechthebbende of met diens toestemming.*”).

¹⁸¹² In dit verband is ook rekening te houden met het uitdrukkelijke verhuurrecht dat het auteursrecht de rechthebbende verleent en waarrond het geen uitputting voorziet. Zie: art. XI.165., § 1, lid 3 en lid 6 WER (oud

We stellen echter vast dat, met name opnieuw binnen het Duitse recht, ook de opvatting bestaat dat het niet wenselijk is om het intreden van ‘uitputting’ binnen het auteursrecht afhankelijk te maken van een ‘eigendomsoverdracht’ en dat het integendeel beter is om het voorliggen van een ‘in het verkeer brengen’ met de toestemming van de rechthebbende te richten naar het volgende criterium: of de rechthebbende toestemde met de afgifte van zijn feitelijke macht over de betrokken incorporatie van zijn ‘werk’ aan een andere persoon, ongeacht de formele kwalificatie van de overeenkomst in het kader waarvan de rechthebbende daartoe zijn toestemming gaf¹⁸¹³. De betrokken auteurs geven daarbij met name aan dat deze interpretatie beter geschikt is opdat de ‘uitputtingsleer’ het ingrijpen van het auteursrecht inderdaad zo zou sturen dat dit tegelijk én zijn opdracht vervult van het belonen van de auteur en het beschermen van zijn natuurlijk recht op de ‘vruchten’ van de eigen arbeid én op passende wijze rekening houdt met het belang dat andere personen hebben rond duidelijke en overzichtelijke rechtsverhoudingen die hen een vrij handelsverkeer toelaten rond deze specifieke incorporaties¹⁸¹⁴.

b. Reikwijdte van de ingetreden uitputting

Bij het afbakenen van de concrete reikwijdte van de ingetreden ‘uitputting’, in het kader van het octrooirecht en het auteursrecht, is dan met name rekening te houden met twee punten: (b.1.) het principe dat het intreden van ‘uitputting’ zich enkel uitstrekt tot die zintuiglijk waarneembare manifestatie waarrond alle voorwaarden voldaan zijn voor de toepassing van de ‘uitputtingsleer en (b.2.) de afbakening van de categorieën voorbehouden handelingen die inderdaad onder de toepassing vallen van de uitputtingsregel binnen deze intellectuele rechten. In wat volgt, gaan we dieper in deze beide punten, in de context van het octrooirecht en het auteursrecht.

b.1. De betrokken incorporatie van inspanningen

In de eerste plaats geldt binnen het octrooirecht en het auteursrecht dat de reikwijdte van de rond een zintuiglijk waarneembare manifestatie ingetreden ‘uitputting’, bepaald is door het volgende: het unieke bestaan van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie. Als rond een specifieke zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ alle voorwaarden vervuld zijn voor het intreden van ‘uitputting’ dan houdt dit enkel in dat de betrokken rechthebbende zich ten aanzien van die specifieke incorporatie van inspanningen, niet langer kan beroepen op de categorieën voorbehouden handelingen die onder de ‘uitputtingsregel’ vallen. Het intreden van ‘uitputting’ rond deze specifieke incorporatie doet echter de mogelijkheden van de betrokken rechthebbende niet afnemen om zich verder te beroepen op de categorieën voorbehouden handelingen die onder de ‘uitputtingsregel’

art. 1, §1, lid 3 en lid 6 Auteurswet) en art. 3 Richtlijn verhuurrecht; H.v.J. 22 september 1998, C-61/97 (*Foreningen af danske Videogramdistributører v Laserdisker*), r.o. 21 (“*De richtlijn sluit dus uitdrukkelijk uit, dat het recht van verhuur, anders dan het distributierecht, kan worden uitgeput door enige vorm van verspreiding van de zaak. Zoals reeds opgemerkt in punt 18 van dit arrest, wordt deze uitsluiting reeds gerechtvaardigd door de aard van het verhuurrecht, dat zou worden uitgehold indien het werd uitgeput door het enkele feit dat de film voor de eerste maal te huur wordt aangeboden.*”).

¹⁸¹³ Vergelijk in die zin, bijvoorbeeld: D. HEERMA, “§ 17 Verbreitungsrecht” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 14 (“*Sobald das Werkstück mit Zustimmung des Berechtigten durch Veräußerung in Verkehr gebracht wurde, ist die Weiterveräußerung zulässig. Veräußerung i. S. d. § 17 Abs. 2 erfasst in der Regel jede Übereignung und Entäußerung des Eigentums an dem Werkstück durch den Berechtigten (...). Der Begriff ist nicht im engen Sinne der §§ 433 ff. BGB zu verstehen. Veräußerung ist vielmehr jede endgültige Aufgabe der Verfügungsmöglichkeit. Auf den Charakter des zugrunde liegenden Kausalgeschäftes kommt es nicht an. Zur Erschöpfung führen Schenkung und Tausch, nicht aber Miete und Leihe oder die Ausstellung eines Werkes (...).*”).

¹⁸¹⁴ Zie in dit verband, bijvoorbeeld: S. KRAWCZYK, “Erschöpfungslehre und Vermietungsrechte im niederländischen Urheberrecht”, *GRUR Int* 1990, p.196-204; H. BLACHIAN, *Die Lehre von der Erschöpfung der Verbreitungsrechts im Urheberrecht*, München, Ch. Schön, 1964, p. 66 e.v.; Vergelijk ook: M. VON WELSER, Noot bij H.v.J 17 april 2008, C-456/06 (*Peek & Cloppenburg KG t. Cassina*), *GRUR Int* 2008, p. 593-598; Kritisch echter: P. KOEHLER, *Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich*, München, Verlag C.H. Beck, 2000, p. 82.

vallen ten aanzien van andere zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ waarrond nog geen ‘uitputting’ intrad¹⁸¹⁵.

b.2. De ‘uitgeputte’ categorieën voorbehouden handelingen

Binnen het octrooirecht en het auteursrecht is de reikwijdte van de rond een concrete zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ ingetreden ‘uitputting’ in de tweede plaats ook bepaald door de afbakening van de categorieën voorbehouden handelingen die binnen deze intellectuele rechten inderdaad onder de toepassing vallen van de uitputtingsregel. Indien ‘uitputting’ intreedt rond een specifieke zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ dan leidt dit er inderdaad toe dat de betrokken rechthebbende zich ten aanzien van die specifieke incorporatie van inspanningen, niet langer kan beroepen op de categorieën voorbehouden handelingen die onder de ‘uitputtingsregel’ vallen. Het intreden van ‘uitputting’ rond deze specifieke zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’, verandert echter niets aan de mogelijkheden van de betrokken rechthebbende om zich ook ten aanzien van deze specifieke zintuiglijk waarneembare manifestatie verder te beroepen op die categorieën voorbehouden handelingen waarop de ‘uitputtingsregel’ niet van toepassing is. Op het vlak van de afbakening van de categorieën voorbehouden handelingen die wel en niet onder de toepassing vallen van de ‘uitputtingsregel’, stellen we dan met name vast dat (b.1.) het octrooirecht en (b.2.) het auteursrecht onderscheiden aanwijzingen geven.

b.2.1. Het octrooirecht

Binnen het octrooirecht is het gebruikelijk om aan te nemen dat de toepassing van de ‘uitputtingsregel’ zich uitstrekt tot de categorie voorbehouden handelingen ‘gebruiken’ en ‘in het verkeer brengen’, met inbegrip van de categorieën voorbehouden handelingen ‘aanbieden’ en daartoe ‘invoeren’ en ‘in voorraad hebben¹⁸¹⁶’. Rond de categorieën voorbehouden handelingen ‘vervaardigen’ van een voortbrengsel, ‘verkrijgen’ van een

¹⁸¹⁵ Zie in dit verband bijvoorbeeld: F. GOTZEN in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet. De Belgische auteurswet. Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2008, p. 11 (“uitputting betreft bijgevoel niet het ‘het’ distributierecht in abstracto maar alleen het concrete ‘origineel’ of de ‘kopie ervan’ die het voorwerp van de verkoop of eigendomsoverdracht was. Voor de nog niet verkochte exemplaren blijft het distributierecht daarentegen overeind.”) en R. KRAßER, *Patentrecht. Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht.*, München, C.H. Beck, 2009, ‘Verbrauch (Erschöpfung) von Befugnissen aus dem Schutzrecht’, Nr. 1 e.v..

¹⁸¹⁶ Zie in dit verband uitdrukkelijk: Art. 53, lid 5 Nederlands Octrooiwet (“Is een voortbrengsel als in het eerste lid, onder a of b, bedoeld, in Nederland of de Nederlandse Antillen of, indien het een Europees octrooi betreft, in Nederland rechtmatig in het verkeer gebracht, dan wel door de octrooihouder of met diens toestemming in één der Lid-Staten van de Europese Gemeenschap of in een andere staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte in het verkeer gebracht, dan handelt de verkrijger of latere houder niet in strijd met het octrooi, door dit voortbrengsel in of voor zijn bedrijf te gebruiken, te verkopen, te verhuren, af te leveren of anderszins te verhandelen, dan wel voor een of ander aan te bieden, in te voeren of in voorraad te hebben.”) Vergelijk ook in het licht van de ongeschreven ‘uitputtingsregel’ binnen het Duitse octrooirecht, bijvoorbeeld: R. KRAßER, *Patentrecht. Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht.*, München, C.H. Beck, 2009, p. 793 (“Ist eine Sache, in der eine durch Sachpatent geschützte Erfindung verwirklicht ist, durch den Patentinhaber oder mit seiner Zustimmung durch einen anderen in Verkehr gebracht worden, so unterliegen nach einem in Rechtsprechung und Schrifttum feststehenden Grundsatz das weitere Inverkehrbringen, das Anbieten und der Gebrauch dieser Sache nicht mehr dem Verbotensrecht aus dem Patent. Jeder, der dazu tatsächlich in der Lage ist, darf die Sache veräußern oder auf sonstige Weise weitergeben, anbieten und gebrauchen sowie zu diesen Zwecken erwerben und besitzen, mag der Patentinhaber damit einverstanden sein oder nicht. Gleiches gilt für Erzeugnisse, die durch ein patentiertes Verfahren unmittelbar hergestellt und deshalb in die Wirkung des Verfahrenspatents einbezogen sind.”) Hierbij is op te merken dat art. XI.34., §2 WER (oud art. 28, § 2 Octrooiwet) erg algemeen luidt: “De uit een octrooi voortvloeiende rechten strekken zich niet uit tot handelingen die een door dit octrooi beschermd voortbrengsel betreffen en op Belgisch grondgebied worden verricht, nadat dit voortbrengsel door de octrooihouder of met zijn uitdrukkelijke toestemming in België in het verkeer is gebracht.”.

voortbrengsel¹⁸¹⁷ en ‘toepassen’ van een werkwijze¹⁸¹⁸ geldt daarentegen dat ze niet onder de toepassing vallen van de ‘uitputtingsregel’ binnen het octrooirecht.

De categorieën voorbehouden handelingen die al dan niet onder de ‘uitputtingsregel’ vallen binnen het octrooirecht in combinatie met de interpretatie van de reikwijdte van de betrokken categorieën voorbehouden handelingen en van de noties ‘voortbrengsel’ en ‘werkwijze’, vormen dan belangrijke factoren in de daadwerkelijk reikwijdte van de octrooirechtelijke ‘uitputtingsregel’, met name bijvoorbeeld in de context van ‘uitvindingen’ met betrekking tot computerprogramma’s. In de eerste plaats is het antwoord op de vraag of reeds sprake kan zijn van een ‘voortbrengsel’ indien een uitvinding een realisatie krijgt met de geschiktheid om te circuleren binnen het handelsverkeer dan wel of dit vraagt dat een uitvinding een realisatie krijgt die gebonden is aan een niet-vluchtig substraat, zoals aangegeven, bepalend om te weten of een incorporatie voorligt van de ‘uitvinding’ waarrond uitputting kan intreden¹⁸¹⁹. Ten tweede kan het antwoord op de vraag of octrooirechtelijk ‘werkwijze-uitvindingen’ op te vatten zijn als een leer rond hoe iets te realiseren is dan wel als een leer rond hoe het gerealiseerde iets werkt, zoals aangegeven, bepalend zijn om te weten of de aanwending van een bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestatie te analyseren is als een ‘gebruiken’ van een rechtstreeks via de betrokken werkwijze verkregen ‘voortbrengsel’, een categorie voorbehouden handelingen die *wel* onder de toepassing valt van de ‘uitputtingsregel’ binnen het octrooirecht, dan wel als een ‘toepassen’ van een werkwijze, een categorie voorbehouden handelingen die *niet* onder de toepassing valt van de ‘uitputtingsregel’ binnen het octrooirecht¹⁸²⁰.

b.2.2. Het auteursrecht

In het kader van het auteursrecht is het gebruikelijk om aan te nemen dat de toepassing van de ‘uitputtingsregel’ zich enkel uitstrekt tot de categorie voorbehouden handelingen ‘distribueren’. In navolging van de Richtlijn Informatiemaatschappij, stelt bijvoorbeeld de Belgische Auteurswet in dit verband, zoals gezegd, uitdrukkelijk: “*De eerste verkoop of andere eigendomsoverdracht in de Europese Gemeenschap van het origineel of een kopie van een werk van letterkunde of kunst door de auteur of met diens toestemming leidt tot uitputting van het distributierecht van dat origineel of die kopie in de Europese Gemeenschap*¹⁸²¹.” Rond de categorieën voorbehouden handelingen ‘reproducen’ en ‘publiek mededelen’ geldt daarentegen dat ze niet onder de toepassing vallen van de ‘uitputtingsregel’ binnen het octrooirecht.

Binnen het auteursrecht treffen we echter ook soms de opvatting aan dat de ‘uitputtingsleer’ uiting geeft aan een algemeen rechtsbeginsel dat zich niet laat beperken tot specifieke categorieën voorbehouden handelingen. In de ‘Abschattungsgebiete’-zaak bijvoorbeeld steunde het Bundesgerichtshof onder meer op de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ ten aanzien van, in wezen, de categorie voorbehouden handelingen ‘publiek mededelen’ om aan te nemen dat het geen auteursrechtelijk inbreuk vormde om de radio- en televisieprogramma’s waarrond de rechthebbende hun toestemming gegeven hadden om ze uit te zenden binnen een bepaald gebied, op het moment van hun uitzending, ook gelijktijdig, via bijzondere installaties daartoe, verder te leiden naar plaatsen binnen dit gebied waar de draadloze ontvangst van de uitgezonden programma’s door appartementsgebouwen gestoord was.

¹⁸¹⁷ Zie: art. XI.28. en XI.29. WER (oud art. 26 en 27 Octrooiwet). Zie ook: B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire : créer, protéger et partager les inventions au XXIe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, p. 87; R. BAKELS, "Software: werkwijze of voortbrengsel?", *B.I.E.* 2003, p. 430; W. CORNISH and D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p.174 e.v..

¹⁸¹⁸ Art. XI.29., §1, b. WER (oud art. 27, §1, b. Octrooiwet).

¹⁸¹⁹ Zie rond deze beide punten, bijvoorbeeld: R. BAKELS, “Software: werkwijze of voortbrengsel?”, *B.I.E.* 2003, p. 431 e.v. en R. HILTY, “Der Softwarevertrag - ein Blick in die Zukunft - Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software”, *MMR* 2003, p. 11 e.v..

¹⁸²⁰ Zie rond deze discussie, bijvoorbeeld uitdrukkelijk: R. BAKELS, “Software: werkwijze of voortbrengsel?”, *B.I.E.* 2003, p. 431 e.v.; Vergelijk op dit punt ook: R. HILTY, “Der Softwarevertrag - ein Blick in die Zukunft - Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software”, *MMR* 2003, p. 11 e.v..

¹⁸²¹ Zie: art. XI.165., § 1, lid 6 WER (oud art. 1, § 1, lid 6 Auteurswet). Zie ook: art. 4.2. Richtlijn Informatiemaatschappij (“*Het distributierecht met betrekking tot het origineel of kopieën van een werk is in de Gemeenschap alleen dan uitgeput, wanneer de eerste verkoop of andere eigendomsovergang van dat materiaal in de Gemeenschap geschiedt door de rechthebbende of met diens toestemming.*”).

In dit verband nam het Bundesgerichtshof in wezen aan dat het onder meer de ‘uitputtingsleer’ kon toepassen om aan te nemen dat de toestemming van de rechthebbenden tot een uitzending van hun programma’s binnen het betrokken gebied, ook inhield dat hun bevoegdheid ‘uitgeput’ was om nog een controle uit te oefenen op gelijktijdige uitzendingen van hun programma’s binnen dit gebied¹⁸²². In de rechtsleer werd deze toepassing van de ‘uitputtingsleer’ ten aanzien van de categorie voorbehouden handelingen ‘publiek mededelen’ echter kritisch onthaald¹⁸²³. ULMER merkte in dit verband op dat het Bundesgerichtshof er beter aan deed om zijn uitspraak enkel te motiveren op de andere grond die het aanhaalde om aan te nemen dat geen auteursrechtelijke inbreuk volgde uit het gelijktijdig doorsturen van programma’s naar plaatsen, binnen het door de rechthebbende voorziene ontvangstgebied, waar de uitzending van de programma’s om technische redenen gestoord werd¹⁸²⁴. Bij deze andere grond gaat het dan met name om de overwegingen dat aan te nemen is dat het doorsturen van de programma’s naar de betrokken gebieden waar de ontvangst van de uitzending waarin de rechthebbende toestemde, om technische redenen gestoord is, geen aanleiding geeft tot een genot van zijn ‘werk’ buiten de toestemming van de rechthebbende en daarom ook geen aanleiding geeft tot een auteursrechtelijk relevante ‘publieke mededeling’¹⁸²⁵. In dit verband herinneren we er overigens wel aan dat het Europese Hof van Justitie in dit verband ook reeds oordeelde dat om te bepalen of ten aanzien van hetzelfde ‘relevante publiek’ inderdaad twee afzonderlijke, auteursrechtelijk relevante ‘publieke mededelingen’ plaatsvinden, na te gaan is of ditzelfde ‘relevante publiek’ twee weergaves geniet die “*onder specifieke technische omstandigheden gebeuren*”¹⁸²⁶, met

¹⁸²² Zie: Bundesgerichtshof 7 november 1980 (Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten), NJW 1981, p.1042 (p. 1044: “Zwar liegt technisch ein neuer Sendevorgang vor; diese Sendung eröffnet jedoch keine neue erweiterte Werkverwertung; sie erschließt keine neuen weiteren Hörerkreise, sondern beschränkt sich auf die - technisch notwendige - Weiterleitung der Sendung an die Hörerkreise, denen nach dem Willen des Urhebers sein Werk durch die Rundfunksendung zugänglich gemacht werden soll. Dieser beschränkte Sendevorgang kann daher dem Urheber keine weiteren Ansprüche aus § 20 UrhRG eröffnen; sein Senderecht ist hinsichtlich dieses Hörerkreises erschöpft.”).

¹⁸²³ Zie bijvoorbeeld: D. HEERMA, “§ 15 Allgemeines” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 23 e.v. en W. NORDEMANN, “Bundesgerichtshof 07.11.1980 I ZR 24/79 (Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten)”, GRUR 1981, p. 413-418.

¹⁸²⁴ Zie: E. ULMER, “Die Entscheidungen zur Kabelübertragung von Rundfunksendungen im Lichte urheberrechtlicher Grundsätze”, GRUR Int 1981, p. 376 (“Sollen wir solche kleinen Ausnahmen als Erschöpfung des Rechts zur öffentlichen Wiedergabe deuten? Wir glauben es nicht. Der Grund für die Beschränkung des Rechts zur öffentlichen Wiedergabe ist nicht, daß das Sendegut zum allgemeinen Verkehrsgut wird, das beliebig aufgefangen und zur öffentlichen Wiedergabe benutzt werden kann. Es handelt sich vielmehr um Ausnahmen, wie sie im Urheberrecht im Interesse des geistigen und kulturellen Lebens, der Informationsfreiheit oder aus Billigkeitsgründen da und dort, unbeschadet allgemeiner Grundsätze, vorgesehen sind. Was speziell die vom BGH zugelassene Ausnahme vom Recht der Weitersendung betrifft, so wird sie, wenn man ihr zustimmt, besser als mit der Erschöpfung des Senderechts, mit dem weiteren Argument, dessen sich der BGH bedient hat, begründet, daß die Zustimmung der Urheber zur Sendung notwendigerweise das Einverständnis mit der gleichzeitigen Weiterübertragung in Abschattungsgebiete in sich schließt, oder mit der österreichischen Deutung, daß die zulässige Weiterübertragung von Inlandssendungen als “Teil der ursprünglichen Rundfunksendung” gilt.”).

¹⁸²⁵ Zie: Bundesgerichtshof 7 november 1980 (Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten), NJW 1981, p.1042 (p. 1044: “Es wäre eine dem Urheberrecht fremde Betrachtungsweise, wollte man dem Urheber das Recht gewähren, bei der konkreten Fallgestaltung aus der Beseitigung einer durch den Bau von Hochhäusern verursachten Empfangsstörung wirtschaftlichen Nutzen zu ziehen. Dies muß auch gelten, wenn ein Dritter im eigenen Erwerbsinteresse die Versorgungslücke schließt. Dadurch wird weder eine weitergehende andersartige Werkverwertung vorgenommen noch werden die Werke neuen weiteren Empfängerkreisen zugänglich gemacht.”).

¹⁸²⁶ H.v.J. 7 maart 2013, C-607/11 (ITV Broadcasting (et al) v. TVCatchup), r.o. 39 (“De onderhavige zaak in het hoofdgeding heeft daarentegen betrekking op de doorgifte van de werken die zijn opgenomen in een uitzending via zendmasten en de beschikbaarstelling van deze werken op internet. Zoals blijkt uit de punten 24 en 26 van het onderhavige arrest, moet elk van deze twee doorgiften individueel en afzonderlijk door de betrokken auteurs worden toegestaan aangezien beide doorgiften onder specifieke technische omstandigheden gebeuren, met een andere manier van doorgifte van de beschermde werken en elk bestemd voor een publiek. De voorwaarde van het nieuwe publiek, die enkel relevant is in de situaties waarover het Hof zich heeft moeten uitspreken in de zaken die hebben geleid tot de reeds aangehaalde arresten SGAE, Football Association Premier League e.a., alsook Airfield en Canal Digitaal, behoeft derhalve niet meer subsidiair te worden onderzocht.”).

name dus naar aanleiding van doelbewuste interventiehandelingen “*volgens een specifieke technische werkwijze die verschilt van de werkwijze voor de oorspronkelijke mededeling*”¹⁸²⁷.

De categorieën voorbehouden handelingen die al dan niet onder de ‘uitputtingsregel’ vallen binnen het auteursrecht in combinatie met de interpretatie van de reikwijdte van de betrokken categorieën voorbehouden handelingen, vormen dan opnieuw een belangrijke factor in het licht van de discussie rond de implementatie van de beleidsoverwegingen die aan de basis liggen van de ‘uitputtingsleer’ ten aanzien van het doorgeven van incorporaties van ‘werken’ binnen netwerken van computersystemen. De achtergrond van deze discussie is dan met name opnieuw dat de afgifte van een incorporatie van een ‘werk’ via een netwerk van computersystemen steeds gebeurt aan de hand van de ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek en dus inhoudt dat de overbrenging van de betrokken incorporatie, van het versturende computersysteem naar het ontvangende computersysteem, concreet gebeurt doordat het versturende computersysteem een niet-tastbare, onlichamelijk elektrische stroom uitstuurt naar het ontvangende computersysteem die binnen het ontvangende computersysteem voor een tastbare, lichamelijke duplicatie zorgt¹⁸²⁸. De vraag is dan met name hoe, vanuit de ‘uitputtingsleer’ en de beleidsoverwegingen die aan de basis liggen van deze leer, de auteursrechtelijke relevantie te beoordelen is van een afgifte, via de ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek van een incorporatie van een ‘werk’ die met de toestemming van de betrokken rechthebbende ‘in het verkeer’ kwam.

Eenzijds is er in dit verband dan de analyse, in lijn met de hierboven besproken ‘atomistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat’, dat de afgifte van een incorporatie van een ‘werk’ die plaatsvindt via de ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek, op grond van het auteursrecht, in beginsel, *steeds* de toestemming vereist van de betrokken rechthebbende, ook al wordt hierbij een afgifte beoogd van een incorporatie van het betrokken ‘werk’ die met de toestemming van de betrokken rechthebbende in het verkeer gebracht werd. In lijn met de hierboven besproken ‘atomistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat’, acht deze opvatting het vooral wezenlijk dat de betrokken afgifte via de ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek inherent teweegbrengt dat op een bepaald moment én in het versturende computersysteem een tastbare, lichamelijke incorporatie van het ‘werk’ vervat ligt én binnen het ontvangende computersysteem een tastbare, lichamelijke duplicatie bestaat van deze incorporatie van het ‘werk’. Deze tastbare, lichamelijke duplicatie van de incorporatie van het ‘werk’ die inherent volgt uit een ‘transmissie-door-duplicatie’ maakt volgens de betrokken benadering dan dat de auteursrechtelijke relevantie van deze handeling te beoordelen is in het licht van de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’. Deze beoordeling in het licht van de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’ houdt volgens deze benadering dan in dat het rond de betrokken ‘transmissie-door-duplicatie’ niet mogelijk is om een beroep te doen op de ‘uitputtingsregel’ aangezien deze zich binnen het auteursrecht niet uitstrekt tot een ‘reproducen’¹⁸²⁹. Het feit op zich dat de incorporatie van het ‘werk’ binnen het versturende

¹⁸²⁷ H.v.J. 7 maart 2013, C-607/11 (*ITV Broadcasting (et al) v. TVCatchup*), r.o. 26 (“Aangezien een beschikbaarstelling van de werken via wederdoorgifte op internet van een via zendmasten uitgezonden televisie-uitzending gebeurt volgens een specifieke technische werkwijze die verschilt van de werkwijze voor de oorspronkelijke mededeling, moet zij worden beschouwd als een „mededeling” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.”).

¹⁸²⁸ Deze ‘transmissie door duplicatie’-techniek houdt concreet in dat om een overbrenging te realiseren van computersysteem A naar computersysteem B, het specifieke patroon van binaire toestanden dat het digitale bestand uitmaakt en dat vervat ligt in een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen computersysteem A – in de regel het binaire patroon van een reeks schakelcomponenten – door een elektrische stroom met een overeenkomstig binair patroon van elektronische spanningsverschillen overgebracht en gedupliceerd wordt in de de binaire afstelling van een component binnen het computersysteem B – in de regel opnieuw het binaire patroon van een reeks schakelcomponenten. Na deze overbrenging door duplicatie naar computersysteem B kan het specifieke patroon van binaire toestanden dat het digitale bestand uitmaakt binnen computersysteem A dan gewist worden. Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: L. NULL en J. LOBUR, *The essentials of computer organization and architecture*, Sudbury (Mass.) (o.a.), Jones and Bartlett Publishers, 2006, p. 198.

¹⁸²⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: H. SCHACK, “Rechtsprobleme der Online-Übermittlung”, *GRUR* 2007, p. 643 (“Die wohl herrschende Meinung lehnt dagegen eine Erschöpfung ab, weil bei der Online-Übermittlung als einer Form der öffentlichen Wiedergabe keine vorhandenen Vervielfältigungsstücke den Besitzer wechseln, sondern durch den Abruf des Kunden ein neues Vervielfältigungsstück hergestellt wird.”) en S. VON LEWINSKI, “Musik

computersysteem die als uitgangspunt diende voor de betrokken ‘transmissie-door-duplicatie’, samen met of quasi-onmiddellijk na deze ‘transmissie-door-duplicatie’, gewist wordt en er dus slecht gedurende erg korte tijd sprake was van een duplicatie, is volgens deze benadering, in beginsel, geen reden om de betrokken ‘transmissie-door-duplicatie’ niet auteursrechtelijk relevant te achten onder de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen.’ Deze categorie voorbehouden handelingen verlenen, zoals aangegeven, immers ook een bevoegdheid over een tijdelijk ‘reproducen’¹⁸³⁰.

Anderzijds, bestaat er echter ook de opvatting, in lijn met de hierboven besproken ‘holistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat’, dat aan te nemen is dat personen in beginsel geen toestemming nodig hebben van de betrokken rechthebbende om een incorporatie van zijn ‘werk’ die met zijn toestemming in het verkeer gebracht werd, vervolgens, via de ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek, af te geven aan een andere persoon, zolang daarbij het volgende geldt: de handeling van het doorsturen van de betrokken incorporatie van het ‘werk’ via de ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek houdt, eenmaal voltooid, ook het wissen in van het digitale bestand binnen het versturende computersysteem dat het uitgangspunt vormde voor de betrokken ‘transmissie-door-duplicatie’. In lijn met de hierboven besproken ‘holistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat’, is de auteursrechtelijke relevantie van een afgifte van een incorporatie van een ‘werk’, via de ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek, volgens deze opvatting dan ook te beoordelen in het licht van het soort eindresultaat dat de betrokken handeling na zijn voltooiing teweegbrengt, bekeken in termen van een bepaalde geschiktheid om genot te verschaffen dat te danken is aan het bescherming motiverende ‘werk’. Indien de afgifte, via de ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek, van een door de betrokken rechthebbende reeds in het verkeer gebrachte incorporatie van een ‘werk’, ook onmiddellijk of quasi-onmiddellijk het wissen inhoudt van de incorporatie die het uitgangspunt vormde voor deze ‘transmissie-door-duplicatie’ geldt volgens deze opvatting dan dus ook het volgende: dat de duplicatie die gedurende korte tijd bestaat binnen het ontvangende computersysteem van de initiële incorporatie in het versturende computersysteem, geen hinderpaal vormt om de betrokken afgifte, indien alle voorwaarden daartoe vervuld zijn, vrij te stellen door de toepassing van de ‘uitputtingsleer’. De aangewezen redenering hierbij is dan niet dat rond de zonet aangehaalde duplicatie een ‘uitputting’ plaatsvindt van de bevoegdheid van de rechthebbende rond de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’ maar wel dat deze duplicatie, zoals aangegeven, niet auteursrechtelijk relevant is in het licht van de categorie voorbehouden

und Multimedia" in M. LEHMANN, *Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw)*, Stuttgart, Schäffer-Poeschel, 1997, p. 160.

¹⁸³⁰ Zie: art. XI.165., § 1, lid 1 WER (oud art. 1, § 1, lid 1 Auteurswet) (“*Alleen de auteur van een werk van letterkunde of kunst heeft het recht om het op welke wijze of in welke vorm ook, direct of indirect, tijdelijk of duurzaam, volledig of gedeeltelijk te reproducen of te laten reproducen.*”) en art. 2 Richtlijn Informatiemaatschappij; Zie op dit punt bijvoorbeeld: H. SCHACK, “Rechtsprobleme der Online-Übermittlung”, *GRUR* 2007, p. 644 (“*Mit einer Verpflichtung des zunächst berechtigten Nutzers, nach einer Weiterveräußerung des Datensatzes bei ihm verbliebene Vervielfältigungsstücke zu löschen, ist es nicht getan.*”) In dit verband is ook aan te nemen dat het ook niet mogelijk is om rond de afgifte van een incorporatie van een ‘werk’ via de ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek een beroep te doen op de uitdrukkelijke beperking rond tijdelijke reproductiehandelingen voorzien in bijvoorbeeld art. 5.1. Richtlijn Informatiemaatschappij en art. XI.189., § 3 WER (oud art. 21, § 3 Auteurswet). Zie in dit verband bijvoorbeeld: F. KOCH, “Der Content bleibt im Netz – gesicherte Werkverwertung durch Streaming-Verfahren”, *GRUR* 2010, p. 575 (“*Allerdings privilegiert § 44a Nr. 1 UrhG nur die Verfahrensdurchführung durch einen Dritten, also etwa durch Provider, die Streaming-Dienste anbieten, nicht hingegen einen nicht vertraglich berechtigten Werkverwerter (der den Provider beauftragt) und auch nicht den Nutzer (wohl aber wiederum auch einen vom berechtigten Nutzer beauftragten Provider)*”) en Y. VAN DEN BRANDE, “Scrapen: het verzamelen van on-line publiekelijk beschikbare gegevens”, *A&M* 2009, p. 612; T. VERBIEST en I. DE BRUYN, “De technische tijdelijke kopie geconfronteerd met het reproductierecht. Auteursrecht in de digitale omgeving.”, *A&M* 2002, p. 312; Vergelijk in dit verband ook het standpunt in: H.v.J 16 juli 2009, C-5/08, (*Infopaq International t. Danske Dagblades Forening*), r.o. 62 (“*Voor de rechtszekerheid voor de auteursrechthebbenden is bovendien vereist dat het bewaren van het wissen van de reproductie niet afhankelijk zijn van een willekeurige menselijke interventie, namelijk van de gebruiker van de beschermd werken. In een dergelijk geval bestaat er immers geen garantie dat de betrokken persoon daadwerkelijk de gemaakte reproductie wist of althans deze reproductie wist zodra het bestaan ervan niet langer gerechtvaardigd is gelet op de functie ervan, die erin bestaat een technisch procedé mogelijk te maken.*”).

handelingen ‘reproducen’ omdat deze duplicatie niet resulteert in twee afzonderlijke mogelijkheden om het ‘werk’ weer te geven¹⁸³¹.

B. Het recht inzake oneerlijke mededinging

In het kader van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ is er eveneens rekening mee te houden dat een belanghebbende aan dit ingrijpen een relatieve bevoegdheid ontleent rond bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen rond bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen die een afgifte inhouden van de feitelijke of juridische macht over een specifieke relevante incorporatie van inspanningen of een daaraan voldoende gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie. Dit zal, zoals aangegeven, ook hier met name het geval zijn indien dergelijke zintuiglijk waarneembare handelingen kwalificeren als een ‘handelspraktijk’ en, in het licht van de concrete omstandigheden die er mee gepaard gaan, ook onrechtmatige ‘parasitaire mededinging’ uitmaken waardoor de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schade ondervindt of dreigt te ondervinden.

Belangrijk daarbij is dus in de eerste plaats opnieuw dat het er voor een ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ niet op aankomt of een ‘handelspraktijk’ op grond van haar inherente kenmerken tot een bepaalde categorie behoort maar, zoals aangegeven, wel of deze ‘handelspraktijk’ in het licht van de concrete omstandigheden die er mee gepaard gaan een vorm van onrechtmatige, parasitaire mededinging uitmaakt. Wezenlijk opdat een zintuiglijk waarneembare handeling die een afgifte inhoudt van de feitelijke of juridische macht over een specifieke relevante incorporatie van inspanningen of een daaraan voldoende gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestatie, aanleiding zou geven tot een ingrijpen tegen parasitaire mededinging is vanuit die optiek met name het volgende: dat het gaat om een ‘handelspraktijk’ die teruggaat op een kopiëren van kenmerken die te danken zijn aan een resultaat van inspanningen van een andere persoon dat een bepaalde drempel bereikt aan geïnvesteerde intellectuele arbeid of handenarbeid en dat dit kopiëren daarbij toelaat om via deze ‘handelspraktijk’ op ‘onrechtmatige’ wijze een voordeel te behalen¹⁸³². Afhankelijk van de concrete omstandigheden, is het

¹⁸³¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: J. MITCHELL, “DRM: The Good, the Bad, and the Ugly” in *Colleges, Code and Copyright: The Impact of Digital Networks and technological Controls on Copyright: Publications in Librarianship* no. 56 American Library Association. p. 36; http://interactionlaw.com/documentos/DRM_good_bad_ugly.pdf (“*It is the equivalent of magically transferring the ink from my book to a friend's blank pages in another state. My friend can now read the book (while I am left with blank pages), but the copyright owner remains whole because no additional copies have been made.*”); Vergelijk ook: J. BOYLE, “Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property”, *Vand. L. Rev.* 2000, p. 2019 (“*digital objects could also be given away...., I may give them to you, provided I erase them from my hard drive, which is what I wanted to do anyway*”); Vergelijk op dit punt ook: C. BERGER, “Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie”, *GRUR* 2002, p. 201.

¹⁸³² Brussel 7 december 2006, *T.B.H.* 2007, p.580 (in het bijzonder p.582-583 “*Pour qu’il y ait concurrence parasitaire, il n’est pas indispensable qu’il existe un risque de confusion (Bruxelles 6 novembre 2003, Ann. prat. comm. conc. 2003, p. 566). Il y a concurrence parasitaire en cas de copie par un concurrent d’une prestation, d’un produit ou d’un service si les conditions suivantes sont réunies: a) la prestation, le produit ou le service qui est copié doit être le fruit d’efforts créatifs et d’investissements relativement importants du point de vue financier et quant au temps consacré. La prestation protégée doit être suffisamment originale; b) la prestation, le produit ou le service copié doit avoir une valeur économique; c) celui qui copie ou imite doit tirer profit des efforts et investissements de l’autre vendeur, quelle qu’en soit la forme; c’est le cas notamment lorsque le copieur évite ainsi des frais de recherche et de développement du produit ou profite de la publicité effectuée par le créateur original; d) le copieur ne doit pas avoir consenti le moindre effort créatif pour distinguer sa prestation, son produit ou son service de celui de l’autre vendeur.*”); L. VOGEL, *Droit de la concurrence déloyale. 350 décisions commentées*, Parijs, LawLex, 2005, p.459, 463 en p. 471 e.v.; M. BUYDENS “Produktpiraterie und unlauterer Wettbewerb - Die Situation in Belgien und Frankreich mit Hinweisen auf die Rechtslage in Deutschland”, *GRUR Int* 1995, p. 20 e.v.; Hoge Raad 27 juni 1986 (Holland Nautic v. Decca), *Computerrecht* 1986, p.176 (p.177: “*Ontbreekt een dergelijke absoluut recht dan is bij een stand van zaken als zich hier voordoet voor een vergelijkbare bescherming via het recht van de ongeoorloofde mededinging in beginsel ten minste vereist dat wordt geprofiteerd van een prestatie van dien aard dat zij op één lijn valt te stellen met die welke toekenning van een dergelijk recht rechtvaardigen.*”) Hoge Raad 27 juni 1986 (Holland Nautic v. Decca), *Computerrecht* 1986, p.176 (p.177); Zie voor de verdere uitwerking van deze prestatiebescherming ook: Hoge Raad 27 oktober 1987 (*KNVB v. NOS*), *NJ* 1988, 310; Hoge Raad 20 november 1987 (*Staat v. Den Ouden*), *NJ* 1988, 311 en Hoge Raad

bijvoorbeeld denkbaar dat een krantenuitgever zich kan beroepen op het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ om zich te verzetten tegen het feit dat concurrerende uitgevers kranten verkopen waarin zij de zoekertjes kopieerden uit de zoekertjesrubriek van zijn krant¹⁸³³. In dit verband is er volgens ons dan echter ook rekening mee te houden dat rond een louter afgifte van incorporaties van inspanningen van een andere persoon die deze andere persoon zelf vervaardigde dan wel liet vervaardigen, de volgende opvatting zal verdedigd worden: dat deze afgifte, bij gebrek aan een kopiëren van kenmerken, niet kan kwalificeren als ‘parasitaire mededinging’ ook als deze plaatsvindt tegen de toestemming van deze andere persoon waarbij de meningen weliswaar uiteenlopen of deze redenering enkel opgaat indien – naar analogie met de uitputtingsleer – deze andere persoon reeds eerst zijn toestemming gaf tot het in het verkeer brengen van deze incorporaties van zijn inspanningen¹⁸³⁴.

In de tweede plaats, is ook hier opnieuw niet uit het oog te verliezen dat het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ enkel optreedt tegen handelingen die kwalificeren als een ‘handelspraktijk¹⁸³⁵’ en die schade veroorzaken of dreigen te veroorzaken aan de beroepsbelangen van een of meer

23 mei 2003 (KNVB v. Feyenoord), *NJ* 2003, 494; P. GEERTS, *Bescherming van de intellectuele eigendom*, Deventer, Kluwer, 2007, p. 18; F. GROSHEIDE, “Hoe slaafs mag men nabootsen”, *IER* 2005, p. 270; A. QUAEDVLIEG, “Beschermingsdrift: Een studie naar feiten en achtergronden rond sweat of the brow- of prestatiebescherming”, *B.I.E.* 1996, (Deel II) p.59; D. VAN ENGELEN, “The Misappropriation Doctrine in the Netherlands”, *IIC* 1991, p.14; Bundesgerichtshof 14 december 1995 (*Vakuumpumpen-zaak*), *GRUR* 1996, p.210 (p.212: “*Zu den im Streitfall besonders zu berücksichtigenden Umständen gehören vor allem das von der Klägerin behauptete schrittweise und zielbewußte Anhängen an eine Vielzahl ihrer Produkte, die freie Wählbarkeit einer Fülle von Gestaltungselementen und die aufgrund der Ersparung kostspieliger, eigener Entwicklungsarbeit mögliche erhebliche Preisunterbietung in Verbindung mit den daraus erzielten Wettbewerbsvorteilen.*”); Bundesgerichtshof 8 november 2001 (*Noppenbahnen-zaak*), *GRUR* 2002, p. 275, rechtsoverweging 21 (“*Eine solche wettbewerbliche Eigenart setzt voraus, daß die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale des Erzeugnisses geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen.*”); H.-P. GÖTTING, “Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9)” in K.-H. FEZER, *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, München, Beck, 2005, Band 1, p.782 (Waar hij die ‘Behinderung von Mitbewerbern’ omschrijft als: “*...die systematische Nachahmung einer Vielzahl eigenartiger, überdurchschnittlicher Erzeugnisse eines Mitbewerbers durch ein planmäßiges und zielgerichtetes Anhängen an die fremde Leistung, obwohl andere Gestaltungselemente frei wählbar sind.*”); T. SAMBUC, “Die Eigenart der “wettbewerblichen Eigenart” - Bemerkungen zum Nachahmungsschutz von Arbeitsergebnissen durch § 1 UWG”, *GRUR* 1986, p. 130; Zie echter ook: Cass. 29 mei 2009, *NJW* 2010, p.151 (p.153: “*De verkoper die, zonder zelf een creatieve inspanning te leveren, rechtstreeks voordeel haalt uit belangrijke inspanningen of investeringen gewijd aan een creatie met economische waarde van een andere verkoper, begaat nog geen daad strijdig met de eerlijke handelsgebruiken. De rechter kan nochtans op grond van het behalen van een voordeel om een andere reden dan het louter nabootsen, oordelen dat dit handelen onrechtmatig is. Die andere redenen bestaan niet alleen uit de miskennis van intellectuele eigendomsrechten of verwarringstichtende reclame, maar kunnen elke vorm van onrechtmatig gedrag zijn.*”) Zie rond dit arrest bijvoorbeeld: Zie in die zin bijvoorbeeld: D. MERTENS, “Het Hof van Cassatie over ‘parasitaire mededinging’ en ‘aanhaking’. Scherpstelling of genadeschot?” noot bij Cass. 29 mei 2009, *R.W.* 2010-2011, p.1562-1566; G. STRAETMANS, “Over parasitaire concurrentie en namaak”, *DAOR* 2011, p. 286; R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p.77-78.

¹⁸³³ Vergelijk op punt bijvoorbeeld: A. KLEIN, “Die Zweitverwertung von Stellenanzeigen”, *GRUR* 2005, p. 382.

¹⁸³⁴ Vergelijk in dit verband: H. KÖHLER, “UWG § 4 Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen” in H. KÖHLER en J. BORNKAMM, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München, C.H. BECK, 2011, nr. 9.38 (“*Eine Nachahmung liegt dementsprechend ua dann nicht vor, (...) wenn ein Originalprodukt ohne Zustimmung des Herstellers vermarktet wird (...). Auch eine analoge Anwendung des § 4 Nr 9 kommt nicht in Betracht, gleichgültig, ob das Leistungsergebnis mit oder ohne Willen des Originalherstellers in den Verkehr gebracht wurde. Auf den allgemeinen Rechtsgedanken der Erschöpfung durch erstmaliges Inverkehrbringen kommt es insoweit nicht an (...).*”); Oberlandesgericht Frankfurt 13 februari 2007, *GRUR-RR* 2007, p. 104 en Oberlandesgericht Frankfurt 6 december 2000, *GRUR* 2002, p. 96.

¹⁸³⁵ Een ‘handelspraktijk’ omschrijft art. I.8., 23° WER (oud art. 2, 29° Wet Marktpraktijken) hierbij als volgt: “*iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een onderneming, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product.*”. Het begrip ‘onderneming’ binnen deze definitie is volgens art. I.1., 1° WER (oud

andere ondernemingen¹⁸³⁶. Indien deze voorwaarden niet vervuld zijn, biedt het recht inzake oneerlijke mededinging met andere woorden geen basis om zich te verzetten tegen zintuiglijk waarneembare handelingen die een afgifte inhouden van incorporaties van inspanningen van inspanningen van een andere persoon. Bijvoorbeeld indien personen incorporaties van inspanningen van een onderneming of een andere persoon, afgeven aan andere personen zonder dat dit kadert in het duurzaam nastreven van enig economisch doel, kan dit geen aanleiding geven tot een ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’.

3.3.2. De *sui generis* intellectuele rechten

Ook in het licht van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken stellen we vast dat, indien zij bescherming verlenen, het ook gebruikelijk is dat zij daarbij het volgende doen: een persoon een bepaalde exclusieve bevoegdheid verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die een afgifte inhouden van de feitelijke of juridische macht over een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie die binnen het ‘object’ valt. De concrete categorieën voorbehouden handelingen die daartoe het directe aanknopingspunt vormen binnen deze *sui generis* intellectuele rechten lopen uiteen. Binnen het chipsrecht gaat het hierbij met name om de categorie voorbehouden handelingen ‘commercieel exploiteren¹⁸³⁷’. In het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht gaat het telkens om de categorie voorbehouden handelingen ‘distribueren¹⁸³⁸’. In het kader van het databankenrecht *sui generis*, ten slotte, betreft het de categorie voorbehouden handelingen ‘hergebruik¹⁸³⁹’.

In wat volgt, analyseren we nu de bestaande, normatieve interpretaties rond de zonet aangehaalde categorieën voorbehouden handelingen waarrond geldt dat zij kunnen verwijzen naar zintuiglijk waarneembare handelingen die een afgifte inhouden van de feitelijke of juridische macht over een specifieke, materiële zintuiglijk waarneembare manifestatie. Daarbij gaan we met name opnieuw na welke aanwijzingen de interpretaties rond deze categorieën voorbehouden handelingen bieden op het volgende vlak: (A.) de inherente zintuiglijke waarneembare kenmerken die handelingen moeten vertonen om te kunnen kwalificeren als de betrokken categorieën voorbehouden handelingen en (B.) de contextgebonden factoren die bepalen of concrete handelingen met de daartoe vereiste inherente zintuiglijke waarneembare kenmerken ook daadwerkelijk onder de betrokken categorieën voorbehouden handelingen vallen¹⁸⁴⁰.

artikel 2, 1° Wet Marktpraktijken) te verstaan als: “*elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen*”.

¹⁸³⁶ Aangezien het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ een toepassing uitmaakt van art. VI.104. WER (oud art. 95 Wet Marktpraktijken) vereist dit ingrijpen ook steeds dat een ‘handelspraktijk’ voorligt, die twee voorwaarden vervult: 1.) de handelspraktijk is strijdig met de eerlijke marktpraktijken – in dit geval dus omdat ze kwalificeert als ‘parasitaire mededinging’ – én 2.) de handelspraktijk moet de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaden of kunnen schaden. Voor een uitgebreide bespreking van deze voorwaarden, zie bijvoorbeeld: J. LIGOT, F. VANBOSSELE, O. BATTARD en A. TALLON (editor), *Les pratiques loyales*, Brussel, Larcier, 2012, p. 40 e.v.; Zie ook: Luik 10 juni 2011, *I.R.D.I.* 2012, p. 83 (“*Enfin, les intérêts professionnels de l’appelante ne sont pas atteints alors même que la preuve de l’existence d’un dommage n’est pas requise.*”).

¹⁸³⁷ Zie: art. 4.2. Richtlijn Informatiemaatschappij en art. XI.165., § 1, lid 6 WER (oud art. 1, § 1, lid 6 Auteurswet).

¹⁸³⁸ Zie: art. 4.1., c) Richtlijn Computerprogramma’s; art. XI.298., c) WER (oud art. 5, c) Wet Computerprogramma’s); art. 5, c) Richtlijn Databanken en art. XI.165., § 1, lid 5 WER (oud art. 1, § 1, lid 5 Auteurswet).

¹⁸³⁹ Zie: art. 7.2., b) Richtlijn Databanken (“*In dit hoofdstuk wordt: ...b) onder "hergebruik" verstaan, elke vorm van het aan het publiek ter beschikking stellen van de inhoud van een databank of een substantieel deel ervan, door verspreiding van kopieën, verhuur, on line transmissie of in een andere vorm.*”) en art. I.17., 4° WER (oud art. 2, 3° Wet Databanken).

¹⁸⁴⁰ Voor dit onderscheid inspireren we ons zoals aangegeven op MOM die in het kader van zijn bespreking van het begrip ‘openbaarmaking’ in de Nederlandse auteurswet, een onderscheid maakt tussen de “*natuurlijke betekenis*” van dit begrip en de “*auteursrechtelijke relevantie van bepaalde vormen van gebruik van beschermde werken in een besloten kring*” in het licht van dit begrip. Zie: G. MOM, “Uitvoering in (strikt) besloten kring”, *ami* 2010, p. 81.

A. Soort handelingen

Rond de categorieën voorbehouden handelingen binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken waarrond geldt dat zij kunnen verwijzen naar zintuiglijk waarneembare handelingen die een afgifte inhouden van de feitelijke of juridische macht over een specifieke, materiële zintuiglijk waarneembare manifestatie, is een eerste vraag telkens de volgende: welke inherente zintuiglijke waarneembare kenmerken handelingen precies moeten vertonen om te kunnen kwalificeren als de betrokken categorieën voorbehouden handelingen. In wat volgt, geven we aan welke principes in dit verband aangenomen worden binnen (A.1.1.) het chipsrecht, (A.1.2.) het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht en (A.1.3.), ten slotte, het databanken *sui generis* recht. Daarna (A.1.4.) bespreken we ook hoe deze principes toepassing vinden in de context van computersystemen en netwerken van verbonden computersystemen.

A.1.1. Chipsrecht

Binnen het chipsrecht menen we zoals aangegeven rekening te moeten houden met 'commercieel exploiteren' als aanknopingspunt om de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid te verlenen over bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen die een afgifte inhouden van de feitelijke of juridische macht over een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie die binnen het 'object' valt. De regelgeving rond het chipsrecht geeft immers uitdrukkelijk aan dat het bij de categorie voorbehouden handelingen 'commercieel exploiteren' van een topografie of van een door gebruikmaking van die topografie voortgebracht halfgeleiderproduct gaat om "*de verkoop, verhuur, leasing of het op andere wijze commercieel in het verkeer brengen, dan wel het aanbieden voor deze doeleinden*"¹⁸⁴¹. De rechtsleer geeft daarbij ook in de regel aan dat de categorie voorbehouden handelingen 'commercieel exploiteren' erg ruim op te vatten is¹⁸⁴². In de rechtsleer is het echter wel gebruikelijk om aan te geven dat de categorie voorbehouden handelingen 'commercieel exploiteren' zich niet uitstrekt tot het louter verkrijgen, bezitten en gebruiken, zelfs indien dit voor handelsdoeleinden gebeurt¹⁸⁴³.

Ook rond de categorie voorbehouden handelingen 'commercieel exploiteren' moeten we niettemin vaststellen dat we uiteindelijk echter, over weinig precieze aanwijzingen beschikken rond de concrete inherente kenmerken die zintuiglijk waarneembare handelingen moeten vertonen om te kunnen kwalificeren als een dergelijk 'commercieel exploiteren'. Ten eerste menen we over weinig aanwijzing te beschikken rond de vraag of het chipsrecht zich voor het aanvaarden van een 'commercieel exploiteren' richt naar een afgifte louter van feitelijke macht dan wel naar een afgifte van juridische macht en in welke mate de eventuele formele kwalificatie van de overeenkomst die de betrokken afgifte regelt hierbij dan eventueel een rol speelt. Daarnaast is het, volgens ons, ook niet geheel duidelijk

¹⁸⁴¹ Zie: art. 1.1., c) en 5.1., b.) Richtlijn Chips en art. XI.319. WER (oud art. 1 Chipswet).

¹⁸⁴² Zie in die zin bijvoorbeeld: H. VANHEES, "Het Belgische sui generis beschermingsregime voor chips: een nieuw industrieel eigendomsrecht", *R.W.* 1989-1990, p. 1278 (onder verwijzing naar de Memorie van Toelichting bij de Chipswet, 6-7) Vergelijk ook: art. 1, e.) Nederlandse Chipswet (Wet van 28 oktober 1987, houdende regelen inzake de bescherming van oorspronkelijke topografieën van halfgeleiderprodukten", *Stb.* 1987, 485) dat zonder meer spreekt van 'exploiteren' zonder de specificatie 'commercieel' maar dit wel definieert als "*het verkopen, verhuren of het op andere wijze in het verkeer brengen van exemplaren van de topografie of van het halfgeleiderprodukt waarin de topografie is vevat, dan wel het aanbieden voor een van deze doeleinden.*"; MEIBOOM stelt in dit verband: "*M. E. ging der Gesetzgeber zu Recht davon aus, daß eine Beschränkung auf die kommerzielle Verwertung eine Aushöhlung des ausschließlichen Rechts der Inhaber mit sich bringt. Ansonsten würden sich im Streitfalle unlösbare Auseinandersetzungen über den kommerziellen Charakter der Verwertung ergeben.*" A. MEIJBOOM, "Das niederländische Gesetz über den Schutz von Halbleitertopographien", *GRURInt* 1988, p. 927.

¹⁸⁴³ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. VON FALCK en M. APETZ, "Topographienschutz" in W. KILIAN en B. HEUSSEN, *Computerrechtshandbuch. Informationstechnologie in Rechts- und Wirtschaftspraxis*, München, C.H. Beck, 2012, Nr. 10 (Waar zij rond Verwertung in de Duitse Chipswet stellen: "*Mit Verwertung ist nur der Verkauf, die Vermietung, das Leasing und jede Form des Vertriebs und der Verbreitung und ein Angebot zu diesen Zwecken gemeint. Jeder Dritte darf die geschützte Topographie selbst zu geschäftlichen Zwecken ohne Zustimmung des Schutzrechtsinhabers erwerben, besitzen, gebrauchen und auch zu eigenen Zwecken geschäftlich nutzen.*"); en A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 118.

of de categorie voorbehouden handelingen ‘commercieel exploiteren’ vraagt dat zintuiglijk waarneembare handelingen betrekking hebben op een ‘materieel’ resultaat dan wel of deze categorie handelingen zich niet gebonden acht door een dichotomie tussen handelingen rond een materiële vastlegging en handelingen rond een niet-materiële vastlegging. We stellen vast dat het binnen de rechtsleer alvast niet gebruikelijk is om de categorie voorbehouden handelingen ‘commercieel exploiteren’ te situeren binnen een dergelijke dichotomie. Wel is het zo dat, waar de Amerikaanse Chipswet enkel een exclusieve bevoegdheid introduceerde rond het distribueren of importeren van “*a semiconductor chip product in which the mask work is embodied*¹⁸⁴⁴”, de Richtlijn Chips er voor opteerde om een exclusieve bevoegdheid te verlenen over het commercieel exploiteren van een topografie of van een door gebruikmaking van die topografie voortgebracht halfgeleiderproduct¹⁸⁴⁵.

A.1.2. Computerprogramma-auteursrecht en Databanken-auteursrecht

In het kader van het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht nemen we zoals aangegeven aan dat het de categorie voorbehouden handelingen ‘distribueren’ is die het aanknopingspunt voor een exclusieve bevoegdheid van de rechthebbende over bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen die een afgifte inhouden van de feitelijke of juridische macht over een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie die binnen het ‘object’ valt. De Richtlijn Computerprogramma’s verleent de rechthebbende in dit verband immers een exclusieve bevoegdheid over: “*elke vorm van distributie, met inbegrip van het verhuren, van een oorspronkelijk computerprogramma of kopieën daarvan onder het publiek*¹⁸⁴⁶”. De Nederlandse versie van de Richtlijn Databanken kent de rechthebbende in dit verband een exclusieve bevoegdheid toe over “*iedere vorm van openbare verspreiding van de databank of van kopieën daarvan*¹⁸⁴⁷.” In de Engelse en Franse versie van de Richtlijn Databanken bijvoorbeeld is daarbij echter telkens sprake van ‘distribueren’ en meer bepaald van, respectievelijk, “*any form of distribution to the public of the database or of copies thereof*¹⁸⁴⁸” en “*toute forme de distribution au public de la base ou de ses copies*¹⁸⁴⁹”. Uit de ruime bewoordingen waarmee de Richtlijn Computerprogramma’s en de Richtlijn Databanken de categorie voorbehouden handelingen ‘distribueren’ omschrijven, blijkt dan meteen dat de notie ‘distribueren’ zich binnen deze intellectuele rechten kan uitstrekken tot: zowel, zintuiglijk waarneembare handelingen die inhouden dat een persoon zijn eigendomsrecht overdraagt aan een andere persoon over een specifieke zintuiglijk waarneembare manifestatie, als, zintuiglijk waarneembare handelingen die inhouden dat een persoon enkel voor een beperkte tijd het gebruik ter beschikking stelt van een specifieke zintuiglijk waarneembare manifestatie, aan een andere persoon¹⁸⁵⁰.

De inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken die een handeling moet vertonen om te kunnen kwalificeren als een ‘distribueren’ binnen het computerprogramma-auteursrecht of het databanken-auteursrecht zijn daarbij naar onze mening, als volgt te bepalen: het moet gaan om een zintuiglijk waarneembare handeling die inhoudt dat

¹⁸⁴⁴ Zie: § 905, 2.)·United States Code.

¹⁸⁴⁵ Zie in dit verband ook: T. DREIER, “Development of the Protection of Semiconductor Integrated Circuits”, *IIC* 1988, p. 459-460.

¹⁸⁴⁶ Art. 4.1., c) Richtlijn Computerprogramma’s.

¹⁸⁴⁷ Art. 5, c) Richtlijn Databanken.

¹⁸⁴⁸ Art. 5, c) Richtlijn Databanken (Engelse versie).

¹⁸⁴⁹ Art. 5, c) Richtlijn Databanken (Franse versie).

¹⁸⁵⁰ Zie in dit verband: Richtlijn Computerprogramma’s, overweging 12 (“*Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder "verhuur" verstaan het voor een beperkte tijdsduur en met winstoogmerk voor gebruik beschikbaar stellen van een computerprogramma of kopieën daarvan. Deze term omvat niet openbare uitlening, die derhalve buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn valt.*”) Richtlijn Databanken, overweging 24 (“*Overwegende dat ter zake van auteursrecht en naburige rechten de verhuur en uitlening van databanken uitsluitend geregeld zijn bij Richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom;*”); art. 4 Richtlijn Verhuurrecht (2006) (“*Deze richtlijn laat artikel 4, onder c), van Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's onverlet.*”); Zie in dit verband ook: M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 97 en B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 59.

een persoon zijn feitelijke of juridische macht over een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie afgeeft aan een andere persoon. Hierbij is op te merken dat we er ons dus van onthouden om de bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie waarop een zintuiglijk waarneembare handeling betrekking moet hebben om te kunnen kwalificeren als een ‘distribueren’ te preciseren als een ‘materiële’ zintuiglijk waarneembare manifestatie.

Specifiek in het kader van het computerprogramma-auteursrecht heeft het Europees Hof van Justitie immers reeds uitdrukkelijk geoordeeld dat het in het kader van de uitputtingsleer die, binnen dit intellectuele recht, als inherente limiet fungeert van de door de categorie voorbehouden handelingen ‘distribueren’ verleende exclusieve bevoegdheid, geen onderscheid te maken is tussen ‘materiële’ en ‘niet-materiële’ belichamingen van een computerprogramma¹⁸⁵¹. In zoverre de uitputtingsleer toepassing kan vinden op zowel ‘materiële’ als ‘niet-materiële’ incorporaties van een computerprogramma en de uitputtingsleer binnen het computerprogramma-auteursrecht als inherente limiet fungeert van de categorie voorbehouden handelingen ‘distribueren’¹⁸⁵², impliceert dit volgens ons dan het volgende: dat zintuiglijk waarneembare handelingen die betrekking hebben op zowel ‘materiële’ als ‘niet-materiële’ incorporaties van een computerprogramma kunnen kwalificeren als een ‘distribueren’. Logisch gezien valt het immers moeilijk te verdedigen dat het toepassingsgebied van de uitputtingsleer als inherente limiet van het distributierecht breder zou zijn dan het toepassingsgebied van het distributierecht.

Rond de categorie voorbehouden handelingen ‘distribueren’ in het databanken-auteursrecht hebben verschillende auteurs reeds gesteld dat aan te nemen is dat de Richtlijn Databanken er bewust voor geopteerd heeft om de vraag open te laten of een kwalificatie als ‘distribueren’ binnen dit intellectuele recht, vereist dat een zintuiglijk waarneembare handelingen betrekking heeft op een materiële dan wel op een niet-materiële vastlegging van kenmerken¹⁸⁵³. Hierbij is volgens ons ook op te merken dat, waar de overwegingen bij de Richtlijn Databanken uitdrukkelijk stellen dat “*on line databanken onder het begrip dienstverrichting vallen*”¹⁸⁵⁴, dit te verstaan is als een verwijzing naar de volgende situatie: het geval waarbij een persoon een databank gebruikt om, via het internet, te antwoorden op een zoekopdracht die hij ontving van een gebruiker, zonder dat hij deze gebruiker in het betrokken antwoord ook intellectueelrechtelijk, ‘object’-relevante onderdelen toestuurt van de gebruikte databank¹⁸⁵⁵.

¹⁸⁵¹ Zie: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*) r.o. 50-52 in combinatie met r.o. 55 (“*Dienaangaande moet allereerst worden vastgesteld dat uit artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 niet volgt dat de in deze bepaling bedoelde uitputting van het distributierecht voor kopieën van computerprogramma’s zich enkel uitstrekt tot kopieën van computerprogramma’s op een fysieke drager zoals een cd-rom of een dvd. Veeleer moet ervan worden uitgegaan dat die bepaling, die zonder nadere precisering verwijst naar de „verkoop van een computerprogramma”, geen onderscheid maakt op basis van de materiële of immateriële vorm van de betrokken kopie.*”).

¹⁸⁵² Zie: 4.2. Richtlijn Computerprogramma’s en art. XI.298., c) WER (oud art. 5, c) Wet Computerprogramma’s).

¹⁸⁵³ Zie uitdrukkelijk in die zin, bijvoorbeeld: M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 97 (“*Die Frage, ob sich das Verbreitungsrecht auf die öffentliche Verbreitung in körperlicher Form beschränkt oder ob auch eine öffentliche Verbreitung von Vervielfältigungsstücken in unkörperlicher Form in Betracht kommt, wurde von der Richtlinie bewußt offengelassen.*”) en J. GASTER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken. Kommentar zur Richtlinie 96/6/EG mit Erläuterungen zur Umsetzung in das deutsche und österreichische Recht*, Keulen, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1999, p.87 (Onder verwijzing naar Richtlijn Databanken, overweging 31).

¹⁸⁵⁴ Richtlijn Databanken, overweging 33.

¹⁸⁵⁵ Vergelijk voor een soortgelijke redenering in het licht van overweging 29 van de Richtlijn Informatiemaatschappij (“*Het vraagstuk van de uitputting rijst niet in het geval van diensten en in het bijzonder on-linediensten. Dit geldt eveneens voor een materiële kopie van een werk of een andere zaak, die door een gebruiker van een dergelijke dienst met de toestemming van de rechthebbende wordt vervaardigd.*”), zie bijvoorbeeld: J. REINBOTHE, “*Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft*”, *GRURInt* 2001, p. 736 -737 (“*Fraglich ist allerdings, ob das Verbreitungsrecht an solchen Vervielfältigungsstücken, die mit Zustimmung des Rechtsinhabers durch den Nutzer eines Online-Dienstes hergestellt wurden, fortbesteht oder ob es sich erschöpft hat. Es wäre naheliegend anzunehmen, daß es sich erschöpft hat, da das Vervielfältigungsstück zwar aufgrund einer Dienstleistung zustande kam, es aber weder als solches, noch der Akt seiner Weiterverbreitung (außer Vermieten oder Verleihen) eine Dienstleistung ist.*”).

Ten slotte, menen we dat ook niet geheel duidelijk is of het computerprogramma-auteurs en het databanken-auteursrecht zich voor het aanvaarden van een ‘distribueren’ richten naar een afgifte louter van feitelijke macht dan wel naar een afgifte van juridische macht en in welke mate de eventuele formele kwalificatie van de overeenkomst die de betrokken afgifte regelt hierbij dan eventueel een rol speelt. In het kader van het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht stellen we vast dat de rechtsleer op dit punt minder duidelijk stelling inneemt als verhoudingsgewijs het geval is binnen het auteursrecht¹⁸⁵⁶. Zoals aangehaald en zo meteen uitgebreider aan bod komt, heeft het Europees Hof van Justitie in het kader van de Richtlijn Computerprogramma’s wel reeds laten blijken dat het onder omstandigheden bereid is om een licentieovereenkomst te herkwalificeren tot een eigendomsoverdracht met het oog op het traceren van een ‘distribueren’ dat aanleiding kan geven tot de toepassing van de uitputtingsleer¹⁸⁵⁷. Deze herkwalificatie was daarbij in de betrokken zaak belangrijk omdat de Richtlijn Computerprogramma’s uitdrukkelijk stelt dat uitputting van het distributierecht intreedt bij de eerste ‘verkoop’ van een kopie van een computerprogramma door de rechthebbende of met diens toestemming. Hieruit valt, volgens ons, echter nog niet af te leiden dat een zintuiglijk waarneembare handeling ook een eigendomsoverdracht moet inhouden om te kunnen kwalificeren als een ‘distribueren’ binnen het computerprogramma-auteursrecht en al evenmin of een zintuiglijk waarneembare handeling voor deze kwalificatie een afgifte vereist louter van feitelijke macht dan wel van juridische macht. Logisch gezien moet de uitputtingsleer als inherente limiet van het distributierecht immers niet dwingend toepassing vinden op het ganse distributierecht¹⁸⁵⁸.

A.1.3. Databankenrecht *sui generis*

Binnen het databankenrecht *sui generis* is het volgens ons de categorie voorbehouden handelingen ‘hergebruiken’ die het aanknopingspunt voor een exclusieve bevoegdheid van de rechthebbende over bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen die een afgifte inhouden van de feitelijke of juridische macht over een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie die binnen het ‘object’ valt. Het databankenrecht *sui generis* omschrijft ‘hergebruiken’ immers uitdrukkelijk als “*elke vorm van het aan het publiek ter beschikking stellen van de inhoud van een databank of een substantieel deel ervan, door verspreiding van kopieën, verhuur, on line transmissie of in een andere vorm.*”¹⁸⁵⁹ Rond ‘openbare uitlening’ stelt het databankenrecht *sui generis* expliciet dat dit niet als ‘hergebruik’ beschouwd wordt¹⁸⁶⁰. Uit de zonet aangehaalde omschrijving van ‘hergebruiken’ blijkt dan echter, zoals aangegeven, meteen dat deze categorie voorbehouden handelingen zich, zowel kan uitstrekken tot zintuiglijk waarneembare handelingen die een zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ weergeven aan een publiek, als tot zintuiglijk waarneembare handelingen die een zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ doen circuleren onder het publiek. In die zin kunnen we, zoals gezegd, stellen dat de categorie voorbehouden handelingen ‘hergebruik’ samengesteld is uit zowel ‘hergebruik (publiek weergeven)’ als ‘hergebruik (doen circuleren)’. Waar we eerder reeds ingingen op het ‘hergebruik (publiek weergeven)’ als aanknopingspunt voor een exclusieve bevoegdheid over bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen die een weergeven aan een publiek inhouden, staat in dit onderdeel nu met name het ‘hergebruik (doen circuleren)’ centraal als aanknopingspunt voor een exclusieve bevoegdheid over bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen die

¹⁸⁵⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. DREIER, “UrhG § 69 c Zustimmungsbefürftige Handlungen” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 19 (“*Der Begriff der Verbreitung ist angesichts des Gesetzeswortlauts („jede Form“) weit auszulegen (...). Eine Abweichung zu § 17 Abs. 1 ist nicht beabsichtigt (amtl. Begr., BT-Drucks. 12/4022, S. 11). Auf die dortigen Ausführungen kann daher verwiesen werden (...).*”) en M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 97 e.v..

¹⁸⁵⁷ Zie in dit verband: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*) r.o. 50-52 in combinatie met r.o. 40-46.

¹⁸⁵⁸ Vergelijk op dit punt voor een soortgelijke redenering in het kader van het distributierecht binnen het auteursrecht: D. HEERMA, “§ 17 Verbreitungsrecht” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiscommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 11 (“*Es ist offensichtlich, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber das Verbreitungsrecht weiter fassen wollte als die Voraussetzungen der Erschöpfung.*”).

¹⁸⁵⁹ Art. 2, 3° Databankenwet; art.7.2, b) Richtlijn Databanken.

¹⁸⁶⁰ Art. 2, 3° Databankenwet; art.7.2, b) Richtlijn Databanken.

een afgifte inhouden van de feitelijke of juridische macht over een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie die binnen het ‘object’ valt.

Rond de categorie voorbehouden handelingen ‘hergebruiken’ moeten we dan echter niettemin vaststellen dat we uiteindelijk opnieuw over weinig precieze aanwijzingen beschikken rond de concrete inherente kenmerken die zintuiglijk waarneembare handelingen moeten vertonen om te kunnen kwalificeren als een ‘hergebruiken (doen circuleren)’. Ook in deze context is, volgens ons, aan te nemen dat ‘hergebruiken (doen circuleren)’ ruim te verstaan is en met name in de zin dat dit verwijst naar “*iedere handeling die bestaat in het zich toe-eigenen respectievelijk het ter beschikking stellen van het publiek, zonder toestemming van de samensteller van de databank, van de resultaten van diens investering, waardoor deze laatste inkomsten waarmee hij wordt geacht de kosten van deze investering te kunnen dekken, worden ontnomen*¹⁸⁶¹.” Hoe deze ruime interpretatie zich dan precies vertaalt naar concrete inherente kenmerken van de door ‘hergebruiken (doen circuleren)’ aangeduide zintuiglijk waarneembare handelingen roept echter vragen op. Ten eerste menen we opnieuw over weinig aanwijzing te beschikken rond de vraag of het databankenrecht *sui generis* zich voor het traceren van een ‘hergebruiken (doen circuleren)’ richt naar een afgifte louter van feitelijke macht dan wel naar een afgifte van juridische macht en in welke mate de eventuele formele kwalificatie van de overeenkomst die de betrokken afgifte regelt hierbij dan eventueel een rol speelt. Ten tweede is het, volgens ons, opnieuw niet geheel duidelijk of de categorie voorbehouden handelingen ‘hergebruiken (doen circuleren)’ vraagt dat zintuiglijk waarneembare handelingen betrekking hebben op een ‘materieel’ resultaat dan wel of deze categorie handelingen zich niet gebonden acht door een dichotomie tussen handelingen rond een materiële vastlegging en handelingen rond een niet-materiële vastlegging. Het is niet ongebruikelijk om te suggereren of aan te geven dat ‘hergebruiken (doen circuleren)’ enkel zou slaan op een afgifte van een ‘materieel’ zintuiglijk waarneembare manifestatie¹⁸⁶². Zoals aangegeven, is volgens ons, bij nader inzicht, echter aan te nemen dat de categorieën ‘opvragen’ en ‘hergebruiken’ binnen het databankenrecht *sui generis*, zich niet laten beperken door een dichotomie tussen handelingen met een materieel resultaat, enerzijds, en handelingen met een niet-materieel resultaat, anderzijds¹⁸⁶³.

A.1.4. Discussiepunten

Ook hier stellen we uit het voorgaande dus vast dat er discussie en onzekerheid bestaat rond de precieze afbakening van de inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken die handelingen moeten vertonen om, binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, te kunnen kwalificeren als, ditmaal, de categorieën voorbehouden handelingen die binnen deze intellectuele rechten als aanknopingspunten gelden voor het volgende: het verlenen van een exclusieve bevoegdheid over bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen die een afgifte inhouden van de feitelijke of juridische macht over een bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie die binnen het ‘object’ valt. Ook hier menen wij dat het dan met name opnieuw belangrijk is om de nadruk te leggen op twee punten van discussie en onzekerheid die in dit verband steeds terugkomen doorheen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken.

¹⁸⁶¹ Zie: H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (*BHB t. William Hill*), r.o. 51; Zie in die zin bijvoorbeeld ook: H.v.J 5 maart 2009, C-545/07 (*Apis-Hristovich t. Lakorda*), r.o. 40.

¹⁸⁶² Vergelijk op dit punt, zoals aangegeven, de rechtsleer die de analogie maken met het auteursrecht in de zin dat de notie ‘opvraging’ binnen het databanken-auteursrecht analoog zou zijn aan het begrip ‘reproductie’ in het kader van het algemene auteursrecht en de notie ‘hergebruiken’ in het kader van het databanken-auteursrecht zou te vergelijken zijn met een combinatie van ‘publieke mededeling’ en ‘distribueren’ in de zin van het algemene auteursrecht: M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 185.

¹⁸⁶³ Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld: J. GASTER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken. Kommentar zur Richtlinie 96/6/EG mit Erläuterungen zur Umsetzung in das deutsche und österreichische Recht*, Keulen, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1999, p. 130 (“*Das Weiterverwendungsrecht geht über herkömmliche Rechte der Verbreitung (in körperlicher Form) oder öffentlichen Wiedergabe (drahtgebunden oder drahtlos) weit hinaus, indem ‘jede Form öffentlicher Verfügbarmachung’ und jede Form der ‘Übermittlung’ tatbestandlich erfaßt werden.*”).

Een eerste belangrijk punt van onzekerheid in de context van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken is, volgens ons, dan met name de vraag in welke mate een zintuiglijk waarneembare handeling, om te kunnen kwalificeren als een 'commercieel exploiteren', 'distribueren' of 'hergebruik (doen circuleren)' in de zin van deze *sui generis* intellectuele rechten, een afgifte moet inhouden van de feitelijke macht dan wel van de juridische macht over een zintuiglijk waarneembare binnen het 'object' en welke belang hierbij dan te hechten is aan de formele kwalificatie van de overeenkomst die de betrokken afgifte regelt.

Een tweede steeds weerkerend punt van discussie in dit verband is volgens ons dan, opnieuw, of het wel aangewezen is om, in het bijzonder ten aanzien van handelingen die zich voltrekken binnen netwerken van computersystemen, steeds strikt het volgende te vereisen opdat zintuiglijk waarneembare handelingen zouden kunnen kwalificeren als een 'commercieel exploiteren', 'distribueren' of 'hergebruik (doen circuleren)' in de zin van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken: dat deze zintuiglijk waarneembare handelingen een afgifte inhouden van precies de bestaande, 'materiële' zintuiglijk waarneembare manifestatie. De achtergrond van deze discussie is daarbij opnieuw dat binnen netwerken van computersystemen het overbrengen van een digitaal bestand van het ene computersysteem naar het andere computersysteem, zoals aangegeven, steeds gebeurt via de 'transmissie door duplicatie'-techniek. Het concrete punt van discussie is ook hier met name of het gegeven dat de afgifte van een digitaal bestand via een netwerk van computersystemen steeds gebeurt door het overbrengen van een 'niet-materiële' elektrische stroom die er voor zorgt dat het betrokken bestand binnen het versturende computersysteem gedupliceerd wordt binnen het ontvangende computersysteem, een onoverkomelijke hinderpaal vormt opdat een afgifte langs deze weg ooit zou kunnen kwalificeren als de categorieën voorbehouden handelingen die binnen de betrokken intellectuele rechten als aanknopingspunt gelden om een controle te verlenen over het afgeven van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object'.

Enerzijds is er in dit verband dan opnieuw de opvatting dat een transmissie-door-duplicatie tussen computersystemen, te analyseren is vanuit bovenvermelde 'atomistische benadering' en bijgevolg onmogelijk kan kwalificeren als een 'commercieel exploiteren', 'distribueren' of 'hergebruik (doen circuleren)' in het licht van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken. Deze 'atomistische benadering' vraagt zoals aangegeven om elke duplicatie te traceren die technische gezien betrokken is bij de uitvoering van een handeling en de 'materiële' dan wel 'niet-materiële' aard van deze duplicatie te laten beslissen over de categorie voorbehouden handelingen waaronder de uitvoering van de handeling rond deze duplicatie eventueel kan kwalificeren. Volgens deze benadering is, in essentie, aan te nemen dat de intellectueelrechtelijke relevantie van een transmissie-door-duplicatie tussen computersystemen, in het licht van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis*, steeds te beoordelen is: 1.) wat de 'niet-materiële' stroom betreft die van het versturende computersysteem naar het ontvangende computersysteem gaat, in het licht van de categorieën voorbehouden handelingen die het aanknopingspunt vormen voor een exclusieve bevoegdheid over een niet-materieel weergeven aan een publiek en 2.) wat de 'materiële' duplicatie betreft die ontstaat in het ontvangende computersysteem, in het licht van de categorieën voorbehouden handelingen die het aanknopingspunt vormen voor een exclusieve bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare handelingen met een materieel resultaat. Een afgifte van een digitaal bestand via de 'transmissie door duplicatie'-techniek kan volgens deze benadering dus echter niet kwalificeren als een 'commercieel exploiteren', 'distribueren' of 'hergebruik (doen circuleren)' in het licht van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, opnieuw, omdat het bij deze 'transmissie door duplicatie' niet die unieke, bestaande 'materiële' zintuiglijk waarneembare manifestatie is die het uitgangspunt vormt van de 'transmissie door duplicatie' die ook daadwerkelijk afgegeven wordt. Het is integendeel een duplicatie, een bijkomende zintuiglijk waarneembare manifestatie, die afgegeven wordt als resultaat van een niet-materiële overbrenging.

Anderzijds, is er ook hier echter opnieuw de opvatting dat een transmissie-door-duplicatie tussen computersystemen te analyseren is vanuit de hierboven besproken holistische benadering' en onder omstandigheden dus wel kan kwalificeren als een als een 'commercieel exploiteren', 'distribueren' of 'hergebruik (doen circuleren)' in het licht van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken. Deze 'holistische benadering' vraagt zoals aangegeven om vooral aandacht te hebben voor het resultaat dat een handeling na zijn voltooiing teweegbrengt, bekeken in termen van een bepaalde geschiktheid om genot te verschaffen dat te danken is aan het bescherming motiverende 'resultaat van inspanningen'. Binnen deze

benadering is de intellectueelrechtelijke relevantie van een transmissie-door-duplicatie tussen computersystemen, in het licht van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis*, dan wel degelijk te beoordelen in het licht van de categorieën voorbehouden handelingen ‘commercieel exploiteren’, ‘distribueren’ of ‘hergebruik (doen circuleren)’ indien het eindresultaat van deze transmissie-door-duplicatie het volgende is: binnen het ontvangende computersysteem bevindt zich een ‘materiële’ versie van het digitale bestand dat zich oorspronkelijk ook in het versturende computersysteem bevond maar daar echter gewist werd nadat het als uitgangspunt gediend had voor de transmissie-door-duplicatie naar dit ontvangende computersysteem. Voor de kwalificatie van het digitale bestand binnen het ontvangende computersysteem als ‘materieel’ acht deze ‘holistische benadering’ het zoals aangegeven vooral belangrijk dat het ook mogelijk is om dit bestand te gebruiken onafhankelijk van het voortduren van de handeling die aan de basis ligt van de transmissie-door-duplicatie.

Specifiek in het kader van het computerprogramma-auteursrecht heeft het Hof van Justitie, volgens ons, aangegeven dat de vraag of een ‘transmissie-door-duplicatie’ kan kwalificeren als een ‘distribueren’ eerder te beantwoorden is vanuit de zonet vermelde holistische benadering. Ten eerste heeft het Hof, zoals gezegd, immers reeds uitdrukkelijk geoordeeld dat het in het kader van de uitputtingsleer die, binnen dit intellectuele recht, als inherente limiet fungeert van de door de categorie voorbehouden handelingen ‘distribueren’ verleende exclusieve bevoegdheid, geen onderscheid te maken is tussen ‘materiële’ en ‘niet-materiële’ belichamingen van een computerprogramma¹⁸⁶⁴. Logisch gezien, moet dit oordeel volgens ons, zoals gezegd, dan ook tot de volgende conclusie leiden: dat zintuiglijk waarneembare handelingen die betrekking hebben op zowel ‘materiële’ als ‘niet-materiële’ incorporaties van een computerprogramma kunnen kwalificeren als een ‘distribueren’. Ten tweede heeft het Hof ook aangegeven dat het feit dat bij een ‘transmissie-door-duplicatie’ de concrete zintuiglijk waarneembare manifestatie van het computerprogramma in het versturende computersysteem gedupliceerd wordt in het ontvangende computersysteem, geen aanleiding geeft tot een intellectueelrechtelijk relevant ‘reproducen’ indien de zintuiglijk waarneembare manifestatie van het computerprogramma in het versturende computersysteem onbruikbaar gemaakt wordt¹⁸⁶⁵. In het licht van de nadruk die het Hof daarbij legt op het *lex specialis* karakter van de regelgeving rond het computerprogramma-auteursrecht is daarbij echter niet met zekerheid te zeggen of dit ook inhoudt dat een dergelijke holistische benadering op dit punt ook te hanteren is in het kader van het chipsrecht, het databanken-auteursrecht, het databankenrecht *sui generis* of eventueel zelfs het auteursrecht¹⁸⁶⁶.

¹⁸⁶⁴ Zie: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*) r.o. 50-52 in combinatie met r.o. 55 (“Dienaangaande moet allereerst worden vastgesteld dat uit artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 niet volgt dat de in deze bepaling bedoelde uitputting van het distributierecht voor kopieën van computerprogramma’s zich enkel uitstrekt tot kopieën van computerprogramma’s op een fysieke drager zoals een cd-rom of een dvd. Veeleer moet ervan worden uitgegaan dat die bepaling, die zonder nadere precisering verwijst naar de „verkoop van een computerprogramma”, geen onderscheid maakt op basis van de materiële of immateriële vorm van de betrokken kopie.”).

¹⁸⁶⁵ Zie in dit verband: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*) r.o. 78 (“Zoals uit punt 70 van het onderhavige arrest blijkt moet de eerste verkrijger van een materiële of immateriële kopie van een computerprogramma waarvoor het distributierecht van de houder van het auteursrecht op grond van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 is uitgeput, de op zijn computer gedownloade kopie wanneer hij deze doorverkoopt onbruikbaar maken om het in artikel 4, lid 1, sub a, van richtlijn 2009/24 bedoelde exclusieve recht van die houder om zijn computerprogramma te reproducen niet te schenden.”).

¹⁸⁶⁶ Zie in dit verband: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*) r.o. 56 en r.o. 60 (“Uiteraard moeten de in de richtlijnen 2001/29 en 2009/24 gebruikte begrippen in beginsel dezelfde betekenis hebben (...). Zo uit artikel 4, lid 2, van richtlijn 2001/29, uitgelegd in het licht van de punten 28 en 29 van de considerans van deze richtlijn en het Auteursrechtverdrag, waaraan richtlijn 2001/29 uitvoering moet geven (...), echter al mocht volgen dat voor de onder die richtlijn vallende werken de uitputting van het distributierecht enkel geldt voor tastbare zaken, zou die omstandigheid, nu de wetgever van de Unie in de concrete context van richtlijn 2009/24 een andere wil tot uitdrukking heeft gebracht, de uitlegging van artikel 4, lid 2, van deze laatste richtlijn niet beïnvloeden.”).

B. Intellectueelrechtelijke relevantie

Vervolgens bespreken we nu welke contextgebonden factoren bepalen of zintuiglijk waarneembare handelingen met de daartoe vereiste inherente kenmerken, binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, ook daadwerkelijk voorbehouden zullen zijn onder de categorieën voorbehouden handelingen waarrond, zoals aangegeven, het volgende geldt: dat ze het aanknopingspunt kunnen zijn om de rechthebbende een bepaalde bevoegdheid te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die een afgifte inhouden van de feitelijke of juridische macht over een specifieke, bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object'. Deze contextgebonden factoren die uiteindelijk bepalen of concrete zintuiglijk waarneembare handelingen met de daartoe vereiste inherente kenmerken, ook daadwerkelijk intellectueelrechtelijk relevant zijn onder de betrokken categorieën voorbehouden handelingen, laten zich daarbij volgens ons dan met name opnieuw traceren in het licht van de 'limieten' en 'uitzonderingen' die gelden rond deze categorieën voorbehouden handelingen. Opdat zintuiglijk waarneembare handelingen met de daartoe vereiste inherente kenmerken, ook daadwerkelijk voorbehouden zouden zijn onder de betrokken categorieën voorbehouden handelingen, is uiteindelijk immers opnieuw het volgende vereist: dat deze handelingen de 'limieten' van deze categorieën voorbehouden handelingen niet overstijgen en al evenmin onder de 'uitzonderingen' vallen rond deze categorieën voorbehouden handelingen. In dit onderdeel gaan we daarom dus dieper in op de relevante 'limieten' en 'uitzonderingen' rond de betrokken categorieën handelingen binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken. Zoals aangegeven, zullen we dit echter opnieuw enkel doen in zoverre hierin, geredeneerd vanuit de systematiek rond 'imitatievoordeel', een verantwoording kan liggen voor de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken. In dit geval betekent dit dat we in wat volgt concreet zullen ingaan op: (B.1.) wat we kunnen aanduiden als de algemene 'limiet' rond 'object-relevantie' die geldt in het licht van alle categorieën voorbehouden handelingen binnen de betrokken *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken en (B.2.) de 'limiet' rond de 'uitputtingsleer' die geldt binnen deze *sui generis* intellectuele rechten.

B.1. 'Object-relevantie'

Bij de limiet rond 'object-relevantie' gaat het er dan met name opnieuw om dat, binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, een zintuiglijk waarneembare handeling ook, in wezen, telkens het volgende vereiste moet vervullen om daadwerkelijk voorbehouden te zijn onder de categorieën voorbehouden handelingen binnen deze intellectuele rechten: betrekking hebben op een zintuiglijk waarneembare manifestatie die binnen het concrete 'object' valt van de exclusieve bevoegdheid die deze intellectuele rechten verlenen naar aanleiding van een bepaald, bescherming motiverend resultaat van inspanningen¹⁸⁶⁷. Dit vereiste geldt dus ook voor die categorieën voorbehouden handelingen binnen de betrokken *sui generis* intellectuele rechten waarrond geldt dat ze het aanknopingspunt kunnen zijn om de rechthebbende een bevoegdheid te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die een afgifte inhouden van de feitelijke of juridische macht over een specifieke, bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object'. De limiet rond 'object-relevantie' vormt daarbij dan, zoals aangegeven, met name het aanknopingspunt om de intellectueelrechtelijke relevantie van zintuiglijk waarneembare handelingen onder de categorieën voorbehouden handelingen binnen het octrooirecht en het auteursrecht ook rekening te laten houden met de hierboven besproken principes rond de afbakening van het 'object' en met name ook met de 'limieten' en 'uitzonderingen' die bij deze afbakening aan de orde zijn.

¹⁸⁶⁷ Wat deze notie van 'object-relevantie' betreft, vergelijk zoals aangegeven LEISTNER, die rond het databanken-auteursrecht schrijft: "*Gemeinsam ist allen in Art. 5 RL geregelten zustimmungsbedürftigen Handlungen, daß sie sich im Einklang mit dem urheberrechtlichen Schutzgegenstand der Richtlinie lediglich auf strukturelevante Nutzungen beziehen.*" M. LEISTNER, Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 96/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz, München, Verlag C.H. Beck, 2000, p. 89-90.

B.2. Uitputtingsleer

Doorheen de onderscheiden intellectuele rechten is het, zoals aangegeven, gebruikelijk om het principe van een 'uitputtingsleer' of 'uitputtingsregel' te aanvaarden. Bij deze 'uitputtingsregel' gaat het dan met name dus om een specifieke 'limiet' rond de reikwijdte van bepaalde categorieën voorbehouden handelingen binnen de betrokken intellectuele rechten¹⁸⁶⁸. Deze 'uitputtingsregel' houdt, zoals aangegeven met name in dat, eenmaal de rechthebbende of iemand die daartoe zijn toestemming had, een incorporatie van inspanningen die bescherming geniet onder een bepaald intellectueel recht, in het verkeer bracht binnen het gebied waarvoor deze uitputtingsregel geldt, dit feit op zich het volgende teweegbrengt: binnen dit gebied kan de rechthebbende zich niet langer beroepen op die categorieën voorbehouden handelingen binnen het betrokken intellectuele recht die onder de 'uitputtingsregel' vallen, om zintuiglijk waarneembare handelingen te controleren ten aanzien van die specifieke, in het verkeer gebrachte incorporatie van inspanningen¹⁸⁶⁹.

De rechtvaardigingen die aangehaald worden voor deze 'uitputtingsregel' zijn daarbij, zoals aangegeven, terug te voeren op zowel deontologisch-natuurrechtelijke als economisch-utilitaristische overwegingen. Vanuit deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen moet de 'uitputtingsleer' het ingrijpen van intellectuele rechten, zoals gezegd, in het bijzonder zo sturen dat dit op passende wijze rekening houdt met, enerzijds, de aanspraken van de rechthebbende rond een bescherming van zijn natuurlijk recht op de 'vruchten' van de eigen arbeid en, anderzijds, de concurrerende aanspraken van andere personen rond de uitoefening van hun eigendomsrecht over specifieke incorporaties van het bescherming motiverende 'resultaat' van inspanningen en rond duidelijke en overzichtelijke rechtsverhoudingen die een vrij handelsverkeer toelaten rond deze specifieke incorporaties¹⁸⁷⁰. In het licht van economisch-utilitaristische overwegingen is de 'uitputtingsleer', althans aansluitend bij de 'incentive versus access'-benadering, een belangrijk instrument om er op toe te zien dat de toename van de maatschappelijke welvaart op grond van de incorporaties van inspanningen die individuen door de incentive-werking van het

¹⁸⁶⁸ In de zin dat de 'uitputtingsregel' te beschouwen is als een inherente limiet van de betrokken categorieën voorbehouden handelingen, zie bijvoorbeeld ook: U. JOOS, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p.77 ("Die Erschöpfung ist eine dem Verbreitungsrecht immanente Inhaltsbeschränkung, eine Begrenzung des sachlichen oder materiellen Gehalts des Verbreitungsrechts.").

¹⁸⁶⁹ Zie met betrekking tot de regel van de uitputting of 'uitputtingsleer' bijvoorbeeld: V. VAN OVERMEIRE, "Enkel de communautaire uitputting van het distributierecht is toegestaan" (noot bij C-479/04 Laserdisken ApS t Kulturministeriet, H.v.J 12 september 2006), *A&M* 2007, p.74-78; M. VIVANT, *Le droit des brevets*, Parijs, Éditions Dalloz, 2005, p. 97 e.v.; R. HILTY, "Der Softwarevertrag - ein Blick in die Zukunft - Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software", *MMR* 2003, p. 9 e.v. (in het bijzonder p.12); R. SACK, "Der Erschöpfungsgrundsatz im deutschen Immaterialgüterrecht", *GRUR Int* 2000, p.610 e.v.; M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Brussel, Larcier, 1999, p. 257; U. JOOS, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p. 30 e.v.; C. SCHRAMM, *Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen rechtsschutzes und Urheberrechtes*, Berlijn, Keulen, C. Heymanns Verlag KG, 1954, p.376; Zie ook: B. CONDE CALLEGO, "The Principle of Exhaustion of Rights and Its Implications for Competition Law", *IIC* 2003, p.474 e.v. en C. STOTHERS, *Parallel trade in Europe: intellectual property, competition and regulatory law*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2007, p. 43 (":...the basic rule of Community exhaustion is that once a product has been places on the market in any Mamber State by an undertaking (or with its consent), that undertaking can no longer rely on any intellecutal property rights to prevent that product being imported or sold within another Member State.").

¹⁸⁷⁰ Zie in dit verband bijvoorbeeld P. KOEHLER, *Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich*, München, Verlag C.H. Beck, 2000, p. 49 e.v. (Met name waar hij ingaat op de ration van de uitputtingsleer in het licht van de 'Eigentumstheorie' 'Belohnungstheorie' en 'Verkehrssicherungstheorie'); S. MÄGER, "Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Veräußerung von Software", *Computer und Recht* 1996, p. 526; Vergelijk ook: M. CADUFF, *Die urheberrechtlichen Konsequenzen der Veräußerung von Computerprogrammen*, Bern, Stämpfli, 1997, p. 35 e.v.; Zie, zoals aangegeven, ook: U. JOOS, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p. 51 e.v..

ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht gaan creëren, maximaal het verlies aan maatschappelijke welvaart overstijgt dat ontstaat doordat dit ingrijpen andere individuen de toegang beperkt tot de aanwending van de incorporaties van inspanningen, gecreëerd onder de stimulus en bescherming van dit ingrijpen. Hierbij is zoals aangeven, echter op te merken dat volgens de hierboven besproken ‘absolute exclusiviteit’-benadering, de ‘uitputtingsleer’ echter een hinderpaal vormt om in de context van het intellectuele eigendomsrecht de maatschappelijke welvaart te maximaliseren door het implementeren van een model van een ‘puur monopolie’ met ‘perfecte prijsdiscriminatie¹⁸⁷¹’

Ook de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken geven daarbij uitdrukkelijk aanwijzingen rond de concrete toepassing die zij maken van de zonet omschreven uitputtingsregel. Het chipsrecht stelt in dit verband met name dat het exclusieve recht om de commerciële exploitatie toe te staan of te verbieden, niet geldt, wanneer deze handelingen worden verricht nadat de topografie of het halfgeleiderproduct in een Lidstaat van de Europese Gemeenschap in het verkeer is gebracht door of met toestemming van de persoon, die gerechtigd is toestemming te verlenen om deze topografie of dit halfgeleiderproduct in de handel te brengen¹⁸⁷². Daarbij is overigens te vermelden dat het chipsrecht ook expliciet stelt dat indien een persoon bij het verwerven van een halfgeleiderproduct niet weet of niet redelijkerwijs kan vermoeden dat het halfgeleiderproduct beschermd is, hem niet kan verboden worden dat product commercieel te exploiteren¹⁸⁷³. Het computerprogramma-auteursrecht bepaalt in dit verband uitdrukkelijk dat de eerste verkoop in de Gemeenschap van een kopie van een programma, door de rechthebbende of met diens toestemming leidt tot verval van het exclusieve recht om controle uit te oefenen op de distributie van die kopie in de Gemeenschap, met uitzondering van het recht om controle uit te oefenen op het verder verhuren van het programma of een kopie daarvan¹⁸⁷⁴. Rond het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis*, ten slotte, stelt de Richtlijn Databanken expliciet dat de eerste verkoop in de Europese Gemeenschap van een kopie van de databank door de rechthebbende of met diens toestemming, tot uitputting leidt van het recht om controle uit te oefenen op de doorverkoop van die kopie in de Europese Gemeenschap¹⁸⁷⁵.

In wat volgt, gaan we nu dieper in op de concrete toepassing van de ‘uitputtingsregel’ binnen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis*. Ook hier gaan we daarbij met name eerst (B.2.1.) uitgebreid in op de voorwaarden voor het intreden van ‘uitputting’ in het kader van deze intellectuele rechten. Daarna (B.2.2.) bespreken we dan opnieuw de details van de concrete reikwijdte van de ingetreden ‘uitputting’ binnen deze intellectuele rechten.

B.2.1. Voorwaarden voor het intreden van ‘uitputting’

Opdat ‘uitputting’ zou intreden rond een bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestatie, stellen ook de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken in wezen voorwaarden op drie vlakken: rond de aard van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie die onder het ‘object’ valt, rond het voorliggen van een ‘in het verkeer brengen’ van deze zintuiglijk waarneembare manifestatie door de rechthebbende of met zijn toestemming en, ten slotte, rond het gegeven of het vereiste ‘in het verkeer brengen’ plaatsvindt binnen het gebied waarvoor de uitputtingsregel geldt. In het licht van onze onderzoeksvraag, is het

¹⁸⁷¹ Zie bijvoorbeeld: W. FISHER, "Property and Contract on the Internet", *Chicago-Kent Law Review* 1997-1998, p. 1203; H. VARIAN, *Pricing Information Goods*, 1995, p. 6 (available at: <http://www.sims.berkeley.edu/~hal/Papers/price-info-goods.pdf>); H. DEMSETZ, "The private production of public goods", *Journal of Law & Economics* 1970, p. 301 e.v..

¹⁸⁷² Art. 5.5. Richtlijn Chips en art. XI.330. WER (oud art. 12 Chipswet).

¹⁸⁷³ Art. 5.6. Richtlijn Chips en art. XI.329. WER (oud art. 11 Chipswet). Zie in dit verband bijvoorbeeld: T. DREIER, "Development of the Protection of Semiconductor Integrated Circuits", *IIC* 1988, p. 464; A. MEIJBOOM, "Das niederländische Gesetz über den Schutz von Halbleitertopographien", *GRURInt* 1988, p. 928 en L. RASKIND, "Reverse Engineering, Unfair Competition, and Faire Use", *Minnesota Law Review* 1985-1986, p. 403 e.v..

¹⁸⁷⁴ Art. 4, c) Richtlijn Computerprogramma’s en art. XI.298., c) WER (oud art. 5, c) Wet Computerprogramma’s).

¹⁸⁷⁵ Zie: art. 5, c) en 7.2., b) *in fine* Richtlijn Databanken en art. XI.307., lid 3 WER (oud art. 4, lid 3 Wet Databanken). Vergelijk: art. XI.165., § 1, lid 6 WER (oud art. 1, § 1, lid 6 Auteurswet).

daarbij dan met name opnieuw relevant om dieper in te gaan op de eerste twee voorwaarden, met name dus op de voorwaarden rond (a.) de aard van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ en rond (b.) het voorliggen van een ‘in het verkeer brengen’ door of met de toestemming van de rechthebbende. Een belangrijke, voorafgaande opmerking in dit verband is dan ook hier nog dat de rechthebbende in principe niet in staat is om het intreden van de limiet van ‘uitputting’ langs contractuele weg te verhinderen, indien daadwerkelijk alle voorwaarden voor het intreden van ‘uitputting’ vervuld zijn¹⁸⁷⁶.

a. Voorwaarden rond de bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’

Doorheen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken stellen we vast dat er discussie bestaat rond de vraag of ‘uitputting’ enkel kan intreden rond een ‘materiële’ zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, in de zin van een tastbare, lichamelijke of stoffelijke zintuiglijk waarneembare manifestatie, dan wel ook kan intreden rond zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die niet-tastbaar, onlichamelijk of onstoffelijk zijn. Deze discussie is daarbij met name opnieuw bijzonder relevant in het licht van het gegeven dat, binnen netwerken van computersystemen het overbrengen van een digitaal bestand van het ene computersysteem naar het andere computersysteem, zoals gezegd, steeds gebeurt via de ‘transmissie door duplicatie’-techniek¹⁸⁷⁷. Het concrete punt van discussie vanuit de optiek van de vereisten die het intreden van uitputting stelt aan zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ is dan in wezen ook hier het volgende: of al dan niet aan te nemen is dat ‘uitputting’ kan intreden rond de ‘niet-materiële’ elektrische stroom die met toestemming van de rechthebbende ‘in het verkeer’ gebracht wordt en die er voor zorgt dat een incorporatie van het ‘werk’ ontstaat in het ontvangende computersysteem.

In de context van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, treffen we in dit verband dan met name in de eerste plaats de opvatting aan, in wezen in lijn met de hierboven besproken ‘atomistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat’, dat aan te nemen is dat uitputting enkel kan intreden rond een tastbare, lichamelijke of stoffelijke zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’. Volgens deze opvatting kan ‘uitputting’ dus bijvoorbeeld intreden rond die incorporatie van het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen die de rechthebbende ‘in het verkeer’ brengt die vervat ligt binnen een zintuiglijk waarneembare manifestaties uit bijvoorbeeld papier, steen, staal of kunststof¹⁸⁷⁸ of bijvoorbeeld binnen de schakelcomponenten van een geheugen binnen een computersysteem, de onderscheiden magnetische toestanden van punten op een magnetisch schijfgeheugen of de onderscheiden licht reflecterende toestanden van punten op een cd-rom. Rond de incorporatie van het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen die de rechthebbende ‘in het verkeer’ brengt in de vorm van bijvoorbeeld lichtgolven of elektronische impulsen¹⁸⁷⁹ is volgens deze benadering daarentegen zonder meer uitgesloten dat ‘uitputting’ intreedt. In de lijn

¹⁸⁷⁶ Zie in dit verband, zoals aangegeven: P. KOEHLER, *Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich*, München, Verlag C.H. Beck, 2000, p. 74; Zie erg uitgebreid ook, bijvoorbeeld: M. STIEPER, *Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts*, Mohr Siebeck, 2010, p. 133 e.v..

¹⁸⁷⁷ Deze ‘transmissie door duplicatie’-techniek houdt concreet in dat om een overbrenging te realiseren van computersysteem A naar computersysteem B, het specifieke patroon van binaire toestanden dat het digitale bestand uitmaakt en dat vervat ligt in een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen computersysteem A – in de regel het binaire patroon van een reeks schakelcomponenten – door een elektrische stroom met een overeenkomstig binair patroon van elektronische spanningsverschillen overgebracht en gedupliceerd wordt in de de binaire afstelling van een component binnen het computersysteem B – in de regel opnieuw het binaire patroon van een reeks schakelcomponenten. Na deze overbrenging door duplicatie naar computersysteem B kan het specifieke patroon van binaire toestanden dat het digitale bestand uitmaakt binnen computersysteem A dan gewist worden. Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: L. NULL en J. LOBUR, *The essentials of computer organization and architecture*, Sudbury (Mass.) (o.a.), Jones and Bartlett Publishers, 2006, p. 198.

¹⁸⁷⁸ Uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: P. MÖHRING, K. NICOLINI, H. AHLBERG en H. KROITZSCH, *Urheberrechtsgesetz. Kommentar*, München, Frans Vahlen, 2000, p. 61.

¹⁸⁷⁹ Zie bijvoorbeeld JOOS die uitdrukkelijk aangeeft dat bij de “*Physikalischen Mittel der Wahrnehmbarmachung bei der unkörperlichen Wiedergabe eines Werks*” te denken is aan “*Schallwellen, Licht, Radiowellen, elektrische Impulse...*” U. JOOS, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und*

van de hierboven besproken ‘atomistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat, neemt deze opvatting dus aan dat de vraag of een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ aanleiding kan geven tot het intreden van ‘uitputting’ zich ook in de context van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken zonder meer laat beantwoorden door de volgende regel: rond ‘materiële’ zintuiglijk waarneembare manifestaties, in de zin van tastbare, lichamelijke of stoffelijke zintuiglijk waarneembare manifestaties, kan ‘uitputting’ intreden terwijl ‘niet-materiële’ zintuiglijk waarneembare manifestatie geen aanleiding kunnen geven tot de toepassing van de ‘uitputtingsleer’. Als argument om bij de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ binnen de betrokken *sui generis* intellectuele rechten strikt vast te houden aan de zonet vermelde regel is het dan met name opnieuw gebruikelijk om er op te wijzen dat mensen, via de toepassing van de ‘uitputtingsleer’, de toelating geven om door de rechthebbende in het verkeer gebrachte niet-tastbare, onlichamelijke zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ door te geven, in verhouding tot wat het geval is bij tastbare, lichamelijke zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’, een veel hoger risico inhoudt op inbreuk en piraterij door duplicaties van de doorgegeven niet-tastbare, onlichamelijke zintuiglijk waarneembare manifestatie¹⁸⁸⁰.

Daarnaast vinden we doorheen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, echter ook de opvatting terug, in wezen in lijn met de hierboven besproken ‘holistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat, dat aan te nemen is dat het intreden van ‘uitputting’ *niet alleen* mogelijk is rond incorporaties van een ‘werk’ die ‘lichamelijk’ zijn in de zin van tastbaar, lichamenlijk of stoffelijk *maar*, onder omstandigheden, *ook* naar aanleiding van incorporaties van een ‘werk’ binnen niet-tastbare of niet-lichamelijke zintuiglijk waarneembare manifestaties, zoals elektronische stroom.

In lijn met de hierboven besproken ‘holistische’ benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat, neemt deze alternatieve opvatting rond de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ immers opnieuw aan dat de vraag of een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ aanleiding kan geven tot het intreden van ‘uitputting’ veeleer te beantwoorden is in het licht van het volgende gegeven: het soort eindresultaat dat de handeling van het ‘in het verkeer’ brengen met toestemming van de rechthebbende heeft, in termen van het afgeven van een zintuiglijk waarneembare manifestatie met een bepaalde geschiktheid om genot te verschaffen dat te danken is aan het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen.

Vanuit die optiek stelt de betrokken alternatieve benadering dan met name opnieuw vast dat er nauwelijks een onderscheid bestaat tussen de situatie waarin de rechthebbende er voor opteert om incorporaties van zijn bescherming motiverend ‘resultaat’ van inspanningen binnen een ‘tastbare’ zintuiglijk waarneembare manifestatie ‘in het verkeer’ te brengen, bijvoorbeeld op een cd-rom dan wel via een elektronische stroom die erop voorzien is om, zoals typisch het geval is bij een ‘download’, een incorporatie van het bescherming motiverend ‘resultaat’ van inspanningen te doen ontstaan in het ontvangende computersysteem die zijn, aan het betrokken bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken, capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen ook blijft behouden nadat het eigenlijk versturen van de betrokken elektrische stroom reeds een einde nam. Deze alternatieve benadering lijkt daarbij met name vooral belang te hechten aan het gegeven dat in beide gevallen, zowel bij bijvoorbeeld de cd-rom als bij bijvoorbeeld de download, het eindresultaat van de handeling van het ‘in het verkeer’ brengen met toestemming van de rechthebbende er dan immers in bestaat dat de rechthebbende een persoon een incorporatie van zijn bescherming motiverend ‘resultaat’ van inspanningen afgeeft die ook onafhankelijk van enige verdere handeling van hem, in staat is om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die te danken zijn aan zijn bescherming motiverend ‘resultaat’ van inspanningen¹⁸⁸¹.

Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p. 80-81.

¹⁸⁸⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: H. SCHACK, “Rechtsprobleme der Online-Übermittlung”, *GRUR* 2007, p. 644 (“*Mit einer Verpflichtung des zunächst berechtigten Nutzers, nach einer Weiterveräußerung des Datensatzes bei ihm verbliebene Vervielfältigungsstücke zu löschen, ist es nicht getan. Das lässt sich nicht kontrollieren und erhöht nur die Rechtsunsicherheit für den Urheber. Eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts nach einer Online-Übermittlung kategorisch zu verneinen, ist deshalb die dogmatisch richtige und auch interessengerechte Lösung.*”).

¹⁸⁸¹ Zie in die zin, bijvoorbeeld: A. DETERMANN en A. FELLMETH, “*Don't Judge a Sale by It's License: Software Transfers under the First Sale Doctrine in the United States and the European Community*”, *U.S.F. L.*

Het hierboven aangehaalde argument dat de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ ten aanzien van niet-tastbare zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’, een hoger risico inhoudt op inbreuk en piraterij dan het geval is in verhouding tot de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ bij ‘tastbare’ incorporaties van een ‘werk’, acht deze alternatieve opvatting opnieuw weinig overtuigend. Uiteraard is het volgens deze opvatting opnieuw zo dat de ‘uitputtingsleer’, bijvoorbeeld in het geval van een afgifte van een digitaal bestand via de ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek, pas toepassing kan vinden, in de zin dat deze leer de betrokken afgifte ‘vrijstelt’ van de controle van de rechthebbende, indien de betrokken handeling van het afgeven, eenmaal voltooid, ook het wissen inhoudt van het digitale bestand dat, binnen het versturende computersysteem, het uitgangspunt vormde voor deze ‘transmissie-door-duplicatie’¹⁸⁸². Houdt de betrokken afgifte via de ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek immers geen dergelijk wissen in van het digitale bestand dat, binnen het versturende computersysteem, het uitgangspunt vormde voor de betrokken afgifte, dan impliceert dit volgens de betrokken alternatieve benadering immers inderdaad dat deze handeling aanleiding geeft tot een dupliceren dat in de regel zal kwalificeren als een aan de rechthebbende voorbehouden ‘reproduceren’ of ‘opvragen’. Het risico echter op dergelijke gevallen waarin een persoon een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ niet alleen afgeeft aan een andere persoon maar daarbij ook een duplicatie ervan voor zichzelf behoudt en de problemen om dergelijke gevallen op te sporen zijn volgens de betrokken alternatieve opvatting echter opnieuw niet zo verschillend of het nu gaat om incorporaties van het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen die verspreid werden binnen zintuiglijk waarneembare manifestaties die als tastbaar of lichamelijk gelden, bijvoorbeeld een cd-rom, dan wel om incorporaties van het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen die tot stand kwamen door het verspreiden van zintuiglijk waarneembare manifestaties die als niet-tastbaar of onlichamelijk gelden, bijvoorbeeld een elektrische stroom in het geval van een verspreiding als download¹⁸⁸³.

Volgens de betrokken alternatieve benadering, is het opnieuw veeleer onwenselijk dat de rechthebbende de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ zou kunnen ‘sturen’, naargelang zijn keuze om incorporaties van zijn bescherming motiverend ‘resultaat’ van inspanningen te verspreiden via bijvoorbeeld cd-rom dan wel via downloads. Haar zonet besproken analyse dat beide vormen van ‘in het verkeer brengen’ in wezen hetzelfde resultaat inhouden doet de betrokken alternatieve opvatting immers ook hier besluiten dat beide vormen van

Rev. 2001-2002, p. 19; E. NEPELENBROEK, “Software en de uitputtingsregel”, *AMI* 2001, p. 125 e.v. en S. MÄGER, “Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Veräußerung von Software”, *Computer und Recht* 1996, p. 526.

¹⁸⁸² Zie in die zin, bijvoorbeeld: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*), r.o. 70 (“De eerste verkrijger die een materiële of immateriële kopie van een computerprogramma wederverkoopt waarvoor het distributierecht van de houder van het auteursrecht op grond van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 is uitgeput, moet namelijk zijn eigen kopie op het moment van wederverkoop daarvan onbruikbaar maken om geen inbreuk te maken op het exclusieve recht van de auteur van het computerprogramma om dit te reproduceren als bedoeld in artikel 4, lid 1, sub a, van richtlijn 2009/24.”) en S. MÄGER, “Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Veräußerung von Software”, *Computer und Recht* 1996, p. 526; Vergelijk, zoals aangegeven, ook: J. BOYLE, “Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property”, *Vand. L. Rev.* 2000, p. 2019 (“digital objects could also be given away..., I may give them to you, provided I erase them from my hard drive, which is what I wanted to do anyway”).

¹⁸⁸³ Zie in die zin bijvoorbeeld: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*), r.o. 61 (“Zoals Oracle terecht opmerkt, kan het moeilijk blijken te zijn, na te gaan of een dergelijke kopie onbruikbaar is gemaakt. De houder van het auteursrecht die op een fysieke drager zoals een cd-rom of een dvd gebrande kopieën van een computerprogramma verspreidt, ziet zich echter gesteld voor hetzelfde probleem, daar hij slechts zeer moeilijk kan nagaan of de aanvankelijke verkrijger geen kopieën van het computerprogramma heeft gemaakt die hij is blijven gebruiken na zijn fysieke drager te hebben verkocht. Om dit probleem op te lossen kan de – „klassieke” of „digitale” – distributeur technische beschermingsmaatregelen, zoals productsleutels, toepassen.”); J. MITCHELL, “DRM: The Good, the Bad, and the Ugly” in *Colleges, Code and Copyright: The Impact of Digital Networks and technological Controls on Copyright: Publications in Librarianship* no. 56 American Library Association. 2004, p. 35 (http://interactionlaw.com/documentos/DRM_good_bad_ugly.pdf) en C. BERGER, “Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie”, *GRUR* 2002, p. 200 (“Die Gefahr, dass der Ersterwerber das Werk unter Verstoß gegen das Verbreitungsrecht mehrfach weiterverbreitet, wird durch die Annahme der Erschöpfung nicht erhöht.”).

verspreiding op dezelfde manier te beoordelen zijn in het licht van de hierboven besproken rechtvaardigingen en beleidsoverwegingen die aan de basis liggen van de ‘uitputtingsleer’¹⁸⁸⁴.

In lijn met de hierboven besproken ‘holistische’ benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat, vinden we binnen de betrokken alternatieve opvatting dan ook aanzetten om, in zoverre zich een dichotomie opdringt tussen ‘materiële’ en ‘niet-materiële’ zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ in het kader van de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ binnen de betrokken *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, deze dichotomie dan *niet* zozeer te verstaan in het licht van de tastbare of niet-tastbare aard op zich van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties *maar* veeleer in het licht van een onderscheiden geschiktheid van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestaties om genot te verschaffen van het bescherming motiverend ‘resultaat’ van inspanningen. Deze alternatieve benadering lijkt daarbij, volgens ons, dan met name aan te geven dat de met toestemming van de rechthebbende ‘in het verkeer’ gebrachte incorporatie van zijn bescherming motiverend ‘resultaat’ van inspanningen te beschouwen is als ‘materieel’, in de zin dat ‘uitputting’ kan intreden rond deze incorporatie, indien het volgende voorligt: deze incorporatie, zoals de rechthebbende deze ‘in het verkeer’ bracht, beschikt over een capaciteit om, ook nadat de handeling van het ‘in verkeer brengen’ een einde nam, onafhankelijk van enige verdere handeling van de rechthebbende genot te verschaffen van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het betrokken bescherming motiverende, ‘resultaat’ van inspanningen¹⁸⁸⁵.

In het licht van de beide, zonet omschreven, uiteenlopende opvattingen rond de kenmerken die een concrete zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ moet vertonen opdat hierrond uitputting zou kunnen intreden, is dan op te merken dat het Europees Hof van Justitie, specifiek in het kader van het computerprogramma-auteursrecht, geoordeeld heeft dat aan te nemen is dat de ‘uitputtingsregel’ die dit intellectuele recht bepaalt: “*geen onderscheid maakt op basis van de materiële of immateriële vorm van de betrokken kopie.*”¹⁸⁸⁶ Bij deze beoordeling hechte het Hof daarbij overigens met name belang aan het argument dat “*economisch gezien de verkoop van een computerprogramma op cd-rom of dvd en de verkoop van een computerprogramma door download van internet vergelijkbaar zijn*”¹⁸⁸⁷ en het argument dat indien de ‘uitputtingsregel’ binnen het computerprogramma-auteursrecht: “*enkel werd toegepast op kopieën van computerprogramma’s die op een fysieke drager worden verkocht, zou de houder van het auteursrecht de wederverkoop van kopieën die van internet*

¹⁸⁸⁴ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*), r.o. 63 (“*Indien in omstandigheden zoals aan de orde in het hoofdgeding het beginsel van uitputting van het distributierecht als bedoeld in artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 enkel werd toegepast op kopieën van computerprogramma’s die op een fysieke drager worden verkocht, zou de houder van het auteursrecht de wederverkoop van kopieën die van internet zijn gedownload kunnen controleren en bij iedere wederverkoop opnieuw een vergoeding kunnen vragen, ofschoon die houder reeds 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 (...)*”). Zie ook: C. BERGER, “Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie”, *GRUR* 2002, p. 200.

¹⁸⁸⁵ Vergelijk op dit punt, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: C. BERGER, “Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie”, *GRUR* 2002, p.201 (“*Soweit es sich nur um eine Online-Nutzung eines Werks auf Zeit handelt, scheidet die Erschöpfung von vornherein aus. Voraussetzung der Erschöpfung ist vielmehr, dass der Erwerber das Werk selbst abspeichert und darauf wiederholt zugreifen kann, es also auf Dauer dem freien Zugriff des Empfängers unterworfen sein soll, ohne dass er hierfür fremde Zugangssperren überwinden muss. Nur in diesem Fall tritt die Datenfernübertragung an die Stelle der Veräußerung körperliche Datenträger, etwa einer CD-ROM. Soll das gewünschte Werk dem Empfänger nur ephemere zur Verfügung gestellt werden, etwa ein Musikstück nur zum einmaligen Anhören oder ein Film zum einmaligen Betrachten, liegt keine Veräußerung vor.*”).

¹⁸⁸⁶ H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*), r.o. 55 (“*Dienaangaande moet allereerst worden vastgesteld dat uit artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 niet volgt dat de in deze bepaling bedoelde uitputting van het distributierecht voor kopieën van computerprogramma’s zich enkel uitstrekt tot kopieën van computerprogramma’s op een fysieke drager zoals een cd-rom of een dvd. Veeleer moet ervan worden uitgegaan dat die bepaling, die zonder nadere precisering verwijst naar de „verkoop van een computerprogramma”, geen onderscheid maakt op basis van de materiële of immateriële vorm van de betrokken kopie.*”).

¹⁸⁸⁷ H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*), r.o. 61.

*zijn gedownload kunnen controleren en bij iedere wederverkoop opnieuw een vergoeding kunnen vragen, ofschoon die houder reeds bij de eerste verkoop van de betrokken kopie een passende vergoeding heeft kunnen ontvangen.*¹⁸⁸⁸ Door de grote nadruk die het Europees Hof van Justitie in het betrokken arrest legt op het *lex specialis* karakter van de Richtlijn Computerprogramma's¹⁸⁸⁹ valt, volgens ons, echter niet met zekerheid te zeggen of deze benadering ook zonder meer toe te passen is op andere intellectuele rechten zoals het chipsrecht, het databanken-auteursrecht, het databankenrecht *sui generis* of het auteursrecht¹⁸⁹⁰.

b. Voorwaarden rond het 'in het verkeer brengen'

Ook binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken geldt daarnaast dat 'uitputting', zoals aangegeven, enkel kan intreden rond specifieke zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object' die 'in het verkeer' gebracht werden door de rechthebbende of met zijn toestemming. De rode draad doorheen dit 'in het verkeer' brengen is daarbij met name dat er, in ruime zin, een eerste 'afgifte' plaatsvindt van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie aan een lid van het publiek waarmee de betrokken rechthebbende toestemde. In wat volgt, gaan we nu opnieuw dieper in op de mate waarin de betrokken *sui generis* intellectuele rechten voor het aanvaarden van een 'in het verkeer' brengen, vragen dat sprake is van een afgifte van louter feitelijke dan wel juridische macht over de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie en welk belang deze intellectuele rechten daarbij hechten aan de inhoud en de formele kwalificatie van de juridische overeenkomst die deze afgifte regelt. In dit verband stellen we dan met name vast dat we uiteenlopende aanwijzingen terugvinden op dit vlak binnen (b.1.) het chipsrecht, enerzijds, en (b.2.) het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis*, anderzijds.

b.1. Het chipsrecht

Het chipsrecht stelt dat 'uitputting' kan intreden rond een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object' nadat deze "*in het verkeer is gebracht*" door of met toestemming van de rechthebbende¹⁸⁹¹. Ook hier stellen we dan vast dat we uiteindelijk over weinig precieze aanwijzingen beschikken rond het criterium om te bepalen of sprake is van een dergelijk 'in het verkeer' door of met toestemming van de rechthebbende. Daarbij beschikken we met name over weinig houvast om te antwoorden op de vraag of een dergelijk 'in het verkeer' brengen, een afgifte vereist van de louter feitelijke macht dan wel van de juridische macht over de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie en welk belang het chipsrecht daarbij dan hecht aan de inhoud en de formele kwalificatie van de juridische overeenkomst die deze afgifte regelt¹⁸⁹². De rechtsleer zal in dit verband immers

¹⁸⁸⁸ H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*), r.o. 63.

¹⁸⁸⁹ Zie: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*) r.o. 50-52 in combinatie met r.o. 51 en 56.

¹⁸⁹⁰ In dit verband is op te merken dat het Hof in elk geval bereid lijkt om aan te nemen dat zijn interpretatie aanleiding geeft tot verschil tussen het computerprogramma-auteursrecht en het algemene auteursrecht. Zie: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*) r.o. 60 ("*Uiteraard moeten de in de richtlijnen 2001/29 en 2009/24 gebruikte begrippen in beginsel dezelfde betekenis hebben (...). Zo uit artikel 4, lid 2, van richtlijn 2001/29, uitgelegd in het licht van de punten 28 en 29 van de considerans van deze richtlijn en het Auteursrechtverdrag, waaraan richtlijn 2001/29 uitvoering moet geven (...), echter al mocht volgen dat voor de onder die richtlijn vallende werken de uitputting van het distributierecht enkel geldt voor tastbare zaken, zou die omstandigheid, nu de wetgever van de Unie in de concrete context van richtlijn 2009/24 een andere wil tot uitdrukking heeft gebracht, de uitlegging van artikel 4, lid 2, van deze laatste richtlijn niet beïnvloeden.*").

¹⁸⁹¹ Zie: art. 5.5. Richtlijn Chips en art. XI.330. WER (oud art. 12 Chipswet).

¹⁸⁹² Het feit dat 'verhuren' ook uitdrukkelijk vermeld is binnen de definitie die art. 1.1., c.) Richtlijn Chips geeft van "*commerciële exploitatie*" is op dit punt niet doorslaggevend. Dit laat immers nog steeds een lezing toe waarbij deze notie 'verhuren' enkel slaat op het verhuren van een nog niet 'in het verkeer' gebrachte zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object' terwijl bij het initiële verhuren van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object' door of met toestemming van de rechthebbende 'uitputting' intreedt rond deze zintuiglijk waarneembare manifestatie, onder meer rond het 'verhuren' ervan. Vergelijk op dit vlak de hierboven besproken opvatting binnen het octrooirecht waar verhuren kwalificeert als een 'in het verkeer' brengen dat uitputting doet intreden, bij bijvoorbeeld: R. KRÄBER, *Patentrecht. Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht.*, München, C.H. Beck, 2009, p. 760 ("*Eine Sache wird in Verkehr gebracht, wenn jemand einem anderen die tatsächliche Verfügungsgewalt*

vaak zonder meer spreken van een ‘in het verkeer’ brengen, zonder deze notie uitdrukkelijk te situeren in het licht van de zonet aangehaalde vraag¹⁸⁹³.

b.2. De sui generis intellectuele rechten rond computerprogramma's en databanken

Het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* bepalen telkens uitdrukkelijk dat ‘uitputting’ rond een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ enkel kan intreden na de “*eerste verkoop*” door of met toestemming van de rechthebbende¹⁸⁹⁴. De overheersende opvatting is dan ook dat, in het kader van het mogelijke intreden van ‘uitputting’ rond een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ binnen het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis*, slechts sprake kan zijn van het daartoe vereiste ‘in het verkeer’ brengen van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie, indien de betrokken rechthebbende ook zijn toestemming gaf tot de overdracht van zijn eigendomsrecht over deze zintuiglijk waarneembare manifestatie in het kader van een overeenkomst die te kwalificeren is als een ‘verkoop’ of ‘eigendomsoverdracht’. Doorheen de betrokken *sui generis* intellectuele rechten rond computerprogramma's en databanken treffen we echter ook de opvatting aan dat het wenselijker is om binnen deze intellectuele rechten aan te nemen dat reeds sprake kan zijn van een ‘in het verkeer’ brengen met het oog op de toepassing van de ‘uitputtingsregel’ bij de afgifte van de feitelijke macht over een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’, door of met toestemming van de betrokken rechthebbende. De auteurs die deze alternatieve opvatting verdedigen geven daarbij aan dat deze interpretatie beter geschikt is opdat de ‘uitputtingsleer’ het ingrijpen van de betrokken intellectuele rechten inderdaad zo zou sturen dat dit tegelijk én zijn opdracht vervult van het belonen van de auteur en het beschermen van zijn natuurlijk recht op de ‘vruchten’ van de eigen arbeid én op passende wijze rekening houdt met het belang dat andere personen hebben rond duidelijke en overzichtelijke rechtsverhoudingen die hen een vrij handelsverkeer toelaten rond deze specifieke incorporaties.

Specifieke in het kader van het computerprogramma-auteursrecht, menen we te kunnen vaststellen dat het Europese Hof van Justitie in dit verband een positie inneemt die het midden houdt tussen beide zonet beschreven opvattingen. Enerzijds, toont het Hof zich immers *niet* bereid om aan te nemen dat binnen het computerprogramma-auteursrecht ook sprake kan zijn van een ‘in het verkeer’ brengen dat ‘uitputting’ doet intreden, *zonder* dat sprake is van een eerste ‘eigendomsoverdracht’ rond een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ door of met toestemming van de betrokken rechthebbende. Anderzijds, toont het Hof zich echter wel bereid om, onder omstandigheden, een overeenkomst waarin een rechthebbende toestemt in de initiële afgifte van zijn feitelijke macht over een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ en die formeel geen ‘eigendomsoverdracht’ inhoudt rond deze zintuiglijk waarneembare manifestatie, niettemin te beschouwen als een eerste ‘eigendomsoverdracht’ in het kader van de toepassing van de ‘uitputtingsregel’ binnen het computerprogramma-auteursrecht. In het betrokken arrest, gaf het Europese Hof van Justitie met name aan dat, indien de rechthebbende toestemt tot de initiële afgifte van zijn feitelijke macht over een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ in het kader van een overeenkomst die formeel een licentie-overeenkomst uitmaakt, niettemin aan te nemen is dat deze afgifte aanleiding geeft tot een ‘eerste verkoop’ met het oog op de toepassing van de ‘uitputtingsregel’, indien bij deze afgifte *in concreto* de volgende combinatie van gegevens

darüber verschafft, d. h. ihn in die Lage versetzt, die Sache zu veräußern oder zu gebrauchen. Patentverletzend ist das Inverkehrbringen, wenn es ohne Zustimmung des Patentinhabers erfolgt und eine Sache betrifft, die nicht schon mit seiner Zustimmung in den Verkehr gelangt ist. Der Einräumung einer rechtlichen Verfügungsmacht, insbesondere der Übertragung des Eigentums, bedarf es nicht. Ein Inverkehrbringen erfolgt auch durch Vermieten oder Verleihen und durch Lieferung unter Eigentumsvorbehalt.”).

¹⁸⁹³ Vergelijk, bijvoorbeeld: A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 170 (Met name waar deze rond art 5.5. Rlijn Chips stelt: “Also, it is not made clear what constitutes the ‘consent’ of the person entitled to authorize the marketing. Presumably this requirement will be satisfied if the relevant person authorizes generally the marketing of the topography of the semiconductor product manufactured using the topography.”) en p.115 (Waar deze weliswaar rond § 905 (2) Amerikaanse Chipswet stelt: “Clearly, distribution involves transfer (of title or of possession, or of both), but not ‘use’.”).

¹⁸⁹⁴ Zie: art. 4, c) Richtlijn Computerprogramma's en art. XI.298., c) WER (oud art. 5, c) Wet Computerprogramma's); art. 5, c) en 7.2., b) *in fine* Richtlijn Databanken; art. XI.307., lid 3 WER (oud art. 4, lid 3 Wet Databanken) en art. XI.165., § 1, lid 6 WER (oud art. 1, § 1, lid 6 Auteurswet).

voorligt: 1.) het gegeven dat de betrokken overeenkomst *niet* aangeeft dat de afgifte van de feitelijke macht over de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ *beperkt is in de tijd* en 2.) het gegeven dat de prijs, in ruil voor deze afgifte van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’, overeenstemt met de *economische waarde* van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie¹⁸⁹⁵. Hierbij is op te merken dat het Hof zijn benadering daarbij onder meer steunt op de overweging dat, indien het in de zonet aangehaalde combinatie van feitelijke omstandigheden *niet* zou aannemen dat een ‘eigendomsoverdracht’ voorligt met het oog op de toepassing van de ‘uitputtingsregel’, dit de ‘uitputtingsregel’ elk nuttig effect en betekenis zou ontnemen, aangezien: “*de leveranciers de overeenkomst slechts zouden hoeven aan te duiden als ‘licentieovereenkomst’ en niet als ‘verkoop’ om de uitputtingsregel te omzeilen.*”¹⁸⁹⁶ Ook in dit verband zorgt de grote nadruk die het Europees Hof van Justitie in het betrokken arrest legt op het *lex specialis* karakter van de Richtlijn Computerprogramma’s¹⁸⁹⁷ er, volgens ons, dan voor dat niet met zekerheid te zeggen is of de zonet omschreven benadering van het Hof ook zonder meer toe te passen is op andere intellectuele rechten zoals het chipsrecht, het databanken-auteursrecht, het databankenrecht *sui generis* of het auteursrecht.

B.2.1. Reikwijdte van de ingetreden uitputting

Bij het afbakenen van de concrete reikwijdte van de ingetreden ‘uitputting’, in het kader van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis*, is dan met name opnieuw rekening te houden met twee punten: (a.) het principe dat het intreden van ‘uitputting’ zich enkel uitstrekt tot die zintuiglijk waarneembare manifestatie waarrond alle voorwaarden voldaan zijn voor de toepassing van de ‘uitputtingsleer en (b.) de afbakening van de categorieën voorbehouden handelingen die inderdaad onder de toepassing vallen van de uitputtingsregel binnen deze intellectuele rechten. In wat volgt, gaan we nu dieper in op deze beide punten, ditmaal in de context van de betrokken intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken.

a. De concrete zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’

In de eerste plaats geldt ook in het kader van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis*, dat de reikwijdte van de rond een zintuiglijk waarneembare manifestatie ingetreden ‘uitputting’, bepaald is door het volgende: het unieke bestaan van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie. Als rond een specifieke zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ alle voorwaarden vervuld zijn voor het intreden van ‘uitputting’ dan houdt dit enkel in dat de betrokken rechthebbende zich ten aanzien van die specifieke incorporatie van inspanningen, niet langer kan beroepen op de categorieën voorbehouden handelingen die onder de ‘uitputtingsregel’ vallen. Het intreden van ‘uitputting’ rond deze specifieke incorporatie doet echter de mogelijkheden van de betrokken rechthebbende niet afnemen om zich verder te beroepen op de categorieën voorbehouden handelingen die onder de ‘uitputtingsregel’ vallen ten aanzien van andere zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ waarrond nog geen ‘uitputting’ intrad.

¹⁸⁹⁵ H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*), r.o. 44-46 (“44. Dienaangaande zij opgemerkt dat het downloaden van een kopie van een computerprogramma en het sluiten van een licentieovereenkomst voor het gebruik van die kopie een ondeelbaar geheel vormen. ...45. Aangaande de vraag of in een situatie zoals aan de orde in het hoofdgeding door de betrokken transacties de eigendom van de kopie van het computerprogramma wordt overgedragen, moet worden vastgesteld dat blijkens de verwijzingsbeslissing de klant van Oracle, die de kopie van het betrokken computerprogramma downloadt en met dat bedrijf een licentieovereenkomst voor het gebruik van die kopie sluit, tegen betaling van een prijs een in de tijd onbeperkt gebruiksrecht voor die kopie verkrijgt. Door de beschikbaarstelling door Oracle van een kopie van haar computerprogramma en de sluiting van een licentieovereenkomst voor het gebruik ervan moet die kopie voor de klanten van Oracle dus duurzaam bruikbaar worden tegen betaling van een prijs waarmee de houder van het auteursrecht een vergoeding moet kunnen verkrijgen die overeenstemt met de economische waarde van de kopie van het hem toebehorende werk. 46. In die omstandigheden impliceren de in punt 44 van het onderhavige arrest genoemde transacties, onderzocht in hun geheel, dat de eigendom van de kopie van het betrokken computerprogramma wordt overgedragen.”).

¹⁸⁹⁶ H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*), r.o. 49.

¹⁸⁹⁷ Zie: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*) r.o. 50-52 in combinatie met r.o. 51 en 56.

b. De ‘uitgeputte’ categorieën voorbehouden handelingen

Binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken is de reikwijdte van de rond een concrete zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object' ingetreden 'uitputting' in de tweede plaats dan ook bepaald door de afbakening van de categorieën voorbehouden handelingen die binnen deze intellectuele rechten inderdaad onder de toepassing vallen van de 'uitputtingsregel'. Indien 'uitputting' intreedt rond een specifieke zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object' dan leidt dit er inderdaad toe dat de betrokken rechthebbende zich ten aanzien van die specifieke incorporatie van inspanningen, niet langer kan beroepen op de categorieën voorbehouden handelingen die onder de 'uitputtingsregel' vallen. Ook hier geldt echter dat het intreden van 'uitputting' rond deze specifieke zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object', echter niets verandert aan de mogelijkheden van de betrokken rechthebbende om zich ook ten aanzien van deze specifieke zintuiglijk waarneembare manifestatie verder te beroepen op die categorieën voorbehouden handelingen waarop de 'uitputtingsregel' niet van toepassing is.

Doorheen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* stellen we dan met name vast dat hun bepalingen aangeven dat de handelingen die onder de toepassing vallen van hun 'uitputtingsregel' beperkt zijn. In het chipsrecht is enkel uitdrukkelijk sprake van 'uitputting' rond de categorie voorbehouden handelingen 'commercieel exploiteren'¹⁸⁹⁸. Het computerprogramma-auteursrecht formuleert enkel een uitdrukkelijke 'uitputtingsregel' rond de categorie voorbehouden handelingen 'distribueren'¹⁸⁹⁹. In het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* is zelfs enkel sprake van een 'uitputting' rond de verdere verkoop van zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object'¹⁹⁰⁰. In het kader van deze *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken is de overheersende opvatting dan telkens dat de toepassing van de 'uitputtingsleer' strikt beperkt is tot die handelingen die deze intellectuele rechten uitdrukkelijk aanhalen in hun specifieke formulering van de 'uitputtingsregel' en niet uit te breiden is tot zintuiglijk waarneembare handelingen die onder de ander categorieën voorbehouden handelingen vallen. In de context van deze *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken treffen we echter opnieuw ook de opvatting aan dat de 'uitputtingsleer' uiting geeft aan een algemeen rechtsbeginsel dat zich niet laat beperken tot specifieke categorieën voorbehouden handelingen.

De specifieke categorieën voorbehouden handelingen die al dan niet onder de 'uitputtingsregel' vallen binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, in combinatie met de interpretatie van de reikwijdte van de betrokken categorieën voorbehouden handelingen, vormen dan ook hier opnieuw een belangrijke factor in het licht van de discussie rond de implementatie van de beleidsoverwegingen die aan de basis liggen van de 'uitputtingsleer' ten aanzien van het doorgeven van incorporaties van 'werken' binnen netwerken van computersystemen. De achtergrond van deze discussie is dan met name opnieuw dat de afgifte van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object' via een netwerk van computersystemen, steeds gebeurt aan de hand van de 'transmissie-door-duplicatie'-techniek en dus inhoudt dat de overbrenging van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie, van het versturende computersysteem naar het ontvangende computersysteem, concreet gebeurt doordat het versturende computersysteem een niet-tastbare, onlichamelijk elektrische stroom uitstuurt naar het ontvangende computersysteem die binnen het ontvangende computersysteem voor een tastbare, lichamelijke duplicatie zorgt¹⁹⁰¹. De vraag is dan met name hoe, vanuit de 'uitputtingsleer' en

¹⁸⁹⁸ Zie: art. 5.5. Richtlijn Chips en art. XI.330. WER (oud art. 12 Chipswet).

¹⁸⁹⁹ Zie: art. 4, c) Richtlijn Computerprogramma's en art. XI.298., c) WER (oud art. 5, c) Wet Computerprogramma's).

¹⁹⁰⁰ Zie: art. 5, c) en 7.2., b) *in fine* Richtlijn Databanken en art. XI.307., lid 3 WER (oud art. 4, lid 3 Wet Databanken). Vergelijk: art. XI.165., § 1, lid 6 WER (oud art. 1, § 1, lid 6 Auteurswet).

¹⁹⁰¹ Deze 'transmissie door duplicatie'-techniek houdt concreet in dat om een overbrenging te realiseren van computersysteem A naar computersysteem B, het specifieke patroon van binaire toestanden dat het digitale bestand uitmaakt en dat vervat ligt in een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen computersysteem A – in de regel het binaire patroon van een reeks schakelcomponenten – door een elektrische stroom met een overeenkomstig binair patroon van elektronische spanningsverschillen overgebracht en gedupliceerd wordt in de de binaire

de beleidsoverwegingen die aan de basis liggen van deze leer, de intellectueelrechtelijke relevantie te beoordelen is in het licht van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken van het volgende: een afgifte, via de 'transmissie-door-duplicatie'-techniek van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object' die met de toestemming van de betrokken rechthebbende 'in het verkeer' kwam.

Eenzijds is er in dit verband dan opnieuw de analyse, in lijn met de hierboven besproken 'atomistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat', dat de afgifte van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object' die plaatsvindt via de 'transmissie-door-duplicatie'-techniek, op grond van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, in beginsel, *steeds* de toestemming vereist van de betrokken rechthebbende, ook al wordt hierbij een afgifte beoogd van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object' die met de toestemming van de betrokken rechthebbende in het verkeer gebracht werd. In lijn met de hierboven besproken 'atomistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat', acht deze opvatting het immers opnieuw vooral wezenlijk dat de betrokken afgifte via de 'transmissie-door-duplicatie'-techniek inherent teweegbrengt dat op een bepaald moment én in het versturende computersysteem een tastbare, lichamelijke incorporatie van het bescherming motiverende 'resultaat' van inspanningen vervat ligt én binnen het ontvangende computersysteem een tastbare, lichamelijke duplicatie bestaat van deze incorporatie. Deze tastbare, lichamelijke duplicatie die inherent volgt uit een 'transmissie-door-duplicatie' maakt volgens de betrokken benadering dan dat de intellectueelrechtelijke relevantie van deze handeling, naargelang het betrokken intellectuele recht rond chips, computerprogramma's of databanken, in de regel te beoordelen is in het licht van de categorie voorbehouden handelingen 'reproducen', 'opvragen'. Bij de beoordeling van de intellectueelrechtelijke relevantie in het licht van deze categorieën voorbehouden handelingen geldt volgens deze benadering dan dat het rond de betrokken 'transmissie-door-duplicatie' niet mogelijk is om een beroep te doen op de 'uitputtingsregel' aangezien deze zich binnen de betrokken intellectuele rechten niet uitstrekt tot deze categorieën voorbehouden handelingen¹⁹⁰². Het feit op zich dat de zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object', die in het versturende computersysteem als uitgangspunt diende voor de betrokken 'transmissie-door-duplicatie', samen met of quasi-onmiddellijk na deze 'transmissie-door-duplicatie', gewist wordt en er dus slecht gedurende erg korte tijd sprake was van een duplicatie, is volgens deze benadering, in beginsel, geen reden om de betrokken 'transmissie-door-duplicatie' niet intellectueelrechtelijk relevant te achten onder de categorie voorbehouden handelingen 'reproducen' of 'opvragen'¹⁹⁰³. Deze categorieën voorbehouden handelingen verlenen, zoals aangegeven, immers ook een bevoegdheid over een tijdelijk 'reproducen' of 'opvragen'.

Anderzijds, bestaat er echter opnieuw ook de opvatting, in lijn met de hierboven besproken 'holistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat', dat aan te nemen is dat personen in beginsel geen toestemming nodig hebben van de betrokken rechthebbende in het kader van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken om een incorporatie van zijn bescherming motiverend 'resultaat' van inspanningen, die met zijn toestemming in het verkeer gebracht werd, vervolgens, via de 'transmissie-door-duplicatie'-techniek, af te geven aan een andere persoon, zolang daarbij het volgende geldt: de handeling van het doorsturen van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object', via de 'transmissie-door-

afstelling van een component binnen het computersysteem B – in de regel opnieuw het binaire patroon van een reeks schakelcomponenten. Na deze overbrenging door duplicatie naar computersysteem B kan het specifieke patroon van binaire toestanden dat het digitale bestand uitmaakt binnen computersysteem A dan gewist worden. Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: L. NULL en J. LOBUR, *The essentials of computer organization and architecture*, Sudbury (Mass.) (o.a.), Jones and Bartlett Publishers, 2006, p. 198.

¹⁹⁰² Zie in die zin, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: H. SCHACK, "Rechtsprobleme der Online-Übermittlung", *GRUR* 2007, p. 643.

¹⁹⁰³ Zie in die zin, bijvoorbeeld: D. THUM, "UrhG § 87b Rechte des Datenbankherstellers" in A. WANDTKE and W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 36 ("Dem Vervielfältigungsrecht des Datenbankherstellers gem. § 87 b Abs. 1 S. 1 unterfallen in richtlinienkonformer Auslegung dabei nicht nur die dauerhafte Festlegung der Datenbank oder ihrer wesentlichen Teile, sondern auch vorübergehende Vervielfältigungen mit zeitlicher Löschung der Daten, wie sie regelmäßig im Arbeits- oder Zwischenspeicher eines Computers erfolgen, insb. die extrem kurzen Festlegungen, die im Zuge des online- oder offline-Browsens von Datenbanken entstehen (...)") en H. SENDROWSKI, "Zum Schutzrecht 'sui generis' an Datenbanken", *GRUR* 2005, p. 374.

duplicatie'-techniek houdt, eenmaal voltooid, ook het wissen in van het digitale bestand binnen het versturende computersysteem dat het uitgangspunt vormde voor de betrokken 'transmissie-door-duplicatie'. In lijn met de hierboven besproken 'holistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat', is de intellectueelrechtelijke relevantie van een afgifte van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object', via de 'transmissie-door-duplicatie'-techniek, volgens deze opvatting, in het kader van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, te beoordelen in het licht van het soort eindresultaat dat de betrokken handeling na zijn voltooiing teweegbrengt, bekeken in termen van een bepaalde geschiktheid om genot te verschaffen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverend 'resultaat' van inspanningen. Indien de afgifte, via de 'transmissie-door-duplicatie'-techniek, van een door de betrokken rechthebbende reeds in het verkeer gebrachte zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object', ook onmiddellijk of quasi-onmiddellijk het wissen inhoudt van de zintuiglijk waarneembare manifestatie die het uitgangspunt vormde voor deze 'transmissie-door-duplicatie' geldt volgens deze opvatting dan dus opnieuw het volgende: dat de duplicatie die gedurende korte tijd bestaat binnen het ontvangende computersysteem van de initiële zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object' die nog vervat ligt in het versturende computersysteem, geen hinderpaal vormt om de betrokken afgifte, indien alle voorwaarden daartoe vervuld zijn, vrij te stellen door de toepassing van de 'uitputtingsleer'. De aangewezen redenering hierbij is, volgens ons, dan niet dat rond de zonet aangehaalde duplicatie een 'uitputting' plaatsvindt van de bevoegdheid van de rechthebbende rond de categorie voorbehouden handelingen 'reproducen', 'opvragen' of 'hergebruik(publiek mededelen)¹⁹⁰⁴' maar wel dat deze duplicatie, zoals aangegeven, niet auteursrechtelijk relevant is in het licht van deze categorieën voorbehouden handelingen omdat deze duplicatie uiteindelijk niet resulteert in twee afzonderlijke mogelijkheden om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten die te danken zijn aan het bescherming motiverend 'resultaat' van inspanningen¹⁹⁰⁵.

Specifiek in het kader van het computerprogramma-auteursrecht, gaf het Europees Hof van Justitie, volgens ons, reeds blijk van een benadering rond de toepassing van de 'uitputtingsleer' ten aanzien van de 'transmissie-door-duplicatie'-techniek, die aansluit bij de zonet besproken analyse in lijn met de 'holistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat'. Het Hof gaf immers aan dat indien de eerste verkrijger van een materiële of immateriële kopie van een computerprogramma waarrond uitputting intrad, de op zijn computer gedownloade kopie, wanneer hij deze doorverkoopt, onbruikbaar maakt, dit feitencomeplex geen aanleiding geeft tot een intellectueelrechtelijk relevant 'reproducen'¹⁹⁰⁶. Ook in dit verband zorgt de grote nadruk die het Europees Hof van Justitie in het betrokken arrest legt op het *lex specialis* karakter van de Richtlijn Computerprogramma's er, volgens ons, dan voor dat niet met zekerheid te zeggen is of de zonet omschreven benadering van het Hof ook zonder meer toe te passen is op andere intellectuele rechten zoals het chipsrecht, het databanken-auteursrecht, het databankenrecht *sui generis* of het auteursrecht¹⁹⁰⁷.

¹⁹⁰⁴ Zie in die zin nochtans bijvoorbeeld: C. BERGER, "Der Schutz elektronischer Datenbanken nach der EG-Richtlinie vom 11. 3. 1996", *GRUR* 1997, p. 176 ("Durch das Inverkehrbringen des Werkexemplars der Datenbank hat sich nicht nur das Verbreitungsrecht des Urhebers erschöpft, wie dies Art. 5c) Satz 2 ausdrücklich vorsieht, sondern auch das Verbotshinsichtlich der Vervielfältigung, soweit dies zur normalen Nutzung der Datenbank erforderlich ist.").

¹⁹⁰⁵ Vergelijk voor een dergelijke redenering, bijvoorbeeld: T. DREIER, "Perspektiven einer Entwicklung des Urheberrechts" in J. BECKER en T. DREIER, *Urheberrecht und digitale Technologie*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, p. 135.

¹⁹⁰⁶ Zie: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*), r.o. 78 ("Zoals uit punt 70 van het onderhavige arrest blijkt moet de eerste verkrijger van een materiële of immateriële kopie van een computerprogramma waarvoor het distributierecht van de houder van het auteursrecht op grond van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 is uitgeput, de op zijn computer gedownloade kopie wanneer hij deze doorverkoopt onbruikbaar maken om het in artikel 4, lid 1, sub a, van richtlijn 2009/24 bedoelde exclusieve recht van die houder om zijn computerprogramma te reproducen niet te schenden.").

¹⁹⁰⁷ Zie: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*) r.o. 50-52 in combinatie met r.o. 51 en 56; Hierbij is dan op te merken dat de zonet aangehaalde redenering die het Europees Hof van Justitie opbouwde in de *UsedSoft*-zaak, specifiek in de context van het computerprogramma-auteursrecht (H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*), r.o. 78) op het eerste gezicht moeilijk te verzoenen is met het standpunt dat dit Hof, in de context van het auteursrecht, verdedigde in: H.v.J. 16 juli 2009, C-5/08, (*Infopaq International t. Danske Dagblades Forening*), r.o. 62 ("Voor de rechtszekerheid voor de

3.2.3. De wenselijkheid van de specialisatie

Op grond van de vorige twee onderdelen, bespreken we nu of de wenselijkheid van de ‘specialisatie’, die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren, inderdaad hieruit kan volgen: hun verschillende aanpak, in vergelijking met het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, specifiek op het vlak van het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die, rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *nieuwe* ‘consumptieketens’ doen ontstaan door een initieel ‘in het verkeer brengen’ van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ dan wel bestaande ‘consumptieketens’ voortzetten door een doen circuleren van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’. Daarbij geven we dus, zoals gezegd, met name aan of deze *sui generis* intellectuele rechten er op dit punt een verschillende aanpak op nahouden die, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, als volgt te analyseren is: als een, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, wenselijke specialisatie op het vlak van het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht.

Onze bespreking in dit verband omvat daarbij opnieuw twee fasen. Eerst (A.) inventariseren we de verschillen die vast te stellen zijn tussen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, enerzijds, en het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, anderzijds, op het vlak van het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een ‘doen circuleren’, bestaande ‘consumptieketens’ voortzetten rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen. Daarna (B.) bespreken we dan of de vastgestelde verschillen op dit vlak, binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, duiden op een wenselijke specialisatie door de betrokken *sui generis* intellectuele rechten.

A. Vaststelling verschillen

In het licht van wat hierboven aan bod kwam, stellen we vast dat doorheen het octrooirecht, het auteursrecht, het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging en de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, sterk verschillende benadering terug te vinden zijn op het vlak van het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die, rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *nieuwe* ‘consumptieketens’ doen ontstaan door een initieel ‘in het verkeer brengen’ van zintuiglijk waarneembare manifestaties onder hun bescherming, dan wel, bestaande ‘consumptieketens’ voortzetten door een doen circuleren van zintuiglijk waarneembare manifestaties onder hun bescherming. Het meest wezenlijke verschilpunt hierbij is dan met name of de betrokken beschermingsregelingen:

- zich **beperken tot** het verlenen van een bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare handelingen die door een ‘doen circuleren’ een *bestaande*, alternatieve ‘consumptieketen’ voortzetten rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van de zintuiglijk waarneembare manifestaties onder hun bescherming, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan dit bescherming motiverende resultaat van inspanningen, ten aanzien van die zintuiglijk waarneembare manifestaties onder hun bescherming die **‘in het verkeer’ gebracht** werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met de toestemming van de betrokken rechthebbende of belanghebbende producent.
- dan wel **ook** een zekere bevoegdheid verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die een *bestaande*, alternatieve ‘consumptieketen’ voortzetten rond aan het bescherming motiverende resultaat

auteursrechthebbenden is bovendien vereist dat het bewaren en het wissen van de reproductie niet afhankelijk zijn van een willekeurige menselijke interventie, namelijk van de gebruiker van de beschermde werken. In een dergelijk geval bestaat er immers geen garantie dat de betrokken persoon daadwerkelijk de gemaakte reproductie wist of althans deze reproductie wist zodra het bestaan ervan niet langer gerechtvaardigd is gelet op de functie ervan, die erin bestaat een technisch procedé mogelijk te maken.”); Zie rond de moeilijkheden om deze beide standpunten te verzoenen bijvoorbeeld ook: S. DEPREEUW, “De uitzondering voor ‘tijdelijke technische reproductiehandelingen’ na Infopaq I en II en Premier League”, *A&M* 2013, p. 79.

van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen door het doen circuleren van de zintuiglijk waarneembare manifestaties onder hun bescherming die **‘in het verkeer’ gebracht** werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met de toestemming van de betrokken rechthebbende of belanghebbende producent.

Rond het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ menen we dan te kunnen vaststellen dat dit op het vlak van het verlenen van een bevoegdheid om op te treden tegen zintuiglijk waarneembare handelingen die *nieuwe* ‘consumptieketens’ doen ontstaan door een initieel ‘in het verkeer brengen’ dan wel bestaande ‘consumptieketens’ voortzetten door een ‘doen circuleren’, *de facto* in belangrijk mate rekening houdt met het zonet vermelde onderscheid of het daarbij gaat om zintuiglijk waarneembare handelingen die: 1.) te situeren zijn binnen ‘consumptieketens’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die met de toestemming van de betrokken rechthebbende in het verkeer kwamen dan wel 2.) te situeren zijn binnen alternatieve ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’. Uit wat hierboven aan bod kwam, blijkt volgens ons, immers dat het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, in het licht van zijn typische toetsing rond de begeleidende omstandigheden van een ‘handelspraktijk’, doorgaans inderdaad een optreden toelaat tegen ‘handelspraktijken’ die *nieuwe* alternatieve ‘consumptieketens’ doen ontstaan door een initieel ‘in het verkeer brengen’ dan wel, door een ‘doen circuleren’, dergelijke alternatieve ‘consumptieketens’ voortzetten, *naast* de ‘consumptieketens’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen van de belanghebbende producent, ten aanzien van die incorporaties van dit ‘resultaat’ van inspanningen die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met de toestemming van deze belanghebbende producent. Op grond van de bespreking hierboven, is naar onze mening ook aan te nemen dat het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, bij gebrek aan het steunen op een relevant ‘kopiëren’, geen optreden toelaat tegen ‘handelspraktijken’ die een loutere voortzetting door een ‘doen circuleren’ inhouden van de bestaande ‘consumptieketens’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen van de belanghebbende producent, ten aanzien van die incorporaties van dit ‘resultaat’ van inspanningen die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met de toestemming van deze belanghebbende producent. Ook hier is dan echter op te merken dat het gegeven dat het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, zoals aangegeven, enkel optreedt ten aanzien van ‘handelspraktijken’ die schade veroorzaken of dreigen te veroorzaken aan de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen, er voor zorgt dat dit ingrijpen zich niet altijd consequent richt naar de rol die zintuiglijk waarneembare handelingen daadwerkelijk vervullen in het doen ontstaan of voortzetten van ‘consumptieketens’.

Het octrooirecht blijkt op het vlak van het verlenen van een bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare handelingen die *nieuwe* ‘consumptieketens’ doen ontstaan door een initieel ‘in het verkeer brengen’ dan wel bestaande ‘consumptieketens’ voortzetten door een ‘doen circuleren’, in beginsel, vrij strikt rekening te houden met het zonet vermelde onderscheid of het daarbij gaat om zintuiglijk waarneembare handelingen die: 1.) te situeren zijn binnen ‘consumptieketens’ ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die met de toestemming van de betrokken rechthebbende in het verkeer kwamen dan wel 2.) te situeren zijn binnen alternatieve ‘consumptieketens’ ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’.

Enerzijds, observeren we immers dat de categorie voorbehouden handelingen ‘in het verkeer brengen’ met inbegrip van de categorieën voorbehouden handelingen ‘aanbieden’ en daartoe ‘invoeren’ en ‘in voorraad hebben’ de rechthebbende uiteindelijk consequent een exclusieve bevoegdheid verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die *nieuwe* alternatieve ‘consumptieketens’ doen ontstaan door een initieel ‘in het verkeer brengen’ dan wel, door een ‘doen circuleren’, dergelijke alternatieve ‘consumptieketens’ voortzetten, *naast* de ‘consumptieketens’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan de ‘uitvinding’ van de rechthebbende, ten aanzien van die incorporaties van deze ‘uitvinding’ die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met de toestemming van deze rechthebbende.

Anderzijds, stellen we echter ook vast dat het octrooirecht er, via twee mechanismen, vrij consequent over waakt om de rechthebbende geen exclusieve bevoegdheid te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die een

loutere voortzetting door een ‘doen circuleren’ inhouden van de bestaande ‘consumptieketens’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan zijn ‘uitvinding’, ten aanzien van die incorporaties van deze ‘uitvinding’ die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met zijn toestemming. Deze twee mechanismen zijn: 1.) de toepassing van de inherente limiet van de ‘uitputtingsregel’ ten aanzien van de categorie voorbehouden handelingen ‘in het verkeer brengen’, met inbegrip van de categorieën voorbehouden handelingen ‘aanbieden’ en daartoe ‘invoeren’ en ‘in voorraad hebben’ en 2.) een passende afstelling van de categorieën voorbehouden handelingen waarop de ‘uitputtingsregel’ niet van toepassing is.

Het eerste mechanisme om te vermijden dat de exclusieve bevoegdheid van de betrokken rechthebbende zich uitstrekt tot zintuiglijk waarneembare handelingen die, binnen de betrokken consumptieketen, een dergelijk ‘doen circuleren’ inhouden van de incorporaties van de ‘uitvinding’ die deze rechthebbende met zijn toestemming in het verkeer bracht, is dan met name de toepassing van de inherente limiet van de ‘uitputtingsregel’ ten aanzien van de categorie voorbehouden handelingen ‘in het verkeer brengen’, met inbegrip van de categorieën voorbehouden handelingen ‘aanbieden’ en daartoe ‘invoeren’ en ‘in voorraad hebben’¹⁹⁰⁸. De consequentie waarmee het octrooirecht via deze ‘uitputtingsregel’ voor een vrijstelling zorgt van dit ‘doen circuleren’ binnen de ‘consumptieketens’ ten aanzien van de incorporaties van de uitvinding die de rechthebbende met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht, wordt hierbij dan met name in de hand gewerkt door verschillende factoren. De eerste factor is de opvatting dat het octrooirecht, zoals aangegeven, aanvaardt dat reeds sprake is van het voor het intreden van ‘uitputting’ vereiste ‘in het verkeer brengen’ van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ met de toestemming van de betrokken rechthebbende van zodra het volgende geldt: de rechthebbende stemt toe met de initiële afgifte van zijn feitelijke macht over de betrokken incorporatie van zijn ‘uitvinding’ aan een andere persoon. Deze opvatting maakt het met name onmogelijk voor de betrokkende rechthebbende om door de juridische kwalificatie van de overeenkomst die de afgifte regelt van zijn feitelijke macht over een incorporatie van de ‘uitvinding’ – bijvoorbeeld een kwalificatie als ‘verhuren’ – alsnog, op grond van het octrooirecht, een controle te verkrijgen over zintuiglijk waarneembare handelingen die in wezen een louter ‘doen circuleren’ inhouden binnen de bestaande ‘consumptieketen’ ten aanzien van de door hem afgegeven incorporatie van de ‘uitvinding’. De tweede factor die de zonet vermelde consequentie in de hand werkt van de betrokken vrijstelling op grond van de ‘uitputtingsregel’ is dan met name de opvatting die, in de betrokken discussie hierrond, aanneemt dat de geschiktheid van een incorporatie van de ‘uitvinding’ om te circuleren in het handelsverkeer ook maakt dat sprake is van een ‘voortbrengsel’ waarrond ‘uitputting’ kan intreden. Deze opvatting zorgt er immers voor dat telkens als er binnen de ‘consumptieketen’ ten aanzien van de door de rechthebbende of met zijn toestemming ‘in het verkeer’ gebrachte incorporaties van de ‘uitvinding’, een daadwerkelijke mogelijkheid bestaat om zintuiglijk waarneembare handelingen te stellen die een ‘doen circuleren’ inhouden van deze incorporaties er ook steeds een mogelijkheid is om voor het stellen van deze handelingen, in beginsel, een beroep te doen op de toepassing van de

¹⁹⁰⁸ Zie in dit verband uitdrukkelijk: Art. 53, lid 5 Nederlands Octrooiwet (“*Is een voortbrengsel als in het eerste lid, onder a of b, bedoeld, in Nederland of de Nederlandse Antillen of, indien het een Europees octrooi betreft, in Nederland rechtmatig in het verkeer gebracht, dan wel door de octrooihouder of met diens toestemming in één der Lid-Staten van de Europese Gemeenschap of in een andere staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte in het verkeer gebracht, dan handelt de verkrijger of latere houder niet in strijd met het octrooi, door dit voortbrengsel in of voor zijn bedrijf te gebruiken, te verkopen, te verhuren, af te leveren of anderszins te verhandelen, dan wel voor een of ander aan te bieden, in te voeren of in voorraad te hebben.*”) Vergelijk ook in het licht van de ongeschreven ‘uitputtingsregel’ binnen het Duitse octrooirecht, bijvoorbeeld: R. KRAßER, *Patentrecht. Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht.*, München, C.H. Beck, 2009, p. 793 (“*Ist eine Sache, in der eine durch Sachpatent geschützte Erfindung verwirklicht ist, durch den Patentinhaber oder mit seiner Zustimmung durch einen anderen in Verkehr gebracht worden, so unterliegen nach einem in Rechtsprechung und Schrifttum feststehenden Grundsatz das weitere Inverkehrbringen, das Anbieten und der Gebrauch dieser Sache nicht mehr dem Verbotungsrecht aus dem Patent. Jeder, der dazu tatsächlich in der Lage ist, darf die Sache veräußern oder auf sonstige Weise weitergeben, anbieten und gebrauchen sowie zu diesen Zwecken erwerben und besitzen, mag der Patentinhaber damit einverstanden sein oder nicht. Gleiches gilt für Erzeugnisse, die durch ein patentiertes Verfahren unmittelbar hergestellt und deshalb in die Wirkung des Verfahrenspatents einbezogen sind.*”) Hierbij is op te merken dat art. XI.34., §2 WER (oud art. 28, § 2 Octrooiwet) erg algemeen luidt: “*De uit een octrooi voortvloeiende rechten strekken zich niet uit tot handelingen die een door dit octrooi beschermd voortbrengsel betreffen en op Belgisch grondgebied worden verricht, nadat dit voortbrengsel door de octrooihouder of met zijn uitdrukkelijke toestemming in België in het verkeer is gebracht.*”.

‘uitputtingsleer’. De derde factor is dan dat het intreden van ‘uitputting’ binnen het octrooirecht zich ook uitstrekt tot alle categorieën voorbehouden handelingen waaraan de rechthebbende een directe controle had kunnen ontlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die een loutere voortzetting door een ‘doen circuleren’ inhouden van de bestaande ‘consumptieketens’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan zijn ‘uitvinding’, ten aanzien van die incorporaties van deze ‘uitvinding’ die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met zijn toestemming.

De vierde factor is dan dat de rechthebbende het intreden van ‘uitputting’ rond de categorieën voorbehouden handelingen ‘in het verkeer brengen’, ‘aanbieden’ en daartoe ‘invoeren’ en ‘in voorraad hebben’, niet langs contractuele weg kan verhinderen en geen intellectueelrechtelijke bevoegdheid kan ‘herwinnen’ over zintuiglijk waarneembare handelingen onder deze categorieën voorbehouden handelingen via een contract dat de gevolgen van de ‘uitputtingsleer’ wenst ongedaan te maken, net omdat ‘uitputting’ een inherente limiet uitmaakt van de bevoegdheid die het octrooirecht verleent rond deze categorieën voorbehouden handelingen. Dit houdt dan, in beginsel, concreet in dat indien de betrokken rechthebbende via een contract restricties oplegt aan zijn contractspartner rond het stellen, ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ waarrond uitputting intrad, van zintuiglijk waarneembare handelingen die, op grond van hun kenmerken, onder de categorieën voorbehouden handelingen ‘in het verkeer brengen’, ‘aanbieden’ en daartoe ‘invoeren’ en ‘in voorraad hebben’ hadden kunnen vallen, deze restricties geen *erga omnes* werking kunnen ontlenen aan het feit dat de rechthebbende door het opleggen van deze restricties zijn intellectueelrechtelijke bevoegdheid uitoefent. Het opleggen van deze restricties situeert zich integendeel buiten de inherente limieten van zijn intellectueelrechtelijke bevoegdheid.

Het tweede mechanisme om te vermijden dat de exclusieve bevoegdheid van de betrokken rechthebbende zich uitstrekt tot zintuiglijk waarneembare handelingen die, binnen de betrokken consumptieketen, een dergelijk ‘doen circuleren’ inhouden van de incorporaties van de ‘uitvinding’ die deze rechthebbende met zijn toestemming in het verkeer bracht, biedt zich dan met name aan naarmate aanvaard wordt dat zintuiglijk waarneembare handelingen pas onder de categorieën voorbehouden handelingen kunnen vallen waarop de ‘uitputtingsregel’ niet van toepassing is, indien deze zintuiglijk waarneembare handelingen ook aanleiding geven tot een bijkomende, zelfstandige mogelijkheid om de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten die te danken zijn aan de uitvinding. Deze opvatting laat dan met name toe om aan te nemen dat deze categorieën voorbehouden handelingen niet als aanknopingspunt kunnen dienen voor de rechthebbende om, alsnog, zintuiglijk waarneembare handelingen te controleren die inderdaad een loutere voortzetting door een ‘doen circuleren’ inhouden van de bestaande ‘consumptieketens’ ten aanzien van die incorporaties van de ‘uitvinding’ die hij met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht. Bij een dergelijk louter ‘doen circuleren’ gaat het, zoals aangegeven, immers om zintuiglijk waarneembare handelingen die geen aanleiding geven tot een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen van de rechthebbende, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van dit ‘resultaat’ van inspanningen, die deze rechthebbende met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken.

Rond het auteursrecht en de *sui generis* intellectuele rechten rond computerprogramma’s en databanken stellen we vast dat, specifiek op het vlak van het verlenen van een bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare handelingen die *nieuwe* ‘consumptieketens’ doen ontstaan door een initieel ‘in het verkeer brengen’ en zintuiglijk waarneembare handelingen die bestaande ‘consumptieketens’ voortzetten door een ‘doen circuleren’, deze intellectuele rechten daarbij slechts tot op zekere hoogte rekening houden met het gegeven of het hierbij gaat om zintuiglijk waarneembare handelingen die: 1.) te situeren zijn binnen ‘consumptieketens’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die met de toestemming van de betrokken rechthebbende in het verkeer kwamen dan wel 2.) te situeren zijn binnen alternatieve ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’.

Aan de ene kant, stellen we inderdaad vast de categorieën voorbehouden handelingen ‘distribueren’ en ‘hergebruiken (doen circuleren)’ de betrokken rechthebbende consequent een exclusieve bevoegdheid verlenen

over zintuiglijk waarneembare handelingen die *nieuwe* alternatieve ‘consumptieketens’ doen ontstaan door een initieel ‘in het verkeer brengen’ dan wel, door een ‘doen circuleren’, dergelijke alternatieve ‘consumptieketens’ voortzetten, *naast* de ‘consumptieketens’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan de ‘uitvinding’ van de rechthebbende, ten aanzien van die incorporaties van deze ‘uitvinding’ die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met de toestemming van deze rechthebbende.

Aan de andere kant, observeren we echter ook dat het auteursrecht en de *sui generis* intellectuele rechten rond computerprogramma’s en databanken er niet consequent over waken om de rechthebbende geen exclusieve bevoegdheid te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die een loutere voortzetting door een ‘doen circuleren’ inhouden van de bestaande ‘consumptieketens’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan zijn bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, ten aanzien van die incorporaties van dit ‘resultaat’ van inspanningen die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met zijn toestemming. Door de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ ten aanzien van de categorieën voorbehouden handelingen ‘distribueren’ en ‘hergebruiken (doen circuleren)’ zorgen het auteursrecht en de *sui generis* intellectuele rechten rond computerprogramma’s en databanken, enerzijds, inderdaad voor een belangrijke beperking van de mogelijkheden van de betrokken rechthebbende om, op grond van deze intellectuele rechten, nog zintuiglijk waarneembare handelingen te controleren ten aanzien van de door hem afgegeven incorporaties van zijn bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen die in wezen een louter ‘doen circuleren’ inhouden binnen de bestaande ‘consumptieketens’ ten aanzien van deze incorporaties. Anderzijds, laten het auteursrecht en de *sui generis* intellectuele rechten rond computerprogramma’s en databanken de betrokken rechthebbende echter ook verschillende aanknopingspunt om alsnog, op grond van deze intellectuele rechten, zintuiglijk waarneembare handelingen te controleren die in wezen een loutere voortzetting door een ‘doen circuleren’ inhouden van de bestaande ‘consumptieketens’ ten aanzien van de door hem afgegeven incorporaties van zijn bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen. Een eerste dergelijk aanknopingspunt biedt zich dan met name aan naarmate aanvaard wordt dat de rechthebbende het intreden van ‘uitputting’ kan vermijden door de juridische kwalificatie van de overeenkomst die de afgifte regelt van zijn feitelijk macht over een incorporatie van zijn bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen’, met name dan door deze overeenkomst niet te kwalificeren als een ‘eigendomsoverdracht’ rond deze incorporatie. Een tweede aanknopingspunt voor de zonet vermelde controle over een louter ‘doen circuleren’ van met toestemming in het verkeer gebrachte zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, biedt zich aan in zoverre aanvaard wordt dat de rechthebbende het intreden van ‘uitputting’ kan vermijden door er voor te opteren om niet-tastbare, onstoffelijke incorporaties van zijn bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen’ te verspreiden, ook al hebben deze incorporaties *de facto* de geschiktheid om te circuleren. Een derde aanknopingspunt voor een dergelijke controle over een louter ‘doen circuleren’ van met toestemming in het verkeer gebrachte zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, biedt zich dan met name aan naarmate aanvaard wordt dat de categorieën voorbehouden handelingen die niet onder de ‘uitputtingsregel’ vallen, bijvoorbeeld ‘reproducen’ of ‘opvragen’, zich ook kunnen uitstrekken tot zintuiglijk waarneembare handelingen die geen nieuwe ‘consumptieketen’ doen ontstaan en dus eventueel ook tot zintuiglijk waarneembare handelingen die de loutere voortzetting inhouden van een bestaande consumptieketen door een ‘doen circuleren’. Een vierde aanknopingspunt voor de zonet vermelde controle over een louter ‘doen circuleren’ van met toestemming in het verkeer gebrachte zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, biedt zich aan in zoverre aangenomen wordt dat het intreden van ‘uitputting’ binnen de betrokken intellectuele rechten zich niet uitstrekt tot de categorie voorbehouden handelingen ‘verhuren’.

Rond het chipsrecht, ten slotte, is het moeilijk om met zekerheid te zeggen in welke mate dit intellectuele recht, specifiek op het vlak van het verlenen van een bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare handelingen die *nieuwe* ‘consumptieketens’ doen ontstaan door een initieel ‘in het verkeer brengen’ en zintuiglijk waarneembare handelingen die bestaande ‘consumptieketens’ voortzetten door een ‘doen circuleren’, dan precies rekening houdt met het gegeven of het hierbij gaat om zintuiglijk waarneembare handelingen die: 1.) te situeren zijn binnen ‘consumptieketens’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die met de toestemming van de betrokken rechthebbende in het verkeer kwamen dan wel 2.) te situeren zijn binnen alternatieve ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’.

Eenzijds, menen we te mogen vaststellen dat de categorie voorbehouden handelingen ‘commercieel exploiteren’ de betrokken rechthebbende consequent een exclusieve bevoegdheid verleent over zintuiglijk waarneembare handelingen die *nieuwe* alternatieve ‘consumptieketens’ doen ontstaan door een initieel ‘in het verkeer brengen’ dan wel dergelijke alternatieve ‘consumptieketen’ voortzetten door een ‘doen circuleren’, *naast* de ‘consumptieketens’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan de ‘uitvinding’ van de rechthebbende, ten aanzien van die incorporaties van deze ‘uitvinding’ die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met de toestemming van deze rechthebbende.

Anderzijds, menen we ook te mogen vaststellen dat het chipsrecht, door de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ ten aanzien van de categorie voorbehouden handelingen ‘commercieel exploiteren’ een belangrijke beperking voorziet rond de mogelijkheden van de rechthebbende om, op grond van het chipsrecht, nog zintuiglijk waarneembare handelingen te controleren ten aanzien van de door hem afgegeven incorporaties van zijn bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, die in wezen een louter ‘doen circuleren’ inhouden binnen de bestaande ‘consumptieketens’ ten aanzien van deze incorporaties. Het is daarbij echter moeilijk om uitspraken te doen over de mate waarin het chipsrecht er ook consequent over waakt om de rechthebbende geen exclusieve bevoegdheid te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die een loutere voortzetting door een ‘doen circuleren’ inhouden van de bestaande ‘consumptieketens’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan zijn bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, ten aanzien van die incorporaties van dit ‘resultaat’ van inspanningen die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met zijn toestemming. In dit verband zijn er uiteindelijk immers te weinig precieze en gezaghebbende aanwijzingen beschikbaar rond de reikwijdte van de categorieën voorbehouden handelingen en de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ binnen het chipsrecht.

B. Evaluatie

Vervolgens evalueren we nu of de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, specifiek op het vlak van het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die, rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *nieuwe* ‘consumptieketens’ doen ontstaan door een initieel ‘in het verkeer brengen’ van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ dan wel bestaande ‘consumptieketens’ voortzetten door een doen circuleren van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, blijk geven van een verschillende benadering, in vergelijking met het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, waarrond het volgende geldt: binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, is dit verschil in benadering te analyseren als een mogelijk argument om de wenselijkheid te staven, van de specialisatie die deze *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht. Daarbij gaan we dus in wezen na of deze *sui generis* intellectuele rechten op dit vlak blijk geven van een verschillende inhoud of mate van precisering van gedragsvoorschriften waarvan aannemelijk is dat deze een bijdrage levert tot een meer gerechtvaardigde regeling die opweegt tegen de juridische inspanningen die deze *sui generis* intellectuele rechten veroorzaken door de hogere graad van differentiatie van gedragsvoorschriften die zij teweegbrengen binnen het intellectuele eigendomsrecht. Als referentiepunt bij deze evaluatie, richten we ons dan met name opnieuw naar de theoretische modellen van een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, zoals aangegeven, als een passende leidraad ziet voor het ingrijpen van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten. Rond het chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht gaat het daarbij dus om het theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving gebonden is aan een concrete vormgeving. In het geval van het databankenrecht *sui generis* betreft het dus het theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’.

De zonet beschreven evaluatie werken we in wat volgt nu met name uit in twee stappen. Eerst (B.1.) verduidelijken we wat geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ de aangewezen aanpak is voor de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken op het vlak van het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die, rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *nieuwe* ‘consumptieketens’ doen ontstaan door een initieel ‘in het verkeer brengen’ van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’

dan wel bestaande ‘consumptieketens’ voortzetten door een doen circuleren van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’. Vervolgens (B.2.) bespreken we dan opnieuw wat deze analyse in het licht van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ zegt over de concrete aanpak die deze *sui generis* intellectuele rechten hanteren op dit vlak, als mogelijk argument om de wenselijkheid te staven van hun specialisatie.

B.1. Regel op grond van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’

Doorheen de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, geldt volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, zoals aangegeven, dat zij met het oog op een, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal ingrijpen, steeds als volgt te werk moeten gaan op het vlak van het verlenen van een bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare handelingen die, rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *nieuwe* ‘consumptieketens’ doen ontstaan door een initieel ‘in het verkeer brengen’ van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ dan wel bestaande ‘consumptieketens’ voortzetten door een doen circuleren van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’:

- enerzijds moeten deze beschermingsregelingen de belanghebbende producent of rechthebbende, **steeds een bevoegdheid** verlenen die toelaat om die zintuiglijk waarneembare handelingen afhankelijk te maken van zijn toestemming die, rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *nieuwe* alternatieve ‘consumptieketens’ doen ontstaan door een initieel ‘in het verkeer brengen’ dan wel bestaande alternatieve ‘consumptieketens’ voortzetten door een doen circuleren, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan dit bescherming motiverende ‘resultaat’ van zijn inspanningen ten aanzien van de incorporaties van dit ‘resultaat’ van inspanningen die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met zijn toestemming;
- anderzijds behoren deze beschermingsregelingen de belanghebbende producent of rechthebbende, **geen bevoegdheid** te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een ‘doen circuleren’, louter ‘consumptieketens’ voortzetten rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan zijn bescherming motiverend resultaat van inspanningen, ten aanzien van de incorporaties van dit ‘resultaat’ van inspanningen die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met zijn toestemming.

Voor haar zonet vermelde richtlijn dat de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht de belanghebbende producent of rechthebbende **steeds een bevoegdheid** moeten verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die, rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *nieuwe* alternatieve ‘consumptieketens’ doen ontstaan door een initieel ‘in het verkeer brengen’ dan wel bestaande alternatieve ‘consumptieketens’ voortzetten door een doen circuleren, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan dit bescherming motiverende ‘resultaat’ van zijn inspanningen ten aanzien van de incorporaties van dit ‘resultaat’ van inspanningen die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met zijn toestemming, vertrekt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan met name van de volgende observatie: bij de zintuiglijk waarneembare handelingen waarop deze richtlijn slaat, gaat het steeds om zintuiglijk waarneembare handelingen die resulteren in een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die in wezen mogelijk gemaakt zijn door te steunen op (de positieve effecten van) het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen van de belanghebbende producent of rechthebbende, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van dit ‘resultaat’ van inspanningen, die deze belanghebbende producent of rechthebbende met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken. Uit deze observatie leidt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan ook af dat rond de zonet gepreciseerde zintuiglijk waarneembare handelingen steeds een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht aan de orde is met het oog op het vermijden van positieve externe effecten, overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen rond een passende investeringsbescherming, en met het oog op het verhinderen van het ‘stelen’ van inspanningen, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen rond een passende investeringsbescherming. Rond de zonet

gepreciseerde zintuiglijk waarneembare handelingen geldt dan immers dat er rekening mee te houden is dat zij het volgende doen: zij dragen uiteindelijk bij tot een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat steunt op (de positieve effecten van) het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen van de belanghebbende producent of rechthebbende dat deze belanghebbende producent of rechthebbende niet afhankelijk kon maken van het afsluiten van een overeenkomst met hem, louter op grond van zakenrechtelijke rechten over de incorporaties van dit ‘resultaat’ van inspanningen die hij zelf vervaardigde. De zonet gepreciseerde zintuiglijk waarneembare handelingen dragen namelijk uiteindelijk bij tot een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan de (de positieve effecten van) het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen van de belanghebbende producent of rechthebbende, dat deze belanghebbende producent of rechthebbende *niet* kon incalculeren op het ogenblik dat hij zijn toestemming gaf tot de initiële afgifte van zijn feitelijke macht over de incorporaties van dit ‘resultaat’ van inspanningen die hij zelf vervaardigde, door, op het moment van deze afgifte, rekening te houden met de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken die hij deze incorporaties meegaf en met de aan deze concrete kenmerken gekoppelde capaciteit om een *genot* te verschaffen van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan (de positieve effecten van) zijn betrokken ‘resultaat’ van inspanningen binnen specifieke ruimtelijke en temporele limieten.

Voor haar zonet vermelde richtlijn dat de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht de belanghebbende producent of rechthebbende **geen bevoegdheid** behoren te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een ‘doen circuleren’, louter ‘consumptieketens’ voortzetten rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan zijn bescherming motiverend resultaat van inspanningen, ten aanzien van de incorporaties van dit ‘resultaat’ van inspanningen die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met zijn toestemming, vertrekt de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan met name van de volgende observatie: bij de zintuiglijk waarneembare handelingen waarop deze richtlijn slaat, gaat het steeds om zintuiglijk waarneembare handelingen die enkel bijdragen tot een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat in wezen mogelijk gemaakt is door te steunen op (de positieve effecten van) het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen van de belanghebbende producent of rechthebbende, *binnen* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke *genot* van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen, die deze belanghebbende producent of rechthebbende met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken. De zonet gepreciseerde zintuiglijk waarneembare handelingen dragen dus in wezen enkel bij tot een *genot* van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat weliswaar te danken is aan het bescherming motiverend resultaat van inspanningen van de betrokken belanghebbende producent of rechthebbende maar dat ook in te calculeren was voor de belanghebbende producent of rechthebbende op het ogenblik dat hij toestemde in de initiële afgifte van de incorporaties van dit ‘resultaat’ van inspanningen¹⁹⁰⁹. Deze observatie leidt de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan tot het besluit dat rond de zonet gepreciseerde zintuiglijk waarneembare handelingen *geen* ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht meer aan de orde is met het oog op het vermijden van positieve externe effecten, overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen rond een passende investeringsbescherming, en al evenmin met het oog op het verhinderen van het ‘stelen’ van inspanningen, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen rond een passende investeringsbescherming. Rond de zonet gepreciseerde zintuiglijk waarneembare handelingen geldt volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ namelijk dat zij niet resulteren in een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat steunt op (de positieve effecten van) het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen van de

¹⁹⁰⁹ Vergelijk op dit vlak: U. JOOS, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p. 80-81 (“Für die Ausnahme beim Verbreitungsrecht gibt es Gründe: die Beschränkung dieses Rechts auf die erste rechtmäßige Verbreitung ist tragbar, da das regelmäßige Maß weitere Werknutzung durch Verbreitung abschätzbar ist; schon die begrenzte Lebensdauer der materiellen Trägersubstanz setzt der Nutzung Grenzen.”); Zie ook D. VISSER, *Auteursrecht op Toegang. De exploitatierechten van de auteur in het tijdperk van digitale informatie en netwerkcommunicatie*, 1997, 's-Gravenhage, VUGA Uitgeverij B.V., p. 31 (Met name waar VISSER aangeeft dat de toepassing van de uitputtingsleer te verantwoorden is door het feit dat een auteur bij de initiële verkoop van een exemplaar van een ‘werk’ kan incalculeren dat het betrokken exemplaar mogelijk verder zal verkocht worden.)

belanghebbende producent of rechthebbende, waarrond een verder ingrijpen nodig is van het intellectuele eigendomsrecht om te verzekeren dat dit genot ook onderworpen is aan zijn toestemming. In zoverre de betrokken belanghebbende producent of rechthebbende, in beginsel, een beroep kon doen op het ingrijpen van zakenrechtelijke rechten in combinatie met het intellectuele eigendomsrecht, om de initiële afgifte van zijn feitelijk macht over incorporaties van zijn bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen steeds afhankelijk te maken van zijn toestemming, is dan immers volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ aan te nemen dat ook het volgende geldt:

- indien de betrokken belanghebbende producent of rechthebbende zonder meer instemt met de definitieve afgifte van zijn feitelijke macht over de incorporaties van zijn bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen is aan te nemen dat hij ook toestemt met die zintuiglijk waarneembare handelingen die er toe bijdragen om, om het even welke, persoon een *genot* toe te laten van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat te danken is aan zijn bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, *binnen* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke, ongewijzigde incorporaties ervan, en is rond deze zintuiglijk waarneembare handelingen dus geen ingrijpen aan de orde van het intellectuele eigendomsrecht met het oog op het vermijden van positieve externe effecten en al evenmin met het oog op het verhinderen van het stelen van inspanningen;
- indien de betrokken belanghebbende producent of rechthebbende zijn toestemming rond de afgifte van zijn feitelijke macht over de incorporaties van zijn bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen koppelt aan ‘gebruiksbeperkingen’ is aan te nemen dat, ten aanzien van zintuiglijk waarneembare handelingen die *geen* aanleiding geven tot een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan zijn bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke, ongewijzigde incorporaties ervan, het afdwingen van deze gebruiksbeperkingen rond de afgegeven specifieke incorporatie door een beroep te doen op zakenrechtelijke rechten en het verbintenissenrecht reeds volstaan voor het vermijden van positieve externe effecten en het stelen van inspanningen.

Volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ is het dus een constante doorheen de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht dat zij de belanghebbende producent of rechthebbende, steeds overeenkomstig de zonet beschreven richtlijnen al dan niet een bevoegdheid behoren te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die, rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *nieuwe* ‘consumptieketens’ doen ontstaan door een initieel ‘in het verkeer brengen’ van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ dan wel bestaande ‘consumptieketens’ voortzetten door een doen circuleren van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’.

In het licht van deze constante is het volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dus echter wel opnieuw zo dat rekening te houden is met een belangrijk verschil tussen intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ op het vlak van het afbakenen van de groep zintuiglijk waarneembare manifestaties ten aanzien waarvan zij, met het oog op het vermijden van ‘imitatievoordeel’, de zonet vermelde bevoegdheid dienen te verlenen aan de belanghebbende producent of de rechthebbende. In zoverre **intellectuele rechten** ingezet worden om ‘imitatievoordeel’ te traceren en te neutraliseren rond resultaten van ‘intellectuele arbeid’ kunnen zij, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, voor het afbakenen van de betrokken groep zintuiglijk waarneembare manifestaties, zoals aangegeven, steeds terugvallen op een afbakening van het ‘object’ overeenkomstig de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’. In zoverre het **ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’** ook ingezet wordt om ‘imitatievoordeel’ te traceren en te neutraliseren rond resultaten van ‘handenarbeid’ dient het de afbakening van de betrokken groep zintuiglijk waarneembare manifestaties volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, zoals aangegeven, te richten naar een toetsing van het geheel van de betrokken feitelijke omstandigheden rond een ‘kopiëren’.

B.2. Beoordeling op grond van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’

Met het oog op een vanuit de specifieke focus van ons onderzoek optimaal ingrijpen, op het vlak van het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die, rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *nieuwe* ‘consumptieketens’ doen ontstaan door een initieel ‘in het verkeer brengen’ van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ dan wel bestaande ‘consumptieketens’ voortzetten door een doen circuleren van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, behoren de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dus uiteindelijk steeds dezelfde, hierboven besproken, algemene richtlijn te implementeren die alle beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht daartoe moeten aanhouden op dit vlak. Dit betekent dus ook dat, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ en de specifieke focus van ons onderzoek, geen argument te vinden is voor de wenselijkheid van de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, in hun eventuele verschillende aanpak rond het verlenen van een bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare manifestaties met de zonet gepreciseerde rol in het doen ontstaan of voortzetten van consumptieketens.

In het kader van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken komt het er, volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, dus veeleer op aan om hun concrete bepalingen en beginselen zo te interpreteren dat deze inderdaad toelaten om de hierboven besproken, algemene richtlijn te implementeren die de systematiek rond ‘imitatieoordeel’, voor alle beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, voorschrijft op het vlak van het verlenen van een bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare handelingen die, rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *nieuwe* ‘consumptieketens’ doen ontstaan door een initieel ‘in het verkeer brengen’ van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ dan wel bestaande ‘consumptieketens’ voortzetten door een doen circuleren van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’.

Volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ vraagt dit dan met name een interpretatie van de concrete bepalingen en beginselen van de *sui generis* intellectuele rechten die zich zoveel mogelijk aan het volgende houdt: 1.) de rechthebbende consequent een exclusieve bevoegdheid verlenen over ‘doen circuleren’ die echter onder een passend afgestelde ‘uitputtingsregel’ valt en 2.) een passende afstelling van de categorieën voorbehouden handelingen die niet onder de ‘uitputtingsregel’ vallen.

Bij een passende afstelling van de ‘uitputtingsregel’ acht de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan met name de volgende punten belangrijk met het oog op de implementatie van haar hierboven besproken richtlijnen: 1.) de toestemming van de rechthebbende rond de initiële afgifte van zijn feitelijke macht over een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ kwalificeert reeds als een ‘in verkeer brengen’ met het oog op het intreden van ‘uitputting’¹⁹¹⁰; 2.) de ‘geschiktheid tot circuleren’ van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ in de zin dat deze zintuiglijk waarneembare manifestatie, ook onafhankelijk van verdere zintuiglijk waarneembare handelingen van de rechthebbende en na haar afgifte, haar geschiktheid behoudt tot het verschaffen van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, maakt dat deze zintuiglijk waarneembare manifestatie in aanmerking komt voor de toepassing van de ‘uitputtingsregel’ en 3.) de toepassing van de ‘uitputtingsregel’ strekt zich consequent uit tot alle categorieën voorbehouden handelingen waaraan de rechthebbende een directe controle had kunnen ontnemen over zintuiglijk waarneembare manifestaties die de loutere voortzetting door een ‘doen circuleren’ inhouden van de ‘consumptieketens’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan zijn bescherming motiverend resultaat van inspanningen, ten aanzien van de incorporaties van dit

¹⁹¹⁰ Vergelijk met betrekking tot het belang van het criterium van een ‘in verkeer brengen’ met het oog op het intreden van uitputting, bijvoorbeeld: P. KOEHLER, *Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich*, München, Verlag C.H. Beck, 2000, p. 74 (“Mit Hilfe des Veräußerungsbegriffs der Erschöpfung des §17 Abs. 2 UrhG bringt der Gesetzgeber das Ergebnis einer Abstrakt-generellen Abwägung zwischen dem Interesse der Allgemeinheit am freien und ungehinderten Warenverkehr und dem des Urhebers an einer umfassenden Werkverwertung zum Ausdruck. Die konkrete individuelle Interessenlage der Parteien im Zusammenhang mit dem Inverkehrbringen eines Werkgegenstandes hat für die Auslegung des Veräußerungsbegriffs keine Bedeutung. Deshalb ist die Erschöpfung des Verbreitungsrechts von den Beteiligten auch nicht abdingbar; es handelt sich um zwingendes Recht.”).

‘resultaat’ van inspanningen die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met zijn toestemming.

Op het vlak van een passende afstelling van de categorieën voorbehouden handelingen die niet onder de ‘uitputtingsregel’ vallen, acht de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ het dan met name belangrijk dat het volgende geldt: dat deze categorieën voorbehouden handelingen zich principieel niet uitstrekken tot die zintuiglijk waarneembare handelingen die, ondanks de eventuele duplicaties of wijzigingen die deze handelingen teweegbrengen, louter de voortzetting door een ‘doen circuleren’ inhouden van de ‘consumptieketens’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverend resultaat van inspanningen, ten aanzien van die incorporaties van dit ‘resultaat’ van inspanningen die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met de toestemming van de betrokken rechthebbende.

3.3. Consumptieketens voortzetten door het ‘gebruikmaken’ van zintuiglijk waarneembare manifestaties

Ten derde bespreken we dan of de wenselijkheid van de ‘specialisatie’, doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, kan volgen uit de onderscheiden mate waarin zij, in vergelijking tot het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, het volgende doen: de rechthebbende een controle verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die ‘consumptieketens’ **voortzetten** rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen door een **gebruikmaken** van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’. Als criterium om binnen de zonet aangehaalde beschermingsregimes de aanknopingspunten te traceren die relevant zijn voor het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die dergelijke ‘consumptieketens’ voortzetten door een gebruikmaken¹⁹¹¹, menen wij ons dan met name te kunnen richten naar het volgende criterium: gaat het om het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen waarmee een persoon zijn ervaring van behoeftebevrediging ontlokt aan een specifieke, bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen de groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties die een geschiktheid tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen danken aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen. Zowel binnen de regelgeving als de bestaande interpretaties rond het octrooirecht, het auteursrecht, het ingrijpen tegen parasitaire mededinging en de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, is het volgens ons immers in wezen niet ongebruikelijk om bij het analyseren en systematiseren van de bevoegdheden die deze beschermingsregimes verlenen aandacht te hebben voor het volgende gegeven: of deze bevoegdheden zich ook uitstrekken tot zintuiglijk waarneembare handelingen waarmee een persoon zijn ervaring van behoeftebevrediging ontlokt aan bepaalde relevante zintuiglijk waarneembare manifestaties. Tegelijk is het feit of een zintuiglijk waarneembare handeling inhoudt dat een persoon zijn ervaring van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ontlokt aan een zintuiglijk waarneembare manifestatie, specifiek dan zonder daarbij aanleiding te geven tot het doen ontstaan van een nieuwe ‘consumptieketen’, zoals aangegeven ook bepalend voor de vraag of deze zintuiglijk waarneembare handeling inderdaad een bestaande ‘consumptieketen’ voortzet door een gebruikmaken.

Om in dit onderdeel nu aan te geven of de wenselijkheid van de ‘specialisatie’, doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken kan volgen uit hun aanpak rond zintuiglijk waarneembare handelingen die, ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, bestaande ‘consumptieketens’ voortzetten rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen door een ‘gebruikmaken’, opteren we opnieuw voor de volgende structuur. Ten eerste (3.2.1.), bespreken we de bestaande opvattingen rond de controle die een persoon aan het octrooirecht, auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ kan ontlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen waarmee een persoon zijn ervaring van behoeftebevrediging ontlokt ten aanzien van een specifieke, bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie. Ten tweede (3.2.2.), gaan we dan in op de bestaande opvattingen rond de controle die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s

¹⁹¹¹ De zoektocht naar een dergelijk criterium is daarbij met name noodzakelijk omdat het binnen de relevante regelgeving en bestaande interpretaties rond de betrokken beschermingsregimes nu eenmaal niet gebruikelijk is om de bevoegdheden die deze beschermingsregimes verlenen, te preciseren of te analyseren in termen van het voortzetten van ‘consumptieketens’ door een gebruikmaken.

en databanken de rechthebbende bieden over zintuiglijk waarneembare handelingen waarmee een persoon zijn ervaring van behoeftebevrediging ontlokt ten aanzien van een specifieke, bestaande zintuiglijk waarneembare manifestatie. Vervolgens (3.2.3.) gaan we dan na of hieruit blijkt dat de betrokken *sui generis* intellectuele rechten er, in vergelijking met het octrooirecht, auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, een wenselijke specialisatie op nahouden op het vlak van het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die door een ‘gebruikmaken’ bestaande ‘consumptieketens’ voortzetten rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen. Daarbij gaan we dus met name opnieuw na of zij er op dit vlak een verschillende aanpak op nahouden die, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, als volgt te analyseren is: als een, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, wenselijke specialisatie op het vlak van het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht.

3.3.1. De bestaande beschermingsregelingen

Doorheen de relevante, traditionele beschermingsregelingen binnen onze comparatieve toetsing stellen we vast dat, indien zij bescherming verlenen, het niet ongebruikelijk is dat zij een persoon daarbij een bepaalde controle verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen waarmee een andere persoon zijn ervaring van behoeftebevrediging ontlokt ten aanzien van bepaalde incorporaties van inspanningen of daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties. Dit punt lichten we verder toe in het licht van (A.) de betrokken intellectuele rechten, met name het octrooirecht en het auteursrecht, en (B.) het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’.

A. Intellectuele rechten

In het licht van het octrooirecht en het auteursrecht stellen we vast dat zij een sterk verschillende benadering hanteren op het vlak van de controle die zij rechthebbenden verschaffen over zintuiglijk waarneembare handelingen waarmee een persoon zijn ervaring van behoeftebevrediging ontlokt aan een ‘bestaande’ zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’. Tekenend voor dit verschil is dat ‘gebruiken van een voortbrengsel’ een uitdrukkelijke categorie voorbehouden handelingen is binnen het octrooirecht¹⁹¹² terwijl binnen het auteursrecht vaak aangenomen wordt dat dit de rechthebbende principieel geen exclusieve bevoegdheid verleent over het eigenlijke ‘gebruik’ van zijn ‘werk’¹⁹¹³. In wat volgt, gaan we dieper in op de benadering die (A.1.) het octrooirecht en (A.2.) het auteursrecht hanteren rond het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen waarmee een persoon zijn ervaring van behoeftebevrediging ontlokt aan een ‘bestaande’ zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’.

A.1. Octrooirecht: ‘gebruiken’ als een uitdrukkelijke categorie voorbehouden handelingen

¹⁹¹² Zie: art. XI.29., §1, a. en c. WER (oud art. 27, §1, a. en c. Octrooiwet).

¹⁹¹³ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. QUAEDVLIEG, Noot bij H.v.J., 17 april 2008, C-456/06, (Peek & Cloppenburg t. Cassina), AMI 2009, p.151 (“Maar anderzijds kent het auteursrecht óók het beginsel dat gebruik vrij is. Het enkele gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal kan geen te verbieden exploitatiehandeling opleveren, ...”); D. HEERMA, “§ 15 Allgemeines” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 6 (“Die private Nutzung ist grds. nach der traditionellen Konzeption des Urheberrechts gemeinfrei, d. h. sie bleibt von den Verwertungsrechten des Urhebers ausgeklammert.”); S. DUSOLLIER, *Droit d’Auteur et Protection des Oeuvres dans l’Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 329; Bundesgerichtshof 4 oktober 1990 (Betriebssystem), GRUR 1991, p. 449 (p. 453: “Im übrigen ist zu beachten, daß die reine Benutzung - im Gegensatz zu den technischen Nutzungsrechten - urheberrechtlich nicht erfaßt wird. Die Benutzung eines Werkes als solche ist kein urheberrechtlich relevanter Vorgang. Dies gilt für das Benutzen eines Computerprogramms ebenso wie für das Lesen eines Buches, das Anhören einer Schallplatte, das Betrachten eines Kunstwerks oder eines Videofilms.”); Vergelijk ook: W. CORNISH en D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 464 (“In British patent law, as we have seen, the monopoly right was extended to use, as well as manufacture and sale, thus enabling the patentee and his associates to exercise whatever control over their own products seemed advantageous. In British copyright law, the same basic assumption has not been made.”).

Binnen het octrooirecht is volgens ons dus aan te nemen dat de categorie voorbehouden handelingen ‘gebruiken van een voortbrengsel’, het directe aanknopingspunt vormt om de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen waarmee een persoon zijn ervaring van behoeftebevrediging ontlokt aan een ‘bestaande’ zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’. Dit ‘gebruiken van een voortbrengsel’ is daarbij met name een uitdrukkelijke categorie voorbehouden handelingen zowel rond voortbrengselen waarop een voortbrengsel-octrooi betrekking heeft als rond voortbrengselen die rechtstreeks tot stand kwamen via de werkwijze waarop een werkwijze-octrooi betrekking heeft¹⁹¹⁴.

In dit onderdeel, gaan we nu met name na welke aanwijzingen de bestaande, normatieve interpretaties rond deze categorie voorbehouden handelingen ons bieden op het volgende vlak: (A.1.1.) de inherente zintuiglijke waarneembare kenmerken die handelingen moeten vertonen om te kunnen kwalificeren als de betrokken categorieën voorbehouden handelingen en (A.1.2.) de contextgebonden factoren die bepalen of concrete handelingen met de daartoe vereiste inherente zintuiglijke waarneembare kenmerken ook daadwerkelijk onder de betrokken categorieën voorbehouden handelingen vallen¹⁹¹⁵.

A.1.1. Soort handelingen

Rond de categorie voorbehouden handelingen ‘gebruiken’ van een voortbrengsel¹⁹¹⁶ binnen het octrooirecht, is een eerste vraag dan met name opnieuw de volgende: welke inherente zintuiglijke waarneembare kenmerken, handelingen precies moeten vertonen om te kunnen kwalificeren als een dergelijk ‘gebruiken’. In dit verband blijkt het octrooirecht de inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken die een handeling moet vertonen om te kunnen kwalificeren als een ‘gebruiken van een voortbrengsel’, volgens ons, dan met name als volgt te bepalen: het moet gaan om een zintuiglijk waarneembare handeling die een zintuiglijk waarneembare manifestatie aanwendt die kan kwalificeren als een ‘voortbrengsel¹⁹¹⁷’. Hierbij is dan ook op te merken dat ook hier dan opnieuw rekening te houden is met de hierboven vermelde discussie rond de precieze reikwijdte van de begrippen ‘voortbrengsel’ en ‘werkwijze’ binnen het octrooirecht. Bij deze discussie gaat het, zoals aangegeven, met name om de vraag of reeds sprake kan zijn van een ‘voortbrengsel’ of een ‘rechtstreeks via een werkwijze verkregen voortbrengsel’ indien een uitvinding een realisatie krijgt met de geschiktheid om te circuleren binnen het handelsverkeer dan wel of dit vraagt dat een uitvinding een realisatie krijgt die ‘gebonden aan een niet-vluchtig substraat’. Meer concreet is het daarbij zoals gezegd de vraag of bijvoorbeeld een realisatie van een uitvinding binnen geluidsgolven, lichtgolven of elektriciteit reeds kan kwalificeren als een ‘voortbrengsel’ of een ‘rechtstreeks via een werkwijze verkregen voortbrengsel’ indien deze realisatie in concreto de geschiktheid vertoont om te circuleren binnen het handelsverkeer¹⁹¹⁸.

¹⁹¹⁴ Art. XI.29., §1, a. en c. WER (oud art. 27, §1, a. en c. Octrooiwet). Zie in die verband, bijvoorbeeld: R. KRAßER, *Patentrecht. Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht.*, München, C.H. Beck, 2009, p. 771 (“*Nach § 9 Satz 2 Nr. 3 PatG unterliegen Handlungen, die sich auf unmittelbare Erzeugnisse patentierter Verfahren beziehen, den gleichen Verbotswirkungen wie Handlungen in bezug auf Erzeugnisse, die als solche „Gegenstand“ eines Patents sind.*”).

¹⁹¹⁵ Voor dit onderscheid inspireren we ons zoals aangegeven op MOM die in het kader van zijn bespreking van het begrip ‘openbaarmaking’ in de Nederlandse auteurswet, een onderscheid maakt tussen de “*natuurlijke betekenis*” van dit begrip en de “*auteursrechtelijke relevantie van bepaalde vormen van gebruik van beschermde werken in een besloten kring*” in het licht van dit begrip. Zie: G. MOM, “Uitvoering in (strikt) besloten kring”, *ami* 2010, p. 81.

¹⁹¹⁶ Art. XI.29., §1, b. WER (oud art. 27, §1, b. Octrooiwet).

¹⁹¹⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire: créer, protéger et partager les inventions au XXIe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, p. 302; R. KRAßER, *Patentrecht. Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht.*, München, C.H. Beck, 2009, p. 766-767 (“*Zum Gebrauchen gehört, daß eine außerhalb der Sache selbst liegende Wirkung herbeigeführt oder bezweckt wird, die sich nicht darin erschöpft, bei Menschen Vorstellungen zu erzeugen.*”); P. MES, *Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz: Kommentar*, München, Beck, 2005, § 9 Wirkung des Patents, Nr. 36; R. MILLER (et al), *Terrell on the Law of Patents*, London, Sweet & Maxwell 2005, Nr. 8-24.

¹⁹¹⁸ Zie rond deze discussie, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: G. KLAUER en P. MÖHRING, *Patentrechtskommentar*, München, Franz Vahlen, 1971, Band I, p. 365; F. LINDENMAIER, *Das Patentgesetz*, Keulen (o.a.), Carl Heymann Verlag KG, 1973, p. 282 e.v. en J. HAHN, *Der Schutz von Erzeugnissen patentierter*

A.1.2. Intellectueelrechtelijke relevantie

Vervolgens bespreken we nu welke contextgebonden factoren bepalen of zintuiglijk waarneembare handelingen met de daartoe vereiste inherente kenmerken, ook daadwerkelijk onder de categorie voorbehouden handelingen ‘gebruiken’ binnen het octrooirecht voorbehouden zullen zijn aan de betrokken rechthebbende. Deze contextgebonden factoren die uiteindelijk bepalen of concrete zintuiglijk waarneembare handelingen met de daartoe vereiste inherente kenmerken, ook daadwerkelijk intellectueelrechtelijk relevant zijn als een dergelijk ‘gebruiken’, laten zich daarbij volgens ons dan met name opnieuw traceren in het licht van de ‘limieten’ en ‘uitzonderingen’ die gelden rond deze categorieën voorbehouden handelingen. Opat zintuiglijk waarneembare handelingen met de vereiste inherente kenmerken om te kwalificeren als een dergelijk ‘gebruiken’, ook daadwerkelijk voorbehouden zouden zijn onder deze categorie voorbehouden handelingen, is immers uiteindelijk het volgende vereist: dat deze handelingen de ‘limieten’ van deze categorie voorbehouden handelingen niet overstijgen en al evenmin onder de ‘uitzonderingen’ vallen rond deze categorie voorbehouden handelingen. In dit onderdeel gaan we daarom dus dieper in op de relevante ‘limieten’ en ‘uitzonderingen’ rond de categorie handelingen ‘gebruiken’ binnen het octrooirecht. Zoals aangegeven, zullen we dit echter enkel doen in zoverre hierin, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, een verantwoording kan liggen voor de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken. In dit geval betekent dit dat we in wat volgt concreet zullen ingaan op: (A.2.1.) wat we kunnen aanduiden als de algemene ‘limiet’ rond ‘object-relevantie’ die geldt in het licht van alle categorieën voorbehouden handelingen binnen het octrooirecht en (A.2.2.) de ‘limiet’ rond de uitputtingsleer of de figuur van een ‘stilzwijgende licentie’ toegepast ten aanzien van de categorie voorbehouden handelingen ‘gebruiken’.

Verfahren. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Keulen (o.a.), Carl Heymann Verlag KG, 1968, p.36 e.v.; Zie ook: R. KRAßER, *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht –*, München, C.H. Beck, 2009, p. 771 e.v. (“Als Erzeugnisse wurden in der Rechtsprechung bisher nur körperliche Sachen in Betracht gezogen. Ein Teil des Schrifttums sieht darüber hinaus unkörperliche Verfahrensergebnisse wie Schall, Licht, Wärme, elektrische Energie als Erzeugnisse an, sofern sie „marktfähig“ sind.”).

a. Object-relevantie

Bij de limiet rond ‘object-relevantie’ gaat het er dan met name opnieuw om dat binnen het octrooirecht zintuiglijk waarneembare handeling ook, in wezen, telkens het volgende vereiste moet vervullen om daadwerkelijk voorbehouden te zijn onder de categorieën voorbehouden handelingen binnen dit intellectuele recht: betrekking hebben op een zintuiglijk waarneembare manifestatie die binnen het concrete ‘object’ valt van de exclusieve bevoegdheid die deze intellectuele rechten verlenen naar aanleiding van een bepaald, bescherming motiverend resultaat van inspanningen¹⁹¹⁹. Dit vereiste geldt dus ook voor de categorie voorbehouden handelingen ‘gebruiken’ van een voortbrengsel¹⁹²⁰. De limiet rond ‘object-relevantie’ vormt daarbij dan opnieuw het aanknopingspunt om de intellectueelrechtelijke relevantie van zintuiglijk waarneembare handelingen onder deze categorie voorbehouden handelingen ook rekening te laten houden met de hierboven besproken principes rond de afbakening van het ‘object’ binnen het octrooirecht en met name ook met de ‘limieten’ en ‘uitzonderingen’ die bij deze afbakening aan de orde zijn.

In het licht van de ‘object-relevantie’ die een zintuiglijk waarneembare handeling moet vertonen om te kunnen kwalificeren als een ‘gebruiken’ van een ‘voortbrengsel’, stellen we dan met name ook een tendens vast om aan te nemen dat een dergelijk kwalificatie als een ‘gebruiken’ van een ‘voortbrengsel’ niet alleen een loutere aanwending vraagt van een ‘voortbrengsel’ binnen het ‘object’ maar ook een aanwending van dit voortbrengsel die verband houdt met de leer die de betrokken, bescherming motiverende ‘uitvinding’ aanreikt om zintuiglijk waarneembare manifestaties een bepaald causaal te voorspellen resultaat te laten bereiken. Daarbij observeren we echter ook dat het binnen deze tendens niet voor de hand ligt om, bijvoorbeeld aan de hand van noties zoals een ‘gebruik van de middelen van de uitvinding’ of een ‘gebruik volgens de bestemming van het voortbrengsel’ aan te geven waar dan wel de grens ligt tussen een octrooirechtelijk relevante en niet-relevante aanwending van een ‘voortbrengsel¹⁹²¹’. Naar onze mening, blijkt uit de zonet beschreven tendens in wezen de opvatting dat intellectueelrechtelijk relevantie als een ‘gebruiken’ van een voortbrengsel binnen het octrooirecht vereist dat inderdaad sprake is van een genot van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomeen die te danken zijn aan de bescherming motiverende ‘uitvinding’.

Ten slotte, willen we hier ook eens uitdrukkelijk opmerken dat binnen het octrooirecht, de mogelijke kwalificatie en intellectueelrechtelijke relevantie van een ‘object-relevante’ zintuiglijk waarneembare handeling als een ‘gebruiken’ van een ‘voortbrengsel’, in beginsel, niet beïnvloedt wordt door het feit of deze zintuiglijk waarneembare handeling gesteld wordt in privé-kring en voor niet-commerciële doeleinden dan wel buiten de privé-kring en met commerciële doeleinden. In zoverre dit een aanwending inhoudt van onderdelen die een geoctrooieerde ‘uitvinding’ belichamen, kan dus, zowel, voor privé-doeleinden thuis koffie zetten, als, rondrijden met een auto voor professionele doeleinden, althans in beginsel, kwalificeren als een aan de betrokken

¹⁹¹⁹ Wat deze notie van ‘object-relevantie’ betreft, vergelijk zoals aangegeven LEISTNER, die rond het databanken-auteursrecht schrijft: “*Gemeinsam ist allen in Art. 5 RL geregelten zustimmungsbedürftigen Handlungen, daß sie sich im Einklang mit dem urheberrechtlichen Schutzgegenstand der Richtlinie lediglich auf strukturelevante Nutzungen beziehen.*” M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 96/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz*, München, Verlag C.H. Beck, 2000, p. 89-90.

¹⁹²⁰ Art. XI.29., §1, b. WER (oud art. 27, §1, b. Octrooiwet).

¹⁹²¹ Vergelijk op dit punt, bijvoorbeeld: B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire: créer, protéger et partager les inventions au XXIe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, p. 302 (Met name waar zij uitdrukkelijk spreken van “*l'emploi des moyens compris dans le brevet*”); P. MES, *Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz: Kommentar*, München, Beck, 2005, § 9 Wirkung des Patents, Nr. 36 (“*Gebrauchen eines Erzeugnisses ist jede Verwendung. Der Schutz eines Erzeugnispatentes ist grundsätzlich nicht auf einen bestimmten Verwendungszweck beschränkt, sondern umfaßt regelmäßig alle Brauchbarkeiten, die aufgrund der offenbarten Gestaltung einer Vorrichtung zukommen... Liegt allerdings eine Benutzung außerhalb der Gebrauchsanordnung eines Erzeugnisses vor, wird man von einem Gebrauchmachen nicht ausgehen können*”); Vergelijk ook: R. KRABER, *Patentrecht. Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht.*, München, C.H. Beck, 2009, p. 766 (“*Eine erfindungsgemäß beschaffene Sache wird gebraucht, wenn sie einer Verwendung zugeführt wird, die bei Sachen der in Frage stehenden Art als wirtschaftlich sinnvoll in Betracht kommt. Gebrauchen ist demgemäß jede im weitesten Sinne bestimmungsgemäße Verwendung. ... Die Wirkung des Patents beschränkt sich nicht auf die darin angegebenen Verwendungsarten, sondern umfaßt auch solche, die für derartige Sachen noch nicht bekannt gewesen und auch vom Erfinder nicht gesehen worden sind (...)*”).

rechthebbende voorbehouden ‘gebruiken’¹⁹²². Of de zonet vermelde handelingen daadwerkelijk een aan de betrokken rechthebbende voorbehouden ‘gebruiken’ uitmaken, zal echter afhangen van de, restrictief te interpreteren, uitdrukkelijke beperking die het octrooirecht bepaalt rond handelingen die verricht worden in de particuliere sfeer en voor niet-commerciële doeleinden¹⁹²³ en, zoals we zo meteen uitgebreider bespreken, van de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ of, eventueel, de figuur van een ‘stilzwijgende licentie’.

b. Uitputtingsleer en impliciete licentie

In het kader van het octrooirecht is het daarnaast dus gebruikelijk om aan te nemen dat de daadwerkelijke intellectueelrechtelijke relevantie van een zintuiglijk waarneembare handeling met de vereiste inherente kenmerken om te kwalificeren als een ‘gebruiken’ van een voortbrengsel ook bepaald wordt door de toepassing van de ‘uitputtingsregel’ of door de figuur van een stilzwijgende licentie. De toepassing van (b.1.) de ‘uitputtingsregel’ en (b.2.) het aannemen van een ‘stilzwijgende licentie’ rond de categorie voorbehouden handelingen ‘gebruiken’ van een voortbrengsel, vormen daarbij dan in beginsel alternatieve benaderingen om de mate van controle te regelen die het octrooirecht de rechthebbende verleent over zintuiglijk waarneembare handelingen die een aanwending inhouden van realisaties van zijn ‘uitvinding’.

b.1. Uitputtingsleer

Binnen het octrooirecht wordt, zoals aangegeven, in de regel aanvaard dat de toepassing van de ‘uitputtingsregel’ binnen dit intellectuele recht zich ook uitstrekt tot de categorie voorbehouden handelingen ‘gebruiken’ van een voortbrengsel¹⁹²⁴. Zowel de voorwaarden opdat rond een specifiek ‘voortbrengsel’ binnen het ‘object’, ‘uitputting’

¹⁹²² Vergelijk voor deze zelfde observatie ook, bijvoorbeeld: R. HILTY, “Der Softwarevertrag - ein Blick in die Zukunft - Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software”, *MMR* 2003, p. 11 e.v..

¹⁹²³ Zie: art. XI.34., §1 WER (oud art. 28, §1 Octrooiwet) (“*De uit een octrooi voortvloeiende rechten strekken zich niet uit tot: a) handelingen die in de particuliere sfeer en voor niet-commerciële doeleinden worden verricht; ...*”). Zie in dit verband: B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire: créer, protéger et partager les inventions au XXIe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, p. 310 en M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Brussel, Larcier, 1999, p. 137-138.

¹⁹²⁴ Zie in dit verband uitdrukkelijk: art. 53, lid 5 Nederlands Octrooiwet (“*Is een voortbrengsel als in het eerste lid, onder a of b, bedoeld, in Nederland of de Nederlandse Antillen of, indien het een Europees octrooi betreft, in Nederland rechtmatig in het verkeer gebracht, dan wel door de octrooihouder of met diens toestemming in één der Lid-Staten van de Europese Gemeenschap of in een andere staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte in het verkeer gebracht, dan handelt de verkrijger of latere houder niet in strijd met het octrooi, door dit voortbrengsel in of voor zijn bedrijf te gebruiken, te verkopen, te verhuren, af te leveren of anderszins te verhandelen, dan wel voor een of ander aan te bieden, in te voeren of in voorraad te hebben.*”); Hierbij is op te merken dat art. XI.34., §2 WER (oud art. 28, §2 Octrooiwet) deze analyse daarbij zeker niet in de weg staat waar dit erg algemeen stelt: “*De uit een octrooi voortvloeiende rechten strekken zich niet uit tot handelingen die een door dit octrooi beschermd voortbrengsel betreffen en op Belgisch grondgebied worden verricht, nadat dit voortbrengsel door de octrooihouder of met zijn uitdrukkelijke toestemming in België in het verkeer is gebracht.*”; Vergelijk ook in het licht van de ongeschreven ‘uitputtingsregel’ binnen het Duitse octrooirecht, bijvoorbeeld: C. OSTERRIETH, *Patentrecht*, München, C.H. Beck, 2007, Nr. 296 (“*Da sich das Patentrecht auf diese Erzeugnisse nicht mehr erstreckt, sind diese gemeinfrei, so dass jedermann frei und ungehindert über sie im Inland verfügen, sie nutzen oder sie gebrauchen kann.*”); Zie ook: P. MATHELY, *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, Parijs, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1991, p. 309 (“*Lorsque le breveté a mis dans le commerce le produit couvert par son brevet, son droit est épuisé: le produit échappe alors au droit du breveté; sa commercialisation et son utilisation sont libres*”); Vergelijk echter voor het Britse octrooirecht, waar de uitputtingsleer, slecht langzaam aanvaard werd in zoverre dit nodig bleek in het licht van het Europees Gemeenschapsrecht: W. CORNISH en D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 258 e.v. (o.a. p. 258 “*Patents used to be the field of intellectual property where in British law no notion of exhaustion of rights applied. As noted already, even when the patentee made or authorised a sale of patented goods, restrictions on their further sale or use could still be imposed as part of the patent right: these would bind not only another contracting party but all recipients of the goods with notice of the restrictions. It is, however, necessary to show not only that the first*

zou intreden van deze exclusieve bevoegdheid van de betrokken rechthebbende rond ‘gebruiken’ als de reikwijdte van deze ‘uitputting’, volgen daarbij dan de hierboven beschreven principes rond de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ in het kader van het octrooirecht. Indien een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ die kan kwalificeren als een ‘voortbrengsel’, ‘in het verkeer’ gebracht wordt door of met toestemming van de betrokken rechthebbende – een gegeven dat, zoals aangegeven, aan te nemen is van zodra een afgifte voorligt van de feitelijk macht rond dit voortbrengsel waarmee de betrokken rechthebbende instemde – geldt dus, specifiek vanuit de optiek van de categorie voorbehouden handelingen ‘gebruiken’ van een ‘voortbrengsel’, concreet het volgende: de rechthebbende kan zich, binnen het gebied waarvoor de ‘uitputtingsregel’ geldt, niet meer beroepen op de categorie voorbehouden handelingen ‘gebruiken’ van een voortbrengsel’ om zintuiglijk waarneembare handelingen te controleren rond dit ‘voortbrengsel’¹⁹²⁵. Hierbij is overigens op te merken dat indien rond een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ alle voorwaarden vervuld zijn voor het intreden van ‘uitputting’, de ‘uitputting’ van de exclusieve bevoegdheid rond het ‘gebruiken’ zowel geldt voor de aanwending van deze zintuiglijk waarneembare manifestatie die kwalificeert als een ‘gebruiken’ in privé-kring en voor niet-commerciële doeleinden als voor de aanwending van deze zintuiglijk waarneembare manifestatie die kwalificeert als een ‘gebruiken’ buiten de privé-kring en voor commerciële doeleinden. Het intreden van ‘uitputting’ rond een met toestemming van de betrokken rechthebbende ‘in het verkeer gebrachte’ auto met onderdelen die octrooirechtelijke bescherming genieten, zorgt er volgens deze toepassing van de octrooirechtelijke ‘uitputtingsregel’ dus voor dat bijvoorbeeld een handelsvertegenwoordiger geen licentie nodig heeft van de betrokken rechthebbende om in het kader van zijn beroepsactiviteit rond te rijden met deze wagen en daarbij een aanwending te maken van de betrokken onderdelen die, puur op grond van de inherente kenmerken van deze aanwending, nochtans had kunnen kwalificeren als een ‘gebruiken’¹⁹²⁶.

In dit verband is dan ten slotte ook op te merken dat de hierboven aangehaalde punten van discussie rond de interpretatie van de noties ‘voortbrengsel’ en ‘werkwijze’ in het kader van het octrooirecht, belangrijke factoren vormen in het traceren van de gevallen waarin sprake kan zijn van ‘uitputting’ van de exclusieve bevoegdheid rond ‘gebruiken’ van een ‘voortbrengsel’, met name bijvoorbeeld in de context van ‘uitvindingen’ met betrekking tot computerprogramma’s. In de eerste plaats is het antwoord op de vraag of reeds sprake kan zijn van een ‘voortbrengsel’ indien een uitvinding een realisatie krijgt met de geschiktheid om te circuleren binnen het handelsverkeer dan wel of dit vraagt dat een uitvinding een realisatie krijgt die gebonden is aan een niet-vluchtig substraat, zoals aangegeven, zoals aangegeven, bepalend om te weten of een incorporatie voorligt van de

recipiënt, but all those who precede a defendant, had the requisite knowledge, otherwise the necessary chain is broken.”) en R. MILLER (et al), *Terrell on the Law of Patents*, London, Sweet & Maxwell 2005, Nr. 8.66.

¹⁹²⁵ Zie in die zin, bijvoorbeeld: R. KRABER, *Patentrecht. Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht.*, München, C.H. Beck, 2009, p. 793 (“*Ist eine Sache, in der eine durch Sachpatent geschützte Erfindung verwirklicht ist, durch den Patentinhaber oder mit seiner Zustimmung durch einen anderen in Verkehr gebracht worden, so unterliegen nach einem in Rechtsprechung und Schrifttum feststehenden Grundsatz das weitere Inverkehrbringen, das Anbieten und der Gebrauch dieser Sache nicht mehr dem Verbotungsrecht aus dem Patent. Jeder, der dazu tatsächlich in der Lage ist, darf die Sache veräußern oder auf sonstige Weise weitergeben, anbieten und gebrauchen sowie zu diesen Zwecken erwerben und besitzen, mag der Patentinhaber damit einverstanden sein oder nicht. Gleiches gilt für Erzeugnisse, die durch ein patentiertes Verfahren unmittelbar hergestellt und deshalb in die Wirkung des Verfahrenspatents einbezogen sind.*”); Vergelijk op dit punt, ook: R. HILTY, “Der Softwarevertrag - ein Blick in die Zukunft - Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software”, *MMR* 2003, p. 13 (Met name waar deze rond de ‘uitputtingsleer’ als grond de vrijstelling van het ‘bestimmungsgemäßen Gebrauch’ stelt: “*Was bestimmungsgemäß ist, muss dabei durch Auslegung geklärt werden, wobei es freilich nicht um eine Einzelfallbeurteilung geht, sondern um eine generelle Abgrenzungsfrage. Nicht mehr dem Erschöpfungsgrundsatz unterliegen jedenfalls solche Gebrauchshandlungen mit Bezug auf den fraglichen Gegenstand, die über dessen primären Nutzungszweck hinausgehen.*”).

¹⁹²⁶ Zie in die zin en voor gelijkaardige voorbeelden, bijvoorbeeld: R. HILTY, “Der Softwarevertrag - ein Blick in die Zukunft - Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software”, *MMR* 2003, p. 11 en p. 13 (“*Dabei reicht zwar - wie gesehen - auch i.R.d. bestimmungsgemäßen Gebrauchs des Erzeugnisses noch der Erschöpfungsgrundsatz als Erklärungsmodell, mit dem zwanglos erklärt werden kann, weshalb z.B. ein patentiertes Faltdach an einem Auto ohne weiteres geöffnet werden darf.*”).

‘uitvinding’ waarrond uitputting kan intreden¹⁹²⁷. Het ingenomen standpunt binnen deze discussie bepaalt in deze context dan bijvoorbeeld concreet of rond een realisatie van een octrooirechtelijk beschermde ‘uitvinding’ binnen een elektrische stroom die *in concreto* de geschiktheid vertoont om te circuleren binnen het handelsverkeer, het intreden van ‘uitputting’ naar aanleiding van een online verspreiding ervan door de rechthebbende, inderdaad kan verklaren waarom geen toestemming vereist is van de betrokken rechthebbende om deze realisatie aan te wenden. Ten tweede kan het antwoord op de vraag of octrooirechtelijk ‘werkwijze-uitvindingen’ op te vatten zijn als een leer rond hoe iets te realiseren is dan wel als een leer rond hoe het gerealiseerde iets werkt, zoals aangegeven, ook bepalend zijn om te weten of de aanwending van een bepaalde zintuiglijk waarneembare manifestatie te analyseren is als een ‘gebruiken’ van een rechtstreeks via de betrokken werkwijze verkregen ‘voortbrengsel’, een categorie voorbehouden handelingen die *wel* onder de toepassing valt van de ‘uitputtingsregel’ binnen het octrooirecht, dan wel als een ‘toepassen’ van een werkwijze, een categorie voorbehouden handelingen die *niet* onder de toepassing valt van de ‘uitputtingsregel’ binnen het octrooirecht¹⁹²⁸.

b.2. Impliciete licenties

Daarnaast treffen we echter ook soms de opvatting aan dat de figuur van een ‘stilzwijgende licentie’ rond ‘gebruiken’ de mate van controle bepaalt die het octrooirecht de rechthebbende verleent over zintuiglijk waarneembare handelingen die een aanwending inhouden van realisaties van zijn ‘uitvinding’. Het idee hierbij is dan met name dat indien de rechthebbende bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen stelt rond realisaties van zijn octrooirechtelijke beschermde ‘uitvinding’, bijvoorbeeld overgaan tot een verkoopovereenkomst errond, aan te nemen is dat de rechthebbende daarbij impliciet ook een licentie verleent om de betrokken realisaties te ‘gebruiken’¹⁹²⁹.

Binnen het octrooirecht wordt deze figuur van een stilzwijgende licentie rond ‘gebruiken’ dan met name vaak naar voor geschoven om het volgende te kunnen verklaren: waarom het, onder omstandigheden, niet nodig is om een uitdrukkelijke licentie af te sluiten met de rechthebbende om een niet-inbreukmakende aanwending te kunnen maken van een concrete realisatie van zijn octrooirechtelijk beschermde uitvinding, in gevallen waarin geen sprake kan zijn van ‘uitputting’, zij het omdat de betrokken realisatie niet kan kwalificeren als een ‘voortbrengsel’ zij het omdat de betrokken aanwending de ‘toepassing’ uitmaakt van een ‘werkwijze’-voortbrengsel. In dit verband is dan bijvoorbeeld concreet te denken aan de aanwending van de online verkregen zintuiglijk waarneembare manifestatie van een computerprogramma binnen elektrische stroom of de aanwending van een geoctrooieerde ‘werkwijze-uitvinding’ die betrekking heeft op computerprogramma’s¹⁹³⁰. Hierbij is, volgens ons, dan meteen op te merken dat deze perceptie van de nood om in de zonet aangehaalde gevallen een beroep te doen op deze figuur van een stilzwijgende licentie met betrekking tot ‘gebruiken’, direct samenhangt met het ingenomen standpunt in de hierboven vermelde discussies rond wat een ‘voortbrengsel’ kan zijn binnen het octrooirecht en rond de vraag of een ‘werkwijze-uitvinding’ op te vatten is als een leer rond hoe iets te realiseren is dan wel als een leer rond hoe het gerealiseerde iets werkt.

Rond de figuur van een stilzwijgende licentie rond ‘gebruiken’ binnen het octrooirecht, hebben sommige auteurs echter ook reeds aangegeven dat, in het algemeen, ‘uitputting’ als limiet van ‘gebruiken’ te verkiezen is boven deze figuur van een stilzwijgende licentie rond ‘gebruiken’, als het er op aankomt om de mate van controle te regelen die het octrooirecht de rechthebbende verleent over zintuiglijk waarneembare handelingen die een aanwending inhouden van realisaties van zijn ‘uitvinding’. Hun argumentatie hiervoor is dan, in essentie, dat de regeling die intellectuele rechten op grond van een bepaalde beleidsafweging voorzien rond de exclusieve

¹⁹²⁷ Zie rond deze beide punten, bijvoorbeeld: R. BAKELS, “Software: werkwijze of voortbrengsel?”, *B.I.E.* 2003, p. 431 e.v. en R. HILTY, “Der Softwarevertrag - ein Blick in die Zukunft - Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software”, *MMR* 2003, p. 11 e.v..

¹⁹²⁸ Zie rond deze discussie, bijvoorbeeld uitdrukkelijk: R. BAKELS, “Software: werkwijze of voortbrengsel?”, *B.I.E.* 2003, p. 431 e.v.; Vergelijk op dit punt ook: R. HILTY, “Der Softwarevertrag - ein Blick in die Zukunft - Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software”, *MMR* 2003, p. 11 e.v..

¹⁹²⁹ Vergelijk op dit punt, vanuit historisch perspectief, bijvoorbeeld: W. CORNISH en D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 258.

¹⁹³⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: R. HILTY, “Der Softwarevertrag - ein Blick in die Zukunft - Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software”, *MMR* 2003, p. 11 e.v..

bevoegdheid die de rechthebbende behoort toe te komen in verband met de aanwending van realisaties van zijn uitvinding, bij de figuur van een stilzwijgende licentie rond ‘gebruiken’, in verhouding tot ‘uitputting’ als limiet van ‘gebruiken’, al te gemakkelijk opzij te zetten is door de rechthebbende¹⁹³¹. Het wringt inderdaad om een stilzwijgende licentie rond ‘gebruiken’ in te roepen in het licht van een afwijkende, uitdrukkelijk contractuele regeling rond ‘gebruiken’. Rond ‘uitputting’ daarentegen geldt dat het voor de rechthebbende niet mogelijk is om langs contractuele weg te verhinderen dat, indien alle voorwaarden daartoe vervuld, ‘uitputting’ intreedt die zich ook uitstrekt tot zijn exclusieve bevoegdheid rond ‘gebruiken’.

A.2. Auteursrecht: indirecte controle over het gebruiken in het licht van de categorieën voorbehouden handelingen

Binnen het auteursrecht geldt dat de categorieën voorbehouden handelingen de rechthebbende geen *directe* maar wel een *indirecte* controle kunnen verschaffen over zintuiglijk waarneembare handelingen waarmee een persoon zijn ervaring van behoeftebevrediging ontlokt aan een ‘bestaande’ zintuiglijk waarneembare manifestatie. Het auteursrecht omvat immers geen categorie voorbehouden handelingen ‘gebruiken’ en het is zelfs gebruikelijk om aan te nemen dat het auteursrecht de rechthebbende, uit principe, geen exclusieve bevoegdheid verleent over het ‘eigenlijke gebruik’ van incorporaties van zijn ‘werk’¹⁹³². Het ‘eigenlijke gebruik’ wordt in deze context dan vaak gepreciseerd als consumptiehandelingen of als het loutere waarnemen of raadplegen van incorporaties van het ‘werk’ en wordt daarbij veelal ook gecontrasteerd met het exploiteren of het communiceren van het ‘werk’¹⁹³³. Het is daarentegen dus wel aanvaard dat de bestaande categorieën voorbehouden handelingen binnen het auteursrecht de rechthebbende een *indirecte* controle verschaffen over het ‘eigenlijke gebruik’ van incorporaties van zijn ‘werk’. Bij deze indirecte controle gaat het er dan met name om dat de rechthebbende zich op deze bestaande categorieën voorbehouden handelingen kan beroepen om zintuiglijk waarneembare handelingen te controleren die *in concreto* nodig of zelf onontbeerlijk blijken te zijn voor het ‘eigenlijke gebruik’ van incorporaties van zijn ‘werk’, indien de betrokken zintuiglijk waarneembare handelingen op zich genomen alle kenmerken vertonen om onder deze categorieën voorbehouden handelingen te vallen¹⁹³⁴.

¹⁹³¹ Uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: C. ANN, “‘Identität und Lebensdauer’- Patentverletzung durch Instandsetzung patentierter Vorrichtungen” in C. ANN et al. (eds.), *Materielles Patentrecht. Festschrift für Reimar König zum 70. Geburtstag*, Keulen, Berlin, Bonn, München, C. Heymanns Verlag, 2003, p. 26 (“*Der Wille im Grunde zufällig aufeinandertreffender Vertragsparteien ist kein geeigneter Maßstab für die Bestimmung der Reichweite eines absoluten Rechts. Das folgt schon daraus, dass die Reichweite eines absoluten Rechts festliegen muss.*”).

¹⁹³² Zie in die zin bijvoorbeeld: A. QUAEDVLIEG, Noot bij H.v.J., 17 april 2008, C-456/06, (Peek & Cloppenburg t. Cassina), *AMI* 2009, p.151 (“*Maar anderzijds kent het auteursrecht óók het beginsel dat gebruik vrij is. Het enkele gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal kan geen te verbieden exploitatiehandeling opleveren, ...*”); D. HEERMA, “§ 15 Allgemeines” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 6 (“*Die private Nutzung ist grds. nach der traditionellen Konzeption des Urheberrechts gemeinfrei, d. h. sie bleibt von den Verwertungsrechten des Urhebers ausgeklammert.*”); W. CORNISH en D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 464; S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 329; Bundesgerichtshof 4 oktober 1990 (*Betriebssystem*), *GRUR* 1991, p. 449 (p. 453).

¹⁹³³ Zie in die zin bijvoorbeeld: S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 329 (“*simples actes d'utilisation finale, de réception ou de consultation*”) en Bundesgerichtshof 4 oktober 1990 (*Betriebssystem*), *GRUR* 1991, p. 449 (p. 453: “*Im übrigen ist zu beachten, daß die reine Benutzung - im Gegensatz zu den technischen Nutzungsrechten - urheberrechtlich nicht erfaßt wird. Die Benutzung eines Werkes als solche ist kein urheberrechtlich relevanter Vorgang. Dies gilt für das Benutzen eines Computerprogramms ebenso wie für das Lesen eines Buches, das Anhören einer Schallplatte, das Betrachten eines Kunstwerks oder eines Videofilms.*”); Vergelijk ook: D. VISSER, *Auteursrecht op Toegang. De exploitatierechten van de auteur in het tijdperk van digitale informatie en netwerkcommunicatie*, 's-Gravenhage, VUGA Uitgeverij B.V., 1997, p. 26 e.v..

¹⁹³⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: G. SCHULZE, “§ 15 Allgemeines” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr 3 en A. PEUKERT, “Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut. Insbesondere: Die urheberrechtliche Relevanz des privaten Werkgenusses” in R. HILTY en A. PEUKERT, *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, p. 24 (Met name waar Peukert het auteursrecht analyseert als een ‘Stufensystem’ om indirect het eindgebruik te

In wat volgt, gaan we nu dieper in op de bestaande opvattingen rond de mate waarin de categorieën voorbehouden handelingen binnen het auteursrecht de rechthebbende inderdaad een controle kunnen verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen waarmee een persoon zijn, aan de mens interne, ervaring van behoeftebevrediging ontlokt aan een ‘bestaande’ zintuiglijk waarneembare manifestatie. Daarbij bespreken we ten eerste (A.2.1.) de principiële mogelijkheid die aanvaard wordt rond een indirecte controle over het eigenlijke gebruik van het ‘werk’ op grond van de categorieën voorbehouden handelingen binnen het auteursrecht. Vervolgens (A.2.2.) gaan we dan ook in op de concrete grenzen die gelden rond een indirecte controle over het eigenlijke gebruik van incorporatie van een ‘werk’ op grond van deze categorieën voorbehouden handelingen.

A.2.1. De mogelijkheid van een indirecte controle over het eigenlijke ‘gebruiken’ in het licht van de categorieën voorbehouden handelingen

Binnen het auteursrecht is aan te nemen dat elke categorie voorbehouden handelingen, in beginsel, als aanknopingspunt kan dienen om de rechthebbende een *indirecte* controle te verschaffen over het ‘eigenlijke gebruik’ van incorporaties van zijn ‘werk’. Hierbij is dus bijvoorbeeld zowel te denken aan een ‘reproducen’, ‘publiek mededelen’ als een ‘distribueren’¹⁹³⁵. Opdat een specifieke categorie voorbehouden handelingen als aanknopingspunt zou kunnen dienen om een indirecte controle te verschaffen over het ‘eigenlijk gebruik’ is, in beginsel, enkel het volgende vereist: dat de zintuiglijk waarneembare handeling die praktisch gezien noodzakelijk is om tot het ‘eigenlijke gebruik’ te komen, op zich genomen onder de betrokken categorie voorbehouden handelingen valt.

In de context van het ‘eigenlijke gebruik’ van incorporaties van een ‘werk’ binnen computersystemen en netwerken van computersystemen, stellen we dan vast dat de uitdrukkelijke categorieën voorbehouden handelingen binnen het auteursrecht, een bijzonder groot potentieel bieden om de rechthebbende een *indirecte* controle te verschaffen over dit gebruik¹⁹³⁶. De verklaring hiervoor is dat quasi elke handeling die, via computersystemen en netwerken van computersystemen, gesteld wordt rond een incorporatie van een ‘werk’, reeds om technische redenen inherent gepaard gaat met een dupliceren van deze incorporatie met een tastbaar, lichamenlijk resultaat, die de betrokken handeling in beginsel, op grond van zijn inherente kenmerken, kunnen doen kwalificeren als een ‘reproducen’. Zo goed als elke handeling die via computersystemen en netwerken van computersystemen gesteld wordt rond de incorporatie van een ‘werk’ zal immers vereisen dat een overbrenging plaatsvindt van deze incorporatie of delen ervan tussen verschillende onderdelen van het computersysteem of het netwerk van computersystemen en deze overbrenging zal in principe steeds gebeuren aan de hand van de ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek. Via een computersysteem, een incorporatie van het ‘werk’ bekijken die opgeslagen ligt op de harde schijf van dit computersysteem, zal immers bijvoorbeeld overbrengingen van deze incorporatie vragen naar de registers van de ‘central processing unit’, het werkgeheugen en het beeldschermgeheugen alvorens het technisch mogelijk is om deze incorporatie van het ‘werk’ ook weer te geven via het beeldscherm. In zoverre deze overbrengingen van de incorporatie daarbij, door de gehanteerde ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek, ook gepaard gaan met duplicaties van de betrokken incorporatie, bijvoorbeeld in de schakelcomponenten van de betrokken geheugen-apparaten en registers, impliceren deze overbrengingen dus ook een tastbaar, lichamenlijk of stoffelijk dupliceren dat in beginsel, op grond van zijn inherente kenmerken, kan kwalificeren als een ‘reproducen’¹⁹³⁷.

vatten, met name het lezen, horen of bekijken van het werk, dat volgens hem steeds de “*innere Rechtfertigung*” vormt voor de aanspraken van de auteur op een vergoeding.).

¹⁹³⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: G. SCHULZE, “§ 15 Allgemeines” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr 3 (“*Die Verwertungsrechte knüpfen an den dem Werkgenuss vorgelagerten Nutzungshandlungen an, durch die das Werk dem Endverbraucher nahegebracht wird, z. B. durch Vervielfältigung und Verbreitung von Druckwerken, Aufführung von Musikwerken, Vorführung oder Sendung von Filmwerken etc. ... Man spricht deshalb von einem Stufensystem zur mittelbaren Erfassung des Endverbrauchers (...)*”).

¹⁹³⁶ Vergelijk in dit verband bijvoorbeeld: D. HEERMA, “§ 15 Allgemeines” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 6 (“*Im digitalen Bereich indes geht auch der private Werkgenuss i. d. R. mit einer Vervielfältigung einher; dementsprechend haben sich hier Nutzungsformen etabliert, die an den privaten Werkgenuss anknüpfen()*”).

¹⁹³⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: G. SCHULZE, “UrHG § 16 Vervielfältigungsrecht” in T. DREIER en G. SCHULZE (eds.), *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 7 (“*Nicht nur Bücher, Drucke, Fotokopien und*

De mate waarin de categorieën voorbehouden handelingen binnen het auteursrecht de rechthebbende ook een *indirecte* controle verschaffen over het ‘eigenlijke gebruik’ van incorporaties van zijn ‘werk’, zal uiteindelijk echter vooral bepaald worden door de opvattingen rond de concrete reikwijdte van de betrokken categorieën voorbehouden handelingen. Als bijvoorbeeld inderdaad aangenomen wordt dat de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’ zich, in het kader van een ‘bestemmingsrecht’, ook uitstrekt tot zintuiglijk waarneembare handelingen die zelf *geen aanleiding* geven tot een materiële vastlegging van gekende kenmerken maar integendeel *louer betrekking* hebben op een dergelijke materiële vastlegging, dan verschaft de bevoegdheid van de betrokken rechthebbende rond ‘reproducen’ hem, in beginsel, ook een aanknopingspunt om het eigenlijke gebruik te controleren van materiële incorporaties van zijn ‘werk’¹⁹³⁸. Indien bijvoorbeeld inderdaad aangenomen wordt dat een ‘publiek mededelen’ binnen het auteursrecht ook slaat op het tonen van het bestaande aan een ‘publiek’, impliceert dit concreet dat de categorie voorbehouden handelingen ‘publiek mededelen’ de rechthebbende, in beginsel, een *indirecte controle* zou toelaten over het ‘eigenlijke gebruik’ van een auto met een auteursrechtelijke beschermde carrosserie dat zich niet beperkt tot de familiekring. Dit gebruik van de auto geeft dan immers strikt genomen aanleiding tot het tonen van de carrosserie aan een ‘publiek’¹⁹³⁹. De mate waarin de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’ de betrokken rechthebbende een *indirecte controle* verschaft over het ‘eigenlijke gebruik’ van incorporaties van zijn ‘werk’ binnen computersystemen en netwerken van computersystemen, door de *directe controle* die deze categorie voorbehouden handelingen hem biedt over de tastbare duplicaties van deze incorporatie die noodzakelijk zijn om deze te kunnen gebruiken, zal bijvoorbeeld ook afhangen van de vraag of de reikwijdte van de betrokken categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’ begrepen wordt in de lijn van de hierboven besproken ‘atomistische’ benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat dan wel in de lijn van de hierboven besproken een ‘holistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat. De ‘atomistische’ benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat doet immers aannemen dat het gegeven dat een zintuiglijk waarneembare handeling waarmee een persoon zijn ervaring van behoeftebevrediging ontlokt aan een incorporatie van een ‘werk’ ook gepaard gaat met een tastbaar of stoffelijk dupliceren van deze incorporatie, reeds maakt dat uit te gaan is van de intellectueelrechtelijke relevantie van deze zintuiglijk waarneembare handeling in het licht van de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’. De betrokken ‘holistische’ benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat daarentegen doet aannemen dat, in het geval dat een zintuiglijk waarneembare handeling waarmee een persoon zijn ervaring van behoeftebevrediging ontlokt aan een incorporatie van een ‘werk’ ook gepaard gaat met een dupliceren van deze incorporatie, pas uit te gaan is van de intellectueelrechtelijke relevantie

Noten, sondern auch Schallplatten, Tonträger, Videobänder, Bildplatten, CD-ROM's, EDV-Speicher, Disketten, Datenträger oder sonstige Werkträger, die das Werk zwar enthalten, aber nicht unmittelbar wahrnehmbar werden lassen, sondern hierfür entsprechende Gerätschaften (z. B. Plattenspieler, Tonbandgeräte, Videorekorder etc.) oder Kenntnisse (z. B. Blindenschrift) voraussetzen, sind Vervielfältigungsstücke”) en D. HEERMA, “§ 16 Vervielfältigungsrecht ” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 13.

¹⁹³⁸ In de zin dat het ‘bestemmingsrecht’ de rechthebbende toelaat om het gebruik te controleren van incorporaties van zijn werk, zie bijvoorbeeld: C. CARON, “Droit de distribution rime avec transfert de propriété”, *Communication Commerce électronique* n° 7, Juillet 2008, comm. 87 (“*Alors que le droit de destination permet également de contrôler l’usage du support (...), la Cour de justice souligne que le droit de distribution n’appréhende que les transferts de propriété sous toutes leurs formes. En d’autres termes, le domaine du droit de destination apparaît bien plus large que celui du droit de distribution, surtout après que la Cour de justice l’ait interprété strictement en droit communautaire à l’aune du droit international.*”); W. CORNISH and D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 464 en voetnoot 99 (“*In British patent law, as we have seen, the monopoly right was extended to use, as well as manufacture and sale, thus enabling the patentee and his associates to exercise whatever control over their own products seemed advantageous. ... The Droit de destination read into French and Belgian copyright law fulfils much the same function as the British patent law doctrine;*”); S. DUSOLLIER, “Le droit de destination: une espèce franco-belge vouée à la disparition”, *Propriétés Intellectuelles*, 2006, p. 281; Vergelijk echter ook, bijvoorbeeld: F. GOTZEN, *Het Bestemmingsrecht van de auteur*, Brussel, Larcier, 1975, p. 40 (Met name waar deze aangeeft dat het auteursrecht, ook in het kader van het bestemmingsrecht, niet zo ver mag gaan om de rechthebbende een uitsluitende bevoegdheid te verlenen om de reproductie te gebruiken.).

¹⁹³⁹ Vergelijk op dit punt, bijvoorbeeld: A. QUAEVLIEG, Noot bij H.v.J., 17 april 2008, C-456/06, (Peek & Cloppenburg t. Cassina), *AMI* 2009, p. 151 e.v..

van deze zintuiglijk waarneembare handeling als een ‘reproducen’ of ‘publiek mededelen’ indien daarbij ook het volgende geldt: deze zintuiglijk waarneembare handeling resulteert in een bijkomende, zelfstandige mogelijkheid om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomeen te genieten die te danken zijn het betrokken ‘werk’.

A.2.2. Grenzen aan de indirecte controle over het eigenlijke ‘gebruiken’ in het licht van de categorieën voorbehouden handelingen

Binnen het auteursrecht gelden echter ook grenzen rond de mogelijkheid om op grond van de bestaande categorieën voorbehouden handelingen een indirecte controle uit te oefenen over het ‘eigenlijke gebruik’ van incorporaties van een ‘werk’. Om welke grenzen het hierbij precies gaat, wat hun precieze verloop is en wat de juridische techniek is die hun implementatie beheerst, zijn echter punten die het voorwerp uitmaken van discussie. In dit onderdeel, gaan we nu dieper in op die aanknopingspunten om dergelijke grenzen te stellen aan een indirecte controle op grond van het auteursrecht over het ‘eigenlijke gebruik’ van een incorporatie van een ‘werk’ die, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, ook een rechtvaardiging kunnen vormen voor de specialisatie doorgevoerd door de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken. Vanuit die optiek gaan we in wat volgt concreet in op: (c.1.) de opvatting dat het auteursrecht het eigenlijke gebruik principieel vrij laat, (c.2.) opvattingen rond de verhouding tussen het eigenlijke gebruik en de initiële reikwijdte van de categorieën voorbehouden handelingen binnen het auteursrecht en (c.3.) de uitdrukkelijke beperking die het auteursrecht bepaalt rond tijdelijke reproductiehandelingen.

a. Het principe van het vrij zijn van het eigenlijke gebruik binnen het auteursrecht

Op het vlak van de grenzen van een mogelijke, indirecte controle over het ‘eigenlijke gebruik’ van incorporaties van een ‘werk’ via de bestaande categorieën voorbehouden handelingen binnen het auteursrecht, is, in beginsel, in de eerste plaats dan te denken aan het volgende: een principe dat stelt dat het auteursrecht het ‘eigenlijke gebruik’ van de incorporaties van een ‘werk’ niet exclusief voorbehoudt aan de betrokken rechthebbende en waarop als zodanig telkens een beroep mogelijk is indien een concrete categorie voorbehouden handelingen er *de facto* zou toe leiden om het ‘eigenlijke gebruik’ van een ‘werk’ toch onder de exclusieve bevoegdheid te laten vallen van de betrokken rechthebbende. Het is volgens ons echter niet geheel duidelijk of en in welke mate het breed aanvaarde principe dat het auteursrecht het eigenlijke gebruiken van ‘werken’ in beginsel vrij behoort te laten, binnen het positieve recht ook als zodanig een daadwerkelijke beperking vormt van een mogelijke, *indirecte controle* over het ‘eigenlijke gebruik’ van incorporaties van een ‘werk’ via de bestaande categorieën voorbehouden handelingen. Waar het zoals aangegeven ook aanvaard is dat de categorieën voorbehouden handelingen binnen het auteursrecht de rechthebbende een *indirecte controle* verschaffen van het gebruik van de incorporatie van zijn ‘werk’, is het dan met niet geheel duidelijk in welke mate het inroepen van een dergelijk principe van het vrij zijn van het ‘eigenlijke gebruik’ ook de kwalificatie van een zintuiglijk waarneembare handelingen als een categorie voorbehouden handelingen zou kunnen teniet doen, indien dit nodig blijkt om te vermijden dat een rechthebbende een al te verregaande controle zou verkrijgen over het ‘eigenlijk gebruik’ van incorporaties van zijn ‘werk’. De onduidelijkheid op dit punt wordt daarbij volgens ons met name mee in de hand gewerkt door de vage contouren van het ‘eigenlijk gebruik’ dat het betrokken principe geacht wordt vrij te stellen. Zoals aangegeven, wordt het ‘eigenlijke gebruik’ in deze context vaak gepreciseerd als consumptiehandelingen of als het loutere waarnemen of raadplegen van incorporaties van het ‘werk’ en wordt dit veelal ook gecontrasteerd met het exploiteren of het communiceren van het ‘werk’. Om het ‘eigenlijke gebruik’ van belichamingen van een ‘werk’ te illustreren is het in dit verband dan gebruikelijk om bijvoorbeeld te verwijzen naar het lezen van een boek, het beluisteren van een plaat en het bekijken van een beeldhouwwerk¹⁹⁴⁰. In het licht van deze preciseringen en illustraties blijft het

¹⁹⁴⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. PEUKERT, "Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut. Insbesondere: Die urheberrechtliche Relevanz des privaten Werkgenusses" in R. HILTY en A. PEUKERT, *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, p. 24 en, zoals aangegeven, Bundesgerichtshof 4 oktober 1990 (*Betriebssystem*), *GRUR* 1991, p. 449 (p. 453: "Im übrigen ist zu beachten, daß die reine Benutzung - im Gegensatz zu den technischen Nutzungsrechten - urheberrechtlich nicht erfaßt wird. Die Benutzung eines Werkes als solche ist kein urheberrechtlich relevanter Vorgang. Dies gilt für das Benutzen eines Computerprogramms ebenso wie für das Lesen eines Buches, das Anhören einer Schallplatte, das Betrachten eines Kunstwerks oder eines Videofilms.").

volgende punt naar onze mening echter in de regel onduidelijk: of en in welke mate het betrokken principe van het vrij zijn van het ‘eigenlijke gebruik’, hetzij, beperkt blijft tot het – eerder vanzelfsprekende – vrijstellen van de aan de mens interne ervaring van behoeftebevrediging bij het betrokken gebruik, hetzij, zich inderdaad ook uitstrekt tot aan de mens externe, zintuiglijk waarneembare handelingen die een persoon moet stellen om zijn ervaring van behoeftebevrediging teweeg te brengen¹⁹⁴¹.

b. De initiële reikwijdte van de bestaande categorieën voorbehouden handelingen

In de tweede plaats is er ook rekening mee te houden dat een mogelijke, *indirecte controle* over het ‘eigenlijke gebruik’ van incorporaties van een ‘werk’ op grond van de bestaande categorieën voorbehouden handelingen binnen het auteursrecht, steeds zijn grenzen vindt in de initiële reikwijdte van de afzonderlijke categorieën voorbehouden handelingen. Hier gaat het er dan met name om dat de inherente limieten van de bevoegdheid die het auteursrecht verleent rond de afzonderlijke categorieën voorbehouden handelingen telkens ook grenzen inhouden rond de mate waarin deze afzonderlijke categorieën voorbehouden handelingen de rechthebbende een directe of indirecte controle kunnen verschaffen rond het ‘eigenlijk gebruik’ van de incorporaties van zijn ‘werk’. De mate waarin dit fenomeen zich voordoet, hangt dan natuurlijk echter af van de opvattingen rond de reikwijdte en de inherente limieten van de bevoegdheid die het auteursrecht verleent rond de betrokken afzonderlijke categorieën voorbehouden handelingen.

De inherente limieten van de categorieën voorbehouden handelingen binnen het auteursrecht zullen bijvoorbeeld, zoals aangegeven, nauwelijks grenzen stellen aan de mogelijkheden van de rechthebbende om hen in te roepen met het oog op een indirecte controle rond het ‘eigenlijk gebruik’ van de incorporaties van zijn ‘werk’, indien deze categorieën voorbehouden handelingen een interpretatie krijgen in de lijn van de hierboven besproken ‘atomistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat of in de zin dat de bevoegdheid rond ‘reproducen’ een bestemmingsrecht¹⁹⁴² omvat en ‘publiek mededelen’ ook slaat op het tonen van het bestaande aan een ‘publiek¹⁹⁴³’.

Daartegenover staat dat de inherente limieten van de categorieën voorbehouden handelingen binnen het auteursrecht erg belangrijk grenzen inhouden rond de eventuele directe of indirecte controle die zij de rechthebbende verschaffen rond het ‘eigenlijk gebruik’ van de incorporaties van zijn ‘werk’, indien deze categorieën voorbehouden handelingen een interpretatie krijgen: in de lijn van de hierboven besproken ‘holistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat en in de zin dat intellectueelrechtelijke relevantie in het licht van de betrokken categorieën voorbehouden handelingen ook vereist dat zintuiglijk waarneembare handelingen resulteren in een bijkomende, zelfstandige mogelijkheid om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomeen te genieten die te danken zijn het betrokken ‘werk’. Deze laatste interpretaties laten daarbij dan immers, zoals aangegeven, telkens toe om aan te nemen dat zintuiglijk waarneembare handelingen waarmee een persoon zijn ervaring van behoeftebevrediging ontlokt aan een incorporatie van een ‘werk’, ondanks de eventuele inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken van deze handelingen, toch *niet* onder de betrokken categorieën voorbehouden handelingen vallen binnen het auteursrecht, indien het volgende geldt: deze zintuiglijk waarneembare handelingen resulteren uiteindelijk niet in een bijkomende, zelfstandige mogelijkheid om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomeen te genieten die te danken zijn het betrokken ‘werk¹⁹⁴⁴’.

¹⁹⁴¹ Vergelijk op dit punt de vaststelling dat binnen het auteursrecht de begrippen, aan de rechthebbende voorbehouden ‘exploitatie’ en aan de rechthebbende niet-voorbehouden ‘consumptie’, niet altijd precies, afgelijnd zijn: D. VISSER, *Auteursrecht op Toegang. De exploitatierechten van de auteur in het tijdperk van digitale informatie en netwerkcommunicatie*, 's-Gravenhage, VUGA Uitgeverij B.V., 1997, p. 26 e.v..

¹⁹⁴² Zie in dit verband, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: C. CARON, “Droit de distribution rime avec transfert de propriété”, *Communication Commerce électronique n° 7*, Juillet 2008, comm. 87 ; W. CORNISH and D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 464 en voetnoot 99 en S. DUSOLLIER, “Le droit de destination: une espèce franco-belge vouée à la disparition”, *Propriétés Intellectuelles*, 2006, p. 281.

¹⁹⁴³ Vergelijk op dit punt, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: A. QUAEDVLIEG, Noot bij H.v.J., 17 april 2008, C-456/06, (Peek & Cloppenburg t. Cassina), *AMI* 2009, p. 151 e.v..

¹⁹⁴⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. DREIER, “Perspektiven einer Entwicklung des Urheberrechts” in J. BECKER en T. DREIER, *Urheberrecht und digitale Technologie*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, p. 135 e.v. (Met name waar DREIER stelt dat het met betrekking tot tijdelijke, technische duplicaties in een digitale context, als algemene regel passend *zou* zijn om aan te nemen dat deze geen aanleiding geven tot ‘inbreuk’ indien

c. Uitdrukkelijke beperkingen gericht op het vrijstellen van ‘gebruik’

Op het vlak van de grenzen van een mogelijke, indirecte controle over het ‘eigenlijke gebruik’ van incorporaties van een ‘werk’ via de bestaande categorieën voorbehouden handelingen, is ten slotte ook nog rekening te houden met het volgende: de uitdrukkelijke beperking die het auteursrecht bepaalt rond tijdelijke reproductiehandelingen¹⁹⁴⁵. Bij deze uitdrukkelijke beperking rond tijdelijke reproductiehandelingen gaat het er zoals aangegeven om dat de regelgeving rond het auteursrecht expliciet aangeeft dat de rechthebbende zich in sommige gevallen niet kan verzetten tegen bepaalde tijdelijke reproductiehandelingen die van voorbijgaande of incidentele aard zijn. Dit is volgens deze beperking met name het geval indien deze tijdelijke reproductiehandelingen een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé dat wordt toegepast met als enig doel, hetzij, de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon, hetzij, een rechtmatig gebruik en daarbij geen zelfstandige economische waarde blijken te bezitten¹⁹⁴⁶. Hierbij is dus meteen op te merken dat het auteursrecht vele vereisten of parameters aanhaalt om het soort zintuiglijk waarneembare handelingen aan te duiden waarop deze uitdrukkelijke beperking rond tijdelijke reproductiehandelingen betrekking heeft. Het Europees Hof van Justitie heeft in dit verband reeds aangegeven dat deze vereisten cumulatief en streng te interpreteren zijn¹⁹⁴⁷. De vele aanwijzingen die het auteursrecht daarbij geeft in verband met deze beperking

ze niet leiden tot een “*neue Möglichkeit der Werknutzung*” of indien ze geen “*neue, eigenständige Nutzungsmöglichkeit*” of “*gesteigerte Werknutzung*” mogelijk maken.); Zie in diezelfde zin ook: A. LUCAS, *Droit d’auteur et numérique*, Parijs, Litec, 1998, p. 130, nr. 257; Zie ook: Bundesgerichtshof 7 november 1980, (*Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten*), *NJW* 1981, p. 1042 (p. 1044: “*Zwar liegt technisch ein neuer Sendevorgang vor; diese Sendung eröffnet jedoch keine neue erweiterte Werkverwertung; sie erschließt keine neuen weiteren Hörerkreise, sondern beschränkt sich auf die - technisch notwendige - Weiterleitung der Sendung an die Hörerkreise, denen nach dem Willen des Urhebers sein Werk durch die Rundfunksendung zugänglich gemacht werden soll. Dieser beschränkte Sendevorgang kann daher dem Urheber keine weiteren Ansprüche aus § 20 UrhRG eröffnen;*”); Vergelijk op dit punt ook: H.v.J. 22 december 2010, C-393/09 (*Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury*), r.o. 57 (“*Wanneer een grafische gebruikersinterface echter tijdens een televisie-uitzending wordt getoond, nemen de televisiekijkers op zuiver passieve wijze kennis van deze interface, zonder dat zij hierin kunnen ingrijpen. Zij kunnen dus geen gebruik maken van de functie van voornoemde interface, die erin bestaat interactie tussen het computerprogramma en de gebruiker ervan mogelijk te maken. Aangezien de grafische gebruikersinterface, wanneer hij tijdens een televisie-uitzending wordt getoond, niet beschikbaar wordt gesteld aan het publiek, waardoor de leden van dat publiek toegang zouden verkrijgen tot het wezenlijke bestanddeel van deze interface, namelijk de interactie met de gebruiker, vindt er geen mededeling van de grafische gebruikersinterface aan het publiek plaats in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.*”).¹⁹⁴⁵ Zie bijvoorbeeld: S. DUSOLLIER, “*L’utilisation légitime de l’oeuvre: un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d’auteur?*”, *Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur – Communication – Commerce électronique*, 2005, p.17 (“*L’exception cherche à contrebalancer l’étendue nouvelle du droit de reproduction en exemptant certains actes de reproduction accessoires et éphémères.*”).

¹⁹⁴⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: art. 5.1. Richtlijn Informatiemaatschappij (“*Tijdelijke reproductiehandelingen, als bedoeld in artikel 2, die van voorbijgaande of incidentele aard zijn, en die een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé en die worden toegepast met als enig doel: a) de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon of b) een rechtmatig gebruik van een werk of ander materiaal mogelijk te maken, en die geen zelfstandige economische waarde bezitten, zijn van het in artikel 2 bedoelde reproductierecht uitgezonderd.*”) en art. XI.189., § 3 WER (oud art. 21, § 3 Auteurswet) (“*De auteur kan zich niet verzetten tegen tijdelijke reproductiehandelingen van voorbijgaande of bijkomstige aard die een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé dat wordt toegepast met als enig doel: de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon; of een rechtmatig gebruik, van een beschermd werk, waarbij die handelingen geen zelfstandige economische waarde bezitten.*”); In dit verband is overigens op te merken dat het WER uitdrukkelijk aangeeft in welke mate deze uitdrukkelijke beperking rond tijdelijke reproductiehandelingen van dwingend recht is. Zie art. XI.193. WER (“*De bepalingen van de artikelen XI.189, XI.190, XI.191 en XI.192, §§ 1 en 3, zijn van dwingend recht.*”). Vergelijk oud art. 23bis, lid 1 en 2 Auteurswet (“*De bepalingen van de artikelen 21, 22, 22bis en 23, §§ 1 en 3, zijn van dwingend recht. Er kan evenwel op contractuele basis afgeweken worden van de bepalingen van de artikelen bedoeld in het eerste lid, wanneer het werken betreft die voor het publiek beschikbaar zijn gesteld op grond van overeengekomen bepalingen op zodanige wijze dat leden van het publiek daartoe toegang hebben op een door hen individueel gekozen plaats en tijd.*”).

¹⁹⁴⁷ Zie: H.v.J 16 juli 2009, C-5/08 (*Infopaq International t. Danske Dagblades Forening*), r.o. 55-56.

rond tijdelijke reproductiehandelingen, konden echter niet verhinderen dat zich reeds veel discussie en onzekerheid voordeed rond de afbakening van de gevallen waarin deze beperking toepassing vindt.

In dit onderdeel gaan we nu dieper in op de uitdrukkelijke beperking die het auteursrecht bepaalt rond tijdelijke reproductiehandelingen, met name in zoverre deze beperking betrekking heeft op tijdelijke reproductiehandelingen die gesteld worden met het oog op een ‘rechtmatig gebruik’ van incorporaties van ‘werken’. Voor deze bespreking opteren we voor de volgende aanpak. Eerst (c.1.) gaan we in op de opvattingen rond het achterliggende juridische concept van deze beperking. Vervolgens (c.2.) analyseren we dan de basisvoorwaarden die vervuld moeten zijn, opdat het mogelijk wordt om een beroep te doen op de deze beperking rond tijdelijke reproductiehandelingen. Ten slotte, (c.3) gaan we dan in op de eigenlijke reikwijdte van de ‘vrijstelling’ die deze beperking rond tijdelijke reproductiehandelingen creëert rond een ‘rechtmatig gebruik’ van incorporaties van ‘werken’. Bij deze bespreking gaan we eerst in op het achterliggende juridische concept van de betrokken beperking omdat het ook vanuit dit concept is dat de interpretaties te verstaan zijn rond de concrete voorwaarden en de reikwijdte van deze beperking. De indeling die we maken tussen voorwaarden en reikwijdte van de uitdrukkelijke beperking rond tijdelijke reproductiehandelingen beperking helpt volgens ons om de inhoud van deze beperking beter te verstaan, maar mag daarbij het volgende niet uit het oog doen verliezen: dat het in beide gevallen uiteindelijk gaat om vereisten die gesteld worden aan een reproductiehandeling opdat de betrokken beperking toepassing zou vinden¹⁹⁴⁸.

c.1. Concept

Er bestaan onderscheiden opvattingen rond het juridische concept dat de uitdrukkelijke beperking beheerst die het auteursrecht bepaalt rond tijdelijke reproductiehandelingen¹⁹⁴⁹. De overheersende analyse in dit verband is dat deze uitdrukkelijke beperking rond tijdelijke reproductiehandelingen te kwalificeren is als een ‘uitzondering’¹⁹⁵⁰. In deze lezing gaat het er bij deze uitdrukkelijke beperking om dat de exclusieve bevoegdheid die het auteursrecht de rechthebbende verleent zich, in beginsel, dus wel degelijk uitstrekt tot de tijdelijke reproductiehandelingen die deze beperking aanduidt, maar zorgt precies deze expliciete beperking er uiteindelijk voor dat de rechthebbende dan toch geen exclusieve bevoegdheid ontleent aan het auteursrecht over de in deze beperking omschreven tijdelijke reproductiehandelingen. We treffen echter ook de opvatting aan dat de uitdrukkelijke beperking rond tijdelijke reproductiehandelingen in wezen een inherente limiet beschrijft van de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’¹⁹⁵¹. In deze lezing gaat het er bij deze uitdrukkelijke beperking dus om aan te geven dat de exclusieve bevoegdheid die het auteursrecht de rechthebbende verleent zich nooit – ook niet initieel – uitstrekt tot de tijdelijke reproductiehandelingen die deze beperking aanduidt. In dit verband is met name op te merken dat de Nederlandse wetgever duidelijk aangeeft dat hij deze uitdrukkelijke beperking rond tijdelijke reproductiehandelingen opgevat heeft als een dergelijke inherente limiet van de categorie voorbehouden handelingen ‘verveelvoudigen’. In de Nederlandse Auteurswet wordt art. 13, dat aangeeft wat onder meer te “*verstaan*” is onder de categorie voorbehouden handelingen ‘verveelvoudigen’, immers onmiddellijk gevolgd door art. 13a dat stelt: “*Onder de verveelvoudiging van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet verstaan de tijdelijke reproductie die van voorbijgaande of incidentele aard is, en die een integraal en essentieel onderdeel vormt van een technisch procedé dat wordt toegepast met als enig doel a) de doorgifte in een netwerk*

¹⁹⁴⁸ Vergelijk op dit punt: H.v.J 16 juli 2009, C-5/08 (*Infopaq International t. Danske Dagblades Forening*), r.o. 54.

¹⁹⁴⁹ In dit verband is op te merken dat art. 5 Richtlijn Informatiemaatschappij, dat in zijn eerste lid, 5.1., de betrokken uitdrukkelijke beperking rond tijdelijke reproductiehandelingen introduceerde, in deze richtlijn het volgende opschrift meekrijgt: “*Artikel 5 Beperkingen en restricties*”.

¹⁹⁵⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: Y. VAN DEN BRANDE, “Scrapen: het verzamelen van on-line publiekelijk beschikbare gegevens”, *A&M* 2009, p. 611-612; M. VON WELSER, “§ 44 a *Vorübergehende Vervielfältigungshandlungen*” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 1 en T. VERBIEST en I. DE BRUYN, “De technische tijdelijke kopie geconfronteerd met het reproductierecht. Auteursrecht in de digitale omgeving”, *A&M* 2002, p. 314

¹⁹⁵¹ Vergelijk voor deze vaststelling, bijvoorbeeld ook: G. WESTKAMP, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Part II: Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, ETD/2005/IM/D1/91, 2007, p. 12 and p. 350.

tussen derden door een tussenpersoon of b) een rechtmatig gebruik van een werk mogelijk te maken, en die geen zelfstandige economische waarde bezit.¹⁹⁵²”

c.2. Voorwaarden

Opdat het inderdaad mogelijk zou zijn om rond handelingen die in beginsel zouden kunnen kwalificeren als een ‘reproduceren’ een beroep te doen op de uitdrukkelijk beperking die het auteursrecht voorziet rond tijdelijke reproductiehandelingen, kunnen we stellen dat in eerste instantie alvast een aantal basisvoorwaarden moeten vervuld zijn. Focussen we, zoals aangegeven, op deze uitdrukkelijk beperking in zoverre deze gericht is op het vrijstellen van een ‘rechtmatig gebruik’, dan menen we te kunnen vaststellen dat de toepassing van deze beperking alvast vraagt dat de volgende basisvoorwaarden vervuld zijn: 1.) een vereiste dat deze zintuiglijk waarneembare handeling kan kwalificeren als een tijdelijke en incidentele ‘reproductiehandeling’ die een integraal en essentieel onderdeel vormt van een technisch procedé en 2.) een vereiste dat de persoon die deze tijdelijke en incidentele ‘reproductiehandeling’ stelt zich kan beroepen op de toestemming van de rechthebbende dan wel op het feit dat de wet hem dit niet verbiedt¹⁹⁵³.

Een eerste basisvoorwaarde voor de toepasselijkheid van de uitdrukkelijke beperking die het auteursrecht voorziet rond tijdelijke reproductiehandelingen is dus dat sprake is van een tijdelijke en incidentele ‘reproductiehandeling’ die een integraal en essentieel onderdeel vormt van een technisch procedé. Welke zintuiglijk waarneembare handeling daarbij precies kunnen kwalificeren als een dergelijke tijdelijke en incidentele ‘reproductiehandeling’ zorgde reeds voor discussie¹⁹⁵⁴. Het Europese Hof van Justitie gaf daarbij echter reeds de volgende belangrijke interpretatierichtlijnen. In de eerste plaats verduidelijkte het Europese Hof van Justitie dat enkel sprake kan zijn van een tijdelijke en incidentele ‘reproductiehandeling’ die een integraal en essentieel onderdeel vormt van een technisch procedé indien de levensduur van deze ‘reproductiehandeling’ beperkt is tot hetgeen noodzakelijk is voor de goede werking van het betrokken technische procedé¹⁹⁵⁵ en deze reproductiehandelingen volledig verricht wordt in het kader van de toepassing van dit technisch procedé en dus niet geheel of ten dele buiten dit procedé¹⁹⁵⁶. Daarnaast stelde het Hof ook dat enkel sprake kan zijn van een tijdelijke en incidentele ‘reproductiehandeling’ in de zin van de betrokken uitdrukkelijke beperking binnen het auteursrecht, indien het bewaren en het wissen van de door deze handeling teweeggebrachte reproductie niet afhankelijk zijn van een willekeurige menselijke interventie¹⁹⁵⁷. In een dergelijk geval bestaat er, volgens het Hof, immers geen garantie dat de betrokken persoon

¹⁹⁵² Zie in dit verband bijvoorbeeld: J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Kluwer, Deventer, 2005, p. 177.

¹⁹⁵³ Eveneens in de zin dat dit vereiste in wezen terug te voeren is op een persoon: S. DUSOLLIER, “L’utilisation légitime de l’oeuvre: un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d’auteur?”, *Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasser – Communication – Commerce électronique*, 2005, p.17 (“*Les actes temporaires de reproduction, transitoires ou accessoires, seront exemptés lorsqu’ils constituent une partie intégrante et indispensable d’un procédé technique dont le seul objet est soit de permettre la transmission d’une oeuvre par un intermédiaire, soit de permettre une utilisation licite de l’oeuvre. C’est dans cette seconde hypothèse que nous retrouvons la notion d’utilisateur légitime. Dépersonnalisée toutefois, puisque la légitimité ne s’attache plus à la personne de l’utilisateur mais bien au processus d’utilisation même.*”).

¹⁹⁵⁴ Zie in dit verband bijvoorbeeld: Court of Appeal (Civil Division) Londen 27 juli 2011 (Newspaper Licensing Agency t. Meltwater), [2011] EWCA Civ 890, Case No: A3/2010/2888/CHANF, r.o. 35 (Dat onder verwijzing naar overweging 33 Richtlijn Informatiemaatschappij stelt: “*As is clear from a consideration of recital 33 as a whole, the reference to “browsing” is “to the extent that they meet these conditions”. “They” refers to the acts of reproduction. The acts of reproduction are those occasioned by the voluntary human process of accessing that webpage. Accordingly, they fail to satisfy any of the conditions to which recital 33 refers. S.28 does not provide even a limited defence to the claims of infringement to which the business of Meltwater is likely to give rise.*”); S. CLARK, “Just browsing? An analysis of the reasoning underlying the Court of Appeal’s decision on the temporary copies exemption in Newspaper Licensing Agency Ltd v Meltwater Holding BV”, *E.I.P.R.* 2011, p.725-728; Brussel 5 mei 2011 (Google t. Copiepresse), *ICIP-Ing.Cons.* 2011, p. 56 (p. 79-81); Vergelijk ook: Voorz. Rb. Brussel 13 februari 2007, (Copiepresse t. Google), *A&M* 2007, p. 107; Y. VAN DEN BRANDE, “Scrapen: het verzamelen van on-line publiekelijk beschikbare gegevens”, *A&M* 2009, p. 612 e.v..

¹⁹⁵⁵ H.v.J 16 juli 2009, C-5/08 (*Infopaq International t. Danske Dagblades Forening*), r.o. 64.

¹⁹⁵⁶ H.v.J 17 januari 2012, C-302/10 (*Infopaq International t. Danske Dagblades Forening*), r.o. 30.

¹⁹⁵⁷ H.v.J 16 juli 2009, C-5/08 (*Infopaq International t. Danske Dagblades Forening*), r.o. 62.

daadwerkelijk de gemaakte reproductie wist of althans deze reproductie wist zodra het bestaan ervan niet langer gerechtvaardigd is gelet op de functie ervan, die erin bestaat een technisch procedé mogelijk te maken¹⁹⁵⁸. Wel is het volgens het Hof zo dat de toepassing van de betrokken uitdrukkelijke beperking rond tijdelijke reproductiehandelingen niet vraagt dat het technische procedé geen menselijke tussenkomst mag vereisen en in het bijzonder dat het uitgesloten is dat het procedé handmatig op gang wordt gebracht om een eerste tijdelijke reproductie te creëren¹⁹⁵⁹.

Een tweede basisvoorwaarde voor de toepasselijkheid van de uitdrukkelijke beperking die het auteursrecht voorziet rond tijdelijke reproductiehandelingen in zoverre deze gericht is op het vrijstellen van ‘rechtmatig gebruik’ is, zoals aangegeven, de volgende: dat de persoon die het soort tijdelijke en incidentele ‘reproductiehandeling’ stelt die aangeduid zijn in deze beperking, zich voor het stellen van deze handeling kan beroepen hetzij op de toestemming van de rechthebbende hetzij op het feit dat de wet het stellen van deze handelingen niet verbiedt. Het zijn daarbij met name de overwegingen bij de Richtlijn Informatiemaatschappij die direct aan de basis ligt van deze uitdrukkelijk beperking rond tijdelijke reproductiehandelingen die verduidelijkten dat een gebruik als ‘rechtmatig’ te beschouwen is in de zin van deze beperking indien het: “*door de rechthebbende is toegestaan of niet bij wet is beperkt.*”¹⁹⁶⁰

Ook de betekenis van deze tweede basisvoorwaarde zorgde daarbij echter reeds voor onzekerheid en discussie. Rond de toestemming van de rechthebbende als grondslag voor een ‘rechtmatig gebruik’ in de context van de betrokken beperking was er met name reeds de vraag of dit een licentie vroeg of een loutere overeenkomst rond het verkrijgen van zakenrechtelijke rechten over een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ dan wel of een dergelijke, impliciete toestemming van de rechthebbende ook reeds kon afgeleid worden uit het louter feit dat de rechthebbende een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ publiek gemaakt had of in het verkeer gebracht had¹⁹⁶¹. Rond het niet bij wet beperkt zijn als grondslag voor een ‘rechtmatig gebruik’ in de context van de betrokken beperking was het dan met name de vraag of en in welke mate precies het niet auteursrechtelijk relevant zijn van het met de betrokken reproductiehandelingen nagestreefde resultaat inderdaad de rechtmatigheid kon dekken van alle reproductiehandelingen om tot dit resultaat te komen¹⁹⁶². Sommige rechtsleer gaf in dit verband reeds aan dat, in deze context van het niet bij wet beperkt zijn als grondslag voor een ‘rechtmatig gebruik’, zich de vraag stelt of dit ook vraagt dat een niet-inbreukmakende zintuiglijk waarneembare manifestatie als uitgangspunt dient voor de reproductiehandeling die een niet bij wet beperkt resultaat heeft¹⁹⁶³.

Althans rond de betekenis van ‘rechtmatig gebruik’ in de context van de betrokken uitdrukkelijke beperking rond tijdelijk reproductiehandelingen heeft het Europese Hof van Justitie echter opnieuw belangrijke interpretatierichtlijnen aangeleverd. Om te beoordelen of reproductiehandelingen kunnen kwalificeren als een dergelijk ‘rechtmatig gebruik’ op grond van het niet bij wet beperkt zijn, heeft het Hof reeds verschillende malen

¹⁹⁵⁸ H.v.J 16 juli 2009, C-5/08 (*Infopaq International t. Danske Dagblades Forening*), r.o. 62.

¹⁹⁵⁹ H.v.J 17 januari 2012, C-302/10 (*Infopaq International t. Danske Dagblades Forening*), r.o. 32.

¹⁹⁶⁰ Richtlijn Informatiemaatschappij, overweging 33.

¹⁹⁶¹ Zie in verband met deze vraag vraag, bijvoorbeeld: Court of Appeal (Civil Division) Londen 27 juli 2011 (*Newspaper Licensing Agency t. Meltwater*), [2011] EWCA Civ 890, Case No: A3/2010/2888/CHANF, r.o. 32 (“*A person making a copy of a webpage on his computer screen will not have a defence under s. 28A CDPA simply because he has been browsing. He must first show that it was lawful for him to have made the copy.*”); S. CLARK, “Just browsing? An analysis of the reasoning underlying the Court of Appeal’s decision on the temporary copies exemption in *Newspaper Licensing Agency Ltd v Meltwater Holding BV*”, *E.I.P.R.* 2011, p.727 (“*The suggestion that once a copyright work is put on a website without restricting access to it by means of a pay-wall, for example, anyone is free to use it as they please is an extreme one.*”); Y. VAN DEN BRANDE, “Scrapen: het verzamelen van on-line publiekelijk beschikbare gegevens”, *A&M* 2009, p. 613; S. DUSOLLIER, “L’utilisation légitime de l’oeuvre: un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d’auteur?”, *Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur – Communication – Commerce électronique*, 2005, p. 17 e.v..

¹⁹⁶² Zie in dit verband bijvoorbeeld: S. DEPREEUW, “De uitzondering voor ‘tijdelijke technische reproductiehandelingen’ na *Infopaq I* en *II* en Premier League”, *A&M* 2013, p. 83 en Y. VAN DEN BRANDE, “Scrapen: het verzamelen van on-line publiekelijk beschikbare gegevens”, *A&M* 2009, p. 613.

¹⁹⁶³ Zie in die zin bijvoorbeeld: S. DUSOLLIER, “L’utilisation légitime de l’oeuvre: un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d’auteur?”, *Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur – Communication – Commerce électronique*, 2005, p. 19 e.v..

het resultaat van de betrokken handelingen centraal gesteld¹⁹⁶⁴. Een punt dat echter voor onzekerheid blijft zorgen is of het resultaat van tijdelijk reproductiehandelingen, met het oog op een toetsing van dit resultaat aan het niet bij wet beperkt zijn, zich dient te richten naar het resultaat van deze reproductiehandelingen in hun concrete werking binnen een technisch procedé dan wel naar het uiteindelijke resultaat dat nagestreefd wordt met het technisch procedé waarvan deze tijdelijk reproductiehandelingen een onderdeel vormen¹⁹⁶⁵. Het Hof blijkt beide benadering te hanteren¹⁹⁶⁶.

c.3. Reikwijdte

De vraag of de uitdrukkelijke beperking die het auteursrecht voorziet rond tijdelijke reproductiehandelingen daadwerkelijk toepassing vindt is niet alleen bepaald door het vervuld zijn van de zonet besproken basisvoorwaarden daartoe maar ook door het volgende: de reikwijdte, het concrete gamma, aan tijdelijke en incidentele ‘reproductiehandelingen’ die deze uitdrukkelijke beperking ‘vrijstelt’. Focussen we, zoals aangegeven, opnieuw op de uitdrukkelijk beperking binnen het auteursrecht rond tijdelijke reproductiehandelingen in zoverre deze beperking gericht is op het vrijstellen van een ‘rechtmatig gebruik’, dan stellen we vast dat de eigenlijke reikwijdte van deze beperking daarbij met name bepaald is door de het volgende vereiste, naast het vereiste van het vervuld blijven van de hierboven besproken basisvoorwaarden: het vereiste dat de betrokken tijdelijke reproductiehandelingen geen zelfstandige economische waarde mogen bezitten. De betekenis van dit vereiste rond de afwezigheid van een zelfstandige economische waarde zorgde eveneens reeds voor onzekerheid en discussie. In de rechtsleer werden in dit verband reeds verschillende criteria naar voor geschoven om te bepalen of een reproductiehandeling al dan niet een zelfstandige economische waarde bezit in de zin van de betrokken uitdrukkelijke beperking rond tijdelijke reproductiehandelingen, bijvoorbeeld: 1.) het criterium of mensen bereid zouden zijn om te betalen voor het gebruik dat deze tijdelijke reproductiehandelingen toelaten¹⁹⁶⁷, 2.) het criterium of deze tijdelijke reproductiehandelingen toelaten om een nieuw publiek of een nieuw deel van de markt te bereiken¹⁹⁶⁸, of 3.) het criterium of deze tijdelijke reproductiehandelingen tot een nieuwe, zelfstandige mogelijkheid voeren om het ‘werk’ te genieten¹⁹⁶⁹. Ook op dit punt heeft het Hof van Justitie echter voor belangrijke punten van houvast gezorgd¹⁹⁷⁰. Het Hof heeft met name gesteld dat, in de context van de uitdrukkelijk beperking binnen het auteursrecht rond tijdelijke reproductiehandelingen, het feit dat handelingen geen zelfstandige economische waarde bezitten als volgt te verstaan is: “*in die zin dat het uit het verrichten ervan voortvloeiende voordeel niet mag verschillen of kunnen worden gescheiden van het economische voordeel dat uit het rechtmatig gebruik van het betrokken werk wordt gehaald, en geen extra economische voordeel mag*”

¹⁹⁶⁴ Zie in die zin: H.v.J 17 januari 2012, C-302/10 (*Infopaq International t. Danske Dagblades Forening*), r.o. 42 e.v. en H.v.J 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08, (*Football Association Premier League*), r.o. 169 e.v. (o.a. r.o. 169: “*Aangezien het gebruik van de betrokken werken in het hoofdgeding door de auteursrechthebbenden niet is toegestaan, moet worden beoordeeld of de betrokken handelingen beogen een gebruik van werken mogelijk te maken dat door de toepasselijke regeling niet is beperkt.*”).

¹⁹⁶⁵ Voor een kritische analyse in dit verband zie bijvoorbeeld: S. DEPREEUW, “De uitzondering voor ‘tijdelijke technische reproductiehandelingen’ na *Infopaq I* en *II* en *Premier League*”, *A&M* 2013, p. 83.

¹⁹⁶⁶ Zie voor een gerichtheid eerder op het resultaat van de reproductiehandelingen in hun concrete werking binnen een technisch procedé: H.v.J 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08, (*Football Association Premier League*), r.o. 169 e.v.; Zie voor een gerichtheid op het uiteindelijke resultaat dat nagestreefd wordt met het technisch procedé waarvan deze tijdelijk reproductiehandelingen een onderdeel vormen: H.v.J 17 januari 2012, C-302/10 (*Infopaq International t. Danske Dagblades Forening*), r.o. 42 e.v..

¹⁹⁶⁷ Zie in dit verband bijvoorbeeld: S. CLARK, “Just browsing? An analysis of the reasoning underlying the Court of Appeal's decision on the temporary copies exemption in *Newspaper Licensing Agency Ltd v Meltwater Holding BV*”, *E.I.P.R.* 2011, p. 727.

¹⁹⁶⁸ Zie in dit verband bijvoorbeeld: S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 363.

¹⁹⁶⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. DREIER, “§44a Vorübergehende Vervielfältigungshandlungen” in T. DREIER and SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, C.H. Beck, 2008, Nr. 9.

¹⁹⁷⁰ Uitgebreid in dit verband, bijvoorbeeld: S. DEPREEUW, “De uitzondering voor ‘tijdelijke technische reproductiehandelingen’ na *Infopaq I* en *II* en *Premier League*”, *A&M* 2013, p. 76-85.

opleveren dat boven op het uit dat gebruik van het beschermde werk gehaalde voordeel komt).¹⁹⁷¹ Meer concreet geldt volgens het Hof dat tijdelijke reproductiehandelingen geen zelfstandige economische waarde bezitten in die zin: “wanneer de uit het verrichten van die handelingen voortvloeiende economische voordelen slechts een concrete vorm aannemen bij het gebruik van het gereproduceerde materiaal, zodat zij niet verschillen of kunnen worden gescheiden van de voordelen die uit het gebruik van dat materiaal worden gehaald.”¹⁹⁷² Het Hof geeft daarbij ook aan dat een tijdelijke reproductiehandeling daarentegen wel een zelfstandige economische waarde bezitten die de toepassing van de betrokken beperking rond tijdelijke reproductiehandelingen in de weg staat indien het volgende zich voordoet: deze reproductiehandeling laat toe om uit de economische exploitatie van de tijdelijke reproducties zelf een voordeel te behalen dat verschilt en gescheiden is van het voordeel behaald uit het gebruik van het materiaal dat het uitgangspunt vormt van deze reproductiehandeling, wat zich volgens het Hof met name voordoet wanneer de tijdelijke reproductiehandelingen uitlopen op een wijziging van het gereproduceerde materiaal zoals dat ten tijde van het op gang brengen van het betrokken technische procedé bestond¹⁹⁷³.

B. Het recht inzake oneerlijke mededinging

In het kader van het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ is het uiteindelijk niet uit te sluiten dat een belanghebbende aan dit ingrijpen, onder omstandigheden, een relatieve bevoegdheid ontleent rond zintuiglijk waarneembare handelingen waarmee een persoon zijn ervaring van behoeftebevrediging ontlokt ten aanzien van bepaalde incorporaties van inspanningen of daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties. Dit zal ook hier met name het geval zijn indien dergelijke zintuiglijk waarneembare handelingen, zoals aangegeven, kwalificeren als een ‘handelspraktijk’, met andere woorden als een handeling van een onderneming die in brede zin verband houdt met de verkoop van producten, en, in het licht van de concrete omstandigheden die er mee gepaard gaan, ook kwalificeren als onrechtmatige, ‘parasitaire mededinging’ waardoor de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schade ondervindt of dreigt te ondervinden.

Belangrijk daarbij is in de eerste plaats opnieuw dat het er voor een ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ niet op aankomt of een ‘handelspraktijk’ op grond van haar inherente kenmerken tot een bepaalde categorie behoort maar, zoals aangegeven, enkel op aankomt of deze ‘handelspraktijk’ in het licht van de concrete omstandigheden die er mee gepaard gaan een vorm van onrechtmatige, parasitaire mededinging uitmaakt. Voor de vaststelling of een ‘handelspraktijk’ kwalificeert als een vorm van onrechtmatige, ‘parasitaire mededinging’ gelden in die zin bijvoorbeeld geen algemene vereisten rond het feit of deze handeling daartoe een kopiëren van kenmerken moet inhouden dat daadwerkelijk leidt tot een bijkomende zintuiglijk waarneembare manifestatie in plaats van een louter gewijzigde zintuiglijk waarneembare manifestatie en is het bijvoorbeeld al evenmin doorslaggevend of deze handeling een materieel dan wel een niet-materieel resultaat heeft. Wezenlijk is veeleer dat deze ‘handelspraktijk’ teruggaat op een kopiëren van kenmerken die te danken zijn aan een resultaat van inspanningen van een andere persoon dat een bepaalde drempel bereikt aan geïnvesteerde intellectuele arbeid of handenarbeid en dat dit kopiëren toelaat om via deze ‘handelspraktijk’ op ‘onrechtmatige’ wijze een voordeel te behalen¹⁹⁷⁴. Dit zou strikt

¹⁹⁷¹ H.v.J 17 januari 2012, C-302/10 (*Infopaq International t. Danske Dagblades Forening*), r.o. 50; Vergelijk op dit punt ook: H.v.J 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08, (*Football Association Premier League*), r.o. 175 (“*Om de uitzondering van artikel 5, lid 1, van de richtlijn auteursrecht haar nuttige werking niet te ontnemen, moet die waarde ook nog zelfstandig zijn in de zin dat zij verder gaat dan het economische voordeel dat wordt gehaald uit de enkele ontvangst van een uitzending die beschermde werken bevat, dat wil zeggen verder gaat dan het voordeel dat wordt gehaald uit het opvangen van het signaal en het weergeven van de uitzending op zich.*”).

¹⁹⁷² H.v.J 17 januari 2012, C-302/10 (*Infopaq International t. Danske Dagblades Forening*), r.o. 51.

¹⁹⁷³ H.v.J 17 januari 2012, C-302/10 (*Infopaq International t. Danske Dagblades Forening*), r.o. 52-53 (“*Een uit een tijdelijke reproductiehandeling voortvloeiend voordeel verschilt echter van het uit het gebruik van dat materiaal behaald voordeel en kan daarvan worden gescheiden wanneer de auteur van deze reproductiehandeling winst kan behalen uit de economische exploitatie van de tijdelijke reproducties zelf. Hetzelfde geldt wanneer de tijdelijke reproductiehandelingen uitlopen op een wijziging van het gereproduceerde materiaal zoals dat ten tijde van het op gang brengen van het betrokken technische procedé bestond, want die handelingen beogen dan niet meer het gemakkelijk van het gebruik van dat materiaal, maar het gemakkelijk van het gebruik van ander materiaal.*”).

¹⁹⁷⁴ Brussel 7 december 2006, *T.B.H.* 2007, p.580 (in het bijzonder p.582-583 “*Pour qu’il y ait concurrence parasitaire, il n’est pas indispensable qu’il existe un risque de confusion (Bruxelles 6 novembre 2003, Ann. prat.*

genomen, in het licht van de concrete omstandigheden, bijvoorbeeld het geval kunnen zijn indien een producent de montage-robotten die een concurrent specifiek voor zijn productie van auto's ontwikkelde, namaakt en eveneens gaat gebruiken voor het produceren van auto's. In dit verband is er volgens ons dan echter opnieuw rekening mee te houden dat rond een louter gebruiken van incorporaties van inspanningen van een andere persoon die deze andere persoon zelf vervaardigde dan wel liet vervaardigen, de volgende opvatting zal verdedigd worden: dat dit louter gebruiken, bij gebrek aan een 'kopiëren' van kenmerken, niet kan kwalificeren als 'parasitaire mededinging' ook als dit gebeurt tegen de toestemming van deze andere persoon waarbij de meningen weliswaar opnieuw zullen

*comm. conc. 2003, p. 566). Il y a concurrence parasitaire en cas de copie par un concurrent d'une prestation, d'un produit ou d'un service si les conditions suivantes sont réunies: a) la prestation, le produit ou le service qui est copié doit être le fruit d'efforts créatifs et d'investissements relativement importants du point de vue financier et quant au temps consacré. La prestation protégée doit être suffisamment originale; b) la prestation, le produit ou le service copié doit avoir une valeur économique; c) celui qui copie ou imite doit tirer profit des efforts et investissements de l'autre vendeur, quelle qu'en soit la forme; c'est le cas notamment lorsque le copieur évite ainsi des frais de recherche et de développement du produit ou profite de la publicité effectuée par le créateur original; d) le copieur ne doit pas avoir consenti le moindre effort créatif pour distinguer sa prestation, son produit ou son service de celui de l'autre vendeur."); L. VOGEL, *Droit de la concurrence déloyale. 350 décisions commentées*, Parijs, LawLex, 2005, p.459, 463 en p. 471 e.v.; M. BUYDENS "Produktpiraterie und unlauterer Wettbewerb - Die Situation in Belgien und Frankreich mit Hinweisen auf die Rechtslage in Deutschland", *GRUR Int* 1995, p. 20 e.v.; Hoge Raad 27 juni 1986 (Holland Nautic v. Decca), *Computerrecht* 1986, p.176 (p.177: "Ontbreekt een dergelijke absoluut recht dan is bij een stand van zaken als zich hier voordoet voor een vergelijkbare bescherming via het recht van de ongeoorloofde mededinging in beginsel ten minste vereist dat wordt geprofiteerd van een prestatie van dien aard dat zij op één lijn valt te stellen met die welke toekenning van een dergelijk recht rechtvaardigen.") Hoge Raad 27 juni 1986 (Holland Nautic v. Decca), *Computerrecht* 1986, p.176 (p.177); Zie voor de verdere uitwerking van deze prestatiebescherming ook: Hoge Raad 27 oktober 1987 (KNVB v. NOS), *NJ* 1988, 310; Hoge Raad 20 november 1987 (Staat v. Den Ouden), *NJ* 1988, 311 en Hoge Raad 23 mei 2003 (KNVB v. Feyenoord), *NJ* 2003, 494; P. GEERTS, *Bescherming van de intellectuele eigendom*, Deventer, Kluwer, 2007, p. 18; F. GROSHEIDE, "Hoe slaafs mag men nabootsen", *IER* 2005, p. 270; A. QUAEDVLIEG, "Beschermingsdrift: Een studie naar feiten en achtergronden rond sweat of the brow-of prestatiebescherming", *B.I.E.* 1996, (Deel II) p.59; D. VAN ENGELEN, "The Misappropriation Doctrine in the Netherlands", *IIC* 1991, p.14; Bundesgerichtshof 14 december 1995 (Vakuum-pumpen-zaak), *GRUR* 1996, p.210 (p.212: "Zu den im Streitfall besonders zu berücksichtigenden Umständen gehören vor allem das von der Klägerin behauptete schrittweise und zielbewußte Anhängen an eine Vielzahl ihrer Produkte, die freie Wählbarkeit einer Fülle von Gestaltungselementen und die aufgrund der Ersparung kostspieliger, eigener Entwicklungsarbeit mögliche erhebliche Preisunterbietung in Verbindung mit den daraus erzielten Wettbewerbsvorteilen."); Bundesgerichtshof 8 november 2001 (Noppenbahnen-zaak), *GRUR* 2002, p. 275, rechtsoverweging 21 ("Eine solche wettbewerbliche Eigenart setzt voraus, daß die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale des Erzeugnisses geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen."); H.-P. GÖTTING, "Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9)" in K.-H. FEZER, *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, München, Beck, 2005, Band 1, p.782 (Waar hij die 'Behinderung von Mitbewerbern' omschrijft als: "...die systematische Nachahmung einer Vielzahl eigenartiger, überdurchschnittlicher Erzeugnisse eines Mitbewerbers durch ein planmäßiges und zielgerichtetes Anhängen an die fremde Leistung, obwohl andere Gestaltungselemente frei wählbar sind."); T. SAMBUC, "Die Eigenart der "wettbewerblichen Eigenart" - Bemerkungen zum Nachahmungsschutz von Arbeitsergebnissen durch § 1 UWG", *GRUR* 1986, p. 130; Zie echter ook: Cass. 29 mei 2009, *NJW* 2010, p.151 (p.153: "De verkoper die, zonder zelf een creatieve inspanning te leveren, rechtstreeks voordeel haalt uit belangrijke inspanningen of investeringen gewijd aan een creatie met economische waarde van een andere verkoper, begaat nog geen daad strijdig met de eerlijke handelsgebruiken. De rechter kan nochtans op grond van het behalen van een voordeel om een andere reden dan het louter nabootsen, oordelen dat dit handelen onrechtmatig is. Die andere redenen bestaan niet alleen uit de miskennis van intellectuele eigendomsrechten of verarringstichtende reclame, maar kunnen elke vorm van onrechtmatig gedrag zijn.") Zie rond dit arrest bijvoorbeeld: Zie in die zin bijvoorbeeld: D. MERTENS, "Het Hof van Cassatie over 'parasitaire mededinging' en 'aanhaking'. Scherpstelling of genadeschot?" noot bij Cass. 29 mei 2009, *R.W.* 2010-2011, p.1562-1566; G. STRAETMANS, "Over parasitaire concurrentie en namaak", *DAOR* 2011, p. 286; R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 77-78.*

uiteenlopen of deze redenering enkel opgaat indien – naar analogie met de uitputtingsleer – deze andere persoon reeds eerst zijn toestemming gaf tot het in het verkeer brengen van deze incorporaties van zijn inspanningen¹⁹⁷⁵. In de tweede plaats, is ook hier opnieuw niet uit het oog te verliezen dat het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ enkel optreedt tegen handelingen die kwalificeren als een ‘handelspraktijk¹⁹⁷⁶’ en die schade veroorzaken of dreigen te veroorzaken aan de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen¹⁹⁷⁷. Indien deze voorwaarden niet vervuld zijn, biedt het recht inzake oneerlijke mededinging met andere woorden geen basis om zich te verzetten tegen zintuiglijk waarneembare handelingen waarmee een persoon zijn ervaring van behoeftebevrediging ontlokt ten aanzien van bepaalde incorporaties van inspanningen of daaraan gelijkende zintuiglijk waarneembare manifestaties.

3.3.2. De *sui generis* intellectuele rechten

In het licht van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken stellen we vast dat, indien zij bescherming verlenen, er ook steeds rekening mee te houden is dat zij het volgende kunnen doen: de rechthebbende een zekere controle verschaffen over zintuiglijk waarneembare handelingen waarmee een persoon zijn ervaring van behoeftebevrediging ontlokt aan een ‘bestaande’ zintuiglijk waarneembare manifestatie. De betrokken *sui generis* intellectuele rechten bevatten weliswaar geen expliciete categorie voorbehouden handelingen ‘gebruiken’, maar het is ook hier algemeen aanvaard dat hun bestaande categorieën voorbehouden handelingen als basis kunnen dienen om de rechthebbende een *indirecte* controle te verschaffen over zintuiglijk waarneembare handelingen waarmee een persoon zijn ervaring van behoeftebevrediging ontlokt aan een ‘bestaande’ zintuiglijk waarneembare manifestatie¹⁹⁷⁸. Bij deze indirecte controle gaat het er dan met name opnieuw om dat de rechthebbende zich op deze bestaande categorieën voorbehouden handelingen kan beroepen om zintuiglijk waarneembare handelingen te controleren die *in concreto* nodig of zelf onontbeerlijk blijken te zijn voor het eigenlijke gebruik van incorporaties van de betrokken beschermde resultaten van inspanningen, indien de betrokken zintuiglijk waarneembare handelingen op zich genomen alle kenmerken vertonen om onder deze

¹⁹⁷⁵ Vergelijk in dit verband: H. KÖHLER, “UWG § 4 Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen” in H. KÖHLER en J. BORNKAMM, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München, C.H. BECK, 2011, nr. 9.38 (“*Eine Nachahmung liegt dementsprechend ua dann nicht vor, (...) wenn ein Originalprodukt ohne Zustimmung des Herstellers vermarktet wird (...). Auch eine analoge Anwendung des § 4 Nr 9 kommt nicht in Betracht, gleichgültig, ob das Leistungsergebnis mit oder ohne Willen des Originalherstellers in den Verkehr gebracht wurde. Auf den allgemeinen Rechtsgedanken der Erschöpfung durch erstmaliges Inverkehrbringen kommt es insoweit nicht an (...).*”); Oberlandesgericht Frankfurt 13 februari 2007, *GRUR-RR* 2007, p. 104 en Oberlandesgericht Frankfurt 6 december 2000, *GRUR* 2002, p. 96.

¹⁹⁷⁶ Een ‘handelspraktijk’ omschrijft art. I.8., 23° WER (oud art. 2, 29° Wet Marktpraktijken) hierbij als volgt: “*iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een onderneming, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product.*” Het begrip ‘onderneming’ binnen deze definitie is volgens art. I.1., 1° WER (oud artikel 2, 1° Wet Marktpraktijken) te verstaan als: “*elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen.*”

¹⁹⁷⁷ Aangezien het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen ‘parasitaire mededinging’ een toepassing uitmaakt van art. VI.104. WER (oud art. 95 Wet Marktpraktijken) vereist dit ingrijpen ook steeds dat een ‘handelspraktijk’ voorligt, die twee voorwaarden vervult: 1.) de handelspraktijk is strijdig met de eerlijke marktpraktijken – in dit geval dus omdat ze kwalificeert als ‘parasitaire mededinging’ – én 2.) de handelspraktijk moet de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaden of kunnen schaden. Voor een uitgebreide bespreking van deze voorwaarden, zie bijvoorbeeld: J. LIGOT, F. VANBOSSELE, O. BATTARD en A. TALLON (editor), *Les pratiques loyales*, Brussel, Larcier, 2012, p. 40 e.v.; Zie ook: Luik 10 juni 2011, *I.R.D.I.* 2012, p. 83 (“*Enfin, les intérêts professionnels de l’appelante ne sont pas atteints alors même que la preuve de l’existence d’un dommage n’est pas requise.*”).

¹⁹⁷⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 c Zustimmungsbedürftige Handlungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 5 (“*Weiter sorgt das Vervielfältigungsrecht dafür, dass jedes im Einsatz befindliche Computerprogramm im Grundsatz käuflich erworben oder aufgrund einer Lizenz benutzt werden muss. In Netzwerken darf ein Computerprogramm zudem nur auf Basis einer entsprechenden Lizenz parallel von mehreren Nutzern gleichzeitig genutzt werden (...). Es findet also eine urheberrechtliche Kontrolle der Benutzung, nämlich des Ladens, nicht aber des Ablaufenlassens des Programms (...) statt.*”) en B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 57 e.v..

categorieën voorbehouden handelingen te vallen. Rond de vraag of binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken ook als principe geldt of behoort te gelden dat zij er moeten over waken om de rechthebbende geen of geen verregaande *de facto* exclusieve bevoegdheid te verlenen over het 'eigenlijke gebruik' van de zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object', blijkt de rechtsleer verdeeld¹⁹⁷⁹.

In wat volgt, gaan we nu dieper in op de bestaande opvattingen rond de mate waarin de categorieën voorbehouden handelingen binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken de rechthebbende inderdaad een controle verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen waarmee een persoon zijn ervaring van behoeftebevrediging ontlokt aan een 'bestaande' zintuiglijk waarneembare manifestatie. Daarbij bespreken we ten eerste (A.) de principiële mogelijkheid die aanvaard wordt rond een indirecte controle over het eigenlijke gebruik van incorporaties van de betrokken, beschermde resultaten van inspanningen, op grond van de categorieën voorbehouden handelingen binnen deze *sui generis* intellectuele rechten. Daarna (B.) bespreken we dan de concrete grenzen die gelden rond een indirecte controle over het eigenlijke gebruik van incorporaties van de betrokken, beschermde resultaten van inspanningen op grond van de categorieën voorbehouden handelingen binnen deze *sui generis* intellectuele rechten.

A. De mogelijkheid van een indirecte controle over het eigenlijke 'gebruiken' in het licht van de categorieën voorbehouden handelingen

Binnen de *sui generis* intellectuele recht rond chips, computerprogramma's en databanken is eveneens aan te nemen dat elke categorie voorbehouden handelingen, in beginsel, als aanknopingspunt kan dienen om de rechthebbende een *indirecte* controle te verschaffen over het 'eigenlijke gebruik' van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object'. Hierbij is dus, naargelang het geval, bijvoorbeeld zowel te denken aan een 'reproducen', 'opvragen', 'publiek mededelen' als een 'hergebruiken'. Opdat een specifieke categorie voorbehouden handelingen als aanknopingspunt zou kunnen dienen om een indirecte controle te verschaffen over het 'eigenlijk gebruik' is, in beginsel, opnieuw enkel het volgende vereist: dat de zintuiglijk waarneembare

¹⁹⁷⁹ In de zin dat ook in de context van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken als principe behoort te gelden dat zij de rechthebbende geen of geen verregaande *de facto* exclusieve bevoegdheid verlenen over het 'eigenlijke gebruik' van de zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object', bijvoorbeeld: T. DREIER, "The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs", *E.I.P.R.* 1991, p. 321 ("Furthermore, since reproduction as defined in Article 4(a) also includes any temporary reproduction, it might be argued that acts taking place during the normal working of a program, such as running, displaying, etc., would more often than not require the rightholder's authorisation. It seems, however, that this would lead to a much too broad exclusive right, which would not be limited by Article 5(1) in all cases, since the provisions of Article 5(1) may contractually be excluded."); In de zin dat verdedigbaar is dat de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken de rechthebbende een *de facto* exclusieve bevoegdheid verlenen over het 'eigenlijke gebruik' van de zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object', bijvoorbeeld: S. VAN CAMP, "Het doorverkopen van gedownload software en communautaire uitputting: het UsedSoft-arrest van het Hof van Justitie", *Computerrecht* 2012, p. 410 e.v. ("Dat het gebruiksrecht contractueel bepaald wordt door de producent/rechthebbende is niet onlogisch voor een utilitair product als een computerprogramma, waarvan het gebruik complexer is dan het lezen van een boek (enkele uitzonderingen daargelaten).") M. BORGHI, "Chasing Copyright Infringement in the Streaming Landscape", *IIC* 2011, p. 334-335 ("The rationale of this right was undoubtedly to make the use of a computer program subject to the authorisation of the rightholder, and for this reason the right to reproduce the work was designed to be broad enough to include acts such as loading, running and displaying the program on the computer. Similarly, the Database Directive of 1996 includes a broad reproduction right which covers acts of temporary reproduction, on the ground that mere acts of use of a database (such as the display of the database on a screen) should be authorised by the rightholder. While this rationale may fit comfortably with "functional works" such as computer programs and databases, it does not apply unequivocally to other categories of protected works, such as other kind of literary works and artistic works."); R. STIM, *Patent, copyright & trademark*, Berkeley, Nolo, 2009, p. 295; T. TJONG TJIN TAI, "De omvang van het gebruiksrecht van programmatuur", *Computerrecht* 2001, p. 65.

handeling die praktisch gezien noodzakelijk is om tot het ‘eigenlijke gebruik’ te komen, op zich genomen onder de betrokken categorie voorbehouden handelingen valt¹⁹⁸⁰.

Ook bij de *sui generis* intellectuele recht rond chips, computerprogramma’s en databanken, stellen we dan vast dat, in het bijzonder bij het ‘eigenlijke gebruik’ van incorporaties van de betrokken bescherming motiverende resultaten van inspanningen dat plaatsvindt via computersystemen en netwerken van computersystemen, de uitdrukkelijke categorieën voorbehouden handelingen binnen deze intellectuele rechten, een bijzonder groot potentieel bieden om de betrokken rechthebbende een *indirecte* controle te verschaffen over dit gebruik. De verklaring hiervoor is opnieuw dat quasi elke handeling die via computersystemen en netwerken van computersystemen gesteld wordt rond een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’, reeds om technische redenen, inherent gepaard gaat met een dupliceren van deze incorporatie met een tastbaar, lichamenlijk resultaat, die de betrokken handeling in beginsel, op grond van zijn inherente kenmerken, kunnen doen kwalificeren als een ‘reproduceren’. Zo goed als elke handeling die via computersystemen en netwerken van computersystemen gesteld wordt rond een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ zal, zoals aangegeven, immers vereisen dat een overbrenging plaatsvindt van deze incorporatie of delen ervan tussen verschillende onderdelen van het computersysteem of het netwerk van computersystemen en deze overbrenging zal in principe steeds gebeuren aan de hand van de ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek. Via een computersysteem, een databank raadplegen die opgeslagen ligt op de harde schijf van dit computersysteem, zal immers bijvoorbeeld in de regel overbrengingen van deze databank vragen naar de registers van de ‘central processing unit’, het werkgeheugen en het beeldschermgeheugen¹⁹⁸¹. Een computerprogramma laten inwerken op een computersysteem vraagt, zoals aangegeven, bijvoorbeeld in de regel ook onder meer een overbrenging van de incorporatie dit computerprogramma in een geheugenapparaat naar de registers van de ‘central processing unit’. In zoverre de zonet vermelde overbrengingen daarbij, door de gehanteerde ‘transmissie-door-duplicatie’-techniek, ook gepaard gaan met duplicaties van de betrokken incorporatie, bijvoorbeeld in de schakelcomponenten van de betrokken geheugen-apparaten en registers, impliceren deze overbrengingen dus opnieuw een tastbaar, lichamenlijk of stoffelijk dupliceren dat in beginsel, op grond van zijn inherente kenmerken, kan kwalificeren als een ‘reproduceren’ dan wel als een ‘opvragen’.

Met name in de context van de *sui generis* intellectuele rechten rond computerprogramma’s en databanken, is er volgens ons rekening mee te houden dat de betrokken wetgevers er zich ook van bewust waren dat het functioneren van computerprogramma’s en databanken technisch gezien duplicaties vereist en dat zij door het bepalen van een breed opgevatte bevoegdheid rond ‘reproduceren’ respectievelijk ‘opvragen’ en ‘hergebruiken’ de rechthebbende dus ook de mogelijkheid gaven om indirect een breed gamma aan zintuiglijk waarneembare handelingen te controleren rond computerprogramma’s en databanken¹⁹⁸².

¹⁹⁸⁰ Zie in die zin, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “UrHG § 69 c Zustimmungsbefürdigte Handlungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 5 en B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 57 e.v.; Vergelijk ook: G. SCHULZE, “§ 15 Allgemeines” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr 3 (“Die Verwertungsrechte knüpfen an den dem Werkgenuss vorgelagerten Nutzungshandlungen an, durch die das Werk dem Endverbraucher nahegebracht wird, z. B. durch Vervielfältigung und Verbreitung von Druckwerken, Aufführung von Musikwerken, Vorführung oder Sendung von Filmwerken etc. ... Man spricht deshalb von einem Stufensystem zur mittelbaren Erfassung des Endverbrauchers (...).”).

¹⁹⁸¹ Zie in dit verband bijvoorbeeld: G. WESTKAMP, “Protecting Databases Under US and European Law – Methodical Approaches to the Protection of Investments Between Unfair Competition and Intellectual Property Concepts”, *IIC* 2003, p. 792 en M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 96/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz*, München, Verlag C.H. Beck, 2000, p. 92 en 189-190.

¹⁹⁸² Vergelijk in die zin ook: B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 64 (“...the technique used in the Directive is to grant a bundle of rights which are then ‘pruned’ as appropriate to fit circumstances where exceptions are believed to be necessary.”); Zie ook: Richtlijn Computerprogramma’s (2009), overweging 13 (“Op de exclusieve rechten van de auteur moet, om de ongeoorloofde reproductie van zijn werk te verhinderen, een beperkte uitzondering worden gemaakt in het geval van een computerprogramma, teneinde de reproductie toe te laten die technisch noodzakelijk

De mate waarin de categorieën voorbehouden handelingen binnen de betrokken *sui generis* intellectuele rechten de rechthebbende ook een *indirecte* controle verschaffen over het ‘eigenlijke gebruik’ van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, zal uiteindelijk echter vooral opnieuw bepaald worden door de opvattingen rond de concrete reikwijdte van de betrokken categorieën voorbehouden handelingen.

Als bijvoorbeeld inderdaad aangenomen wordt dat een ‘publiek mededelen’ of ‘hergebruik (publiek mededelen)’ ook slaat op het tonen van het bestaande aan een ‘publiek’, impliceert dit concreet dat de betrokken categorieën voorbehouden handelingen de rechthebbende, in beginsel, ook een *indirecte controle* toelaten over het ‘eigenlijke gebruik’ van een computerprogramma of een databank dat inhoudt dat een ‘object-relevant’ deel ervan zichtbaar is buiten de familiekring. De mate waarin de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’ en ‘opvragen’ de betrokken rechthebbende een *indirecte controle* verschaffen over het ‘eigenlijke gebruik’ van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ via computersystemen en netwerken van computersystemen, omwille van de *directe controle* die deze categorieën voorbehouden handelingen hem bieden over de tastbare duplicaties van deze zintuiglijk waarneembare manifestaties die noodzakelijk zijn om deze te kunnen gebruiken, zal bijvoorbeeld ook hier afhangen van de vraag of de reikwijdte van de betrokken categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’ begrepen wordt in de lijn van de hierboven besproken ‘atomistische’ benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat dan wel in de lijn van de hierboven besproken een ‘holistische’ benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat. De ‘atomistische’ benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat doet dan immers ook hier opnieuw aannemen dat het gegeven dat een zintuiglijk waarneembare handeling waarmee een persoon zijn ervaring van behoeftebevrediging ontlokt aan een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ ook gepaard gaat met een tastbaar of stoffelijk dupliceren van deze zintuiglijk waarneembare manifestaties, reeds maakt dat uit te gaan is van de intellectueelrechtelijke relevantie van deze zintuiglijk waarneembare handeling in het licht van de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’ of ‘opvragen’¹⁹⁸³. De betrokken ‘holistische’ benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat doet daarentegen aannemen dat, in het geval dat een zintuiglijk waarneembare handeling waarmee een persoon zijn ervaring van behoeftebevrediging ontlokt aan een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’, ook gepaard gaat met een dupliceren van deze zintuiglijk waarneembare manifestatie, niettemin pas uit te gaan is van de intellectueelrechtelijke relevantie van deze zintuiglijk waarneembare handeling als een ‘reproducen’, ‘opvragen’, ‘publiek mededelen’ of ‘hergebruiken (publiek mededelen)’ indien daarbij ook het volgende geldt: deze zintuiglijk waarneembare handeling resulteert in een bijkomende, zelfstandige mogelijkheid om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomeen te genieten die te danken zijn het betrokken bescherming ‘motiverende’ resultaat van inspanningen¹⁹⁸⁴.

is voor het gebruik van dat programma door de rechtmatige verkrijger.”) en Richtlijn Databanken, overweging 34 en 49.

¹⁹⁸³ Vergelijk bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 c Zustimmungsbefürftige Handlungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 6 (“Selbst die nur vorübergehende Speicherung im Arbeitsspeicher stellt aber nach heute ganz h. M. eine Vervielfältigung dar ... Auch kann es nicht darauf ankommen, ob eine zusätzliche Nutzungsmöglichkeit geschaffen werden kann...”); H. SENDROWSKI, “Zum Schutzrecht ‘sui generis’ an Datenbanken”, *GRUR* 2005, p. 374 (“Das „sui-generis“-Recht schützt den Datenbankhersteller nicht nur vor dem Herstellen und Verbreiten einer (Teil-)Kopie seiner Datenbank durch Dritte, sondern vor jeglicher Übertragung von Daten der Datenbank auf einen anderen Datenträger. Darunter wird man auch die so genannte ephemere Speicherung verstehen müssen, also das kurzzeitige Vervielfältigen von Daten in einen Arbeitsspeicher, wie es beispielsweise beim Browsen von über das Internet zugänglichen Datenbanken geschieht, und zwar auch dann, wenn die vervielfältigten Daten alsbald wieder gelöscht werden. ... Es reicht für eine Entnahme bereits aus, dass Daten in ein elektronisches System des Entnehmers aufgenommen werden. Wenn diese Daten anschließend der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, so liegt eine Weiterverwendung im Sinne der Richtlinie vor.”).

¹⁹⁸⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. DREIER, “The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs”, *E.I.P.R.* 1991, p. 321 (“An appropriate guide to interpretation of the term ‘reproduction’ might be the legitimate interest of the rightholder to participate in the economic benefits resulting from the use of his protected work. Where an act would not lead to an increased use of a program - in the sense of using a multiplicity of copies - by its rightful user, it should not be considered a reproduction for purposes of copyright law. Thus, on the one hand, the mere running of a program - that is the calculation operations as such - or the mere visualisation of a program on the screen would not appear to be ‘reproductions’ in the copyright sense; on

B. Grenzen aan de indirecte controle over het eigenlijke ‘gebruiken’ in het licht van de categorieën voorbehouden handelingen

Ook in het kader van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken is echter rekening te houden met grenzen rond de mogelijkheid om op grond van hun bestaande categorieën voorbehouden handelingen, een *indirecte controle* uit te oefenen over het ‘eigenlijke gebruik’ van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’. Er bestaat in dit verband echter opnieuw veel discussie rond de vragen om welke grenzen het hierbij precies gaat, wat hun precieze verloop is en wat de juridische techniek is die hun implementatie beheerst.

In dit onderdeel, gaan we nu dieper in op die aanknopingspunten om grenzen te stellen aan een indirecte controle over het ‘eigenlijke gebruik’ van een incorporatie van inspanningen, op grond van het chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht, databanken-auteursrecht of databankenrecht *sui generis*, die, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, ook een rechtvaardiging kunnen vormen voor de specialisatie doorgevoerd door deze *sui generis* intellectuele rechten. Vanuit die optiek gaan we ditmaal concreet in op: (B.1.) de opvatting dat deze intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken het eigenlijke gebruik principieel vrij laten, (B.2.) opvattingen rond de verhouding tussen het eigenlijke gebruik en de initiële reikwijdte van de categorieën voorbehouden handelingen binnen deze intellectuele rechten en (B.3.) de uitdrukkelijke beperking die het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* bepalen gericht op het vrijstellen van, respectievelijk, een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ en een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen’.

B.1. Het principe van het vrij zijn het gebruik

Op het vlak van de grenzen van een mogelijke, indirecte controle over het ‘eigenlijke gebruik’ van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ op grond van de bestaande categorieën voorbehouden handelingen binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, is, in beginsel, in de eerste plaats dan opnieuw te denken aan het volgende: een principe dat stelt dat de betrokken *sui generis* intellectuele rechten het ‘eigenlijke gebruik’ van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ niet exclusief voorbehouden aan de betrokken rechthebbende en waarop als zodanig telkens een beroep mogelijk is indien een concrete categorie voorbehouden handelingen er *de facto* zou toe leiden om het ‘eigenlijke gebruik’ van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ toch onder de exclusieve bevoegdheid te laten vallen van de betrokken rechthebbende.

In dit verband is dan echter meteen op te merken dat de rechtsleer, zoals aangegeven, verdeeld is rond de vraag of binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken ook daadwerkelijk als principe geldt of behoort te gelden dat zij er moeten over waken om de rechthebbende geen of geen verregaande exclusieve bevoegdheid te verlenen over het ‘eigenlijke gebruik’ van de zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’¹⁹⁸⁵. Binnen de opvatting dat inderdaad aan te nemen is dat de betrokken *sui generis* intellectuele

the other hand, the storing of the whole program in the RAM would, since it allows a computer to work independently from the program copy sold or licensed.”).

¹⁹⁸⁵ In de zin dat ook in de context van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken als principe behoort te gelden dat zij de rechthebbende geen of geen verregaande *de facto* exclusieve bevoegdheid verlenen over het ‘eigenlijke gebruik’ van de zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, bijvoorbeeld: T. DREIER, “The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs”, *E.I.P.R.* 1991, p. 321 (“*Furthermore, since reproduction as defined in Article 4(a) also includes any temporary reproduction, it might be argued that acts taking place during the normal working of a program, such as running, displaying, etc., would more often than not require the rightholder's authorisation. It seems, however, that this would lead to a much too broad exclusive right, which would not be limited by Article 5(1) in all cases, since the provisions of Article 5(1) may contractually be excluded.*”); In de zin dat verdedigbaar is dat de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken de rechthebbende een *de facto* exclusieve bevoegdheid verlenen over het ‘eigenlijke gebruik’ van de zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, bijvoorbeeld: S. VAN CAMP, “Het doorverkopen van gedownload software en communautaire uitputting: het UsedSoft-arrest van het Hof van Justitie”, *Computerrecht* 2012, p. 410 e.v. (“*Dat het gebruiksrecht contractueel bepaald wordt door de producent/rechthebbende is niet onlogisch voor een utilitair*

rechten het ‘eigenlijke gebruik’ principieel behoren vrij te laten, stoten we dan bovendien als snel op dezelfde punten van onduidelijkheid als bij de toepassing van het overeenkomstige principe binnen het auteursrecht: 1.) de onduidelijke contouren van het vrij te stellen ‘eigenlijke gebruik’ als een verwijzing naar de aan de mens interne ervaring van behoeftebevrediging bij zintuiglijk waarneembare handelingen dan wel naar de aan mens externe, zintuiglijk waarneembare handelingen die een persoon moet stellen om zijn ervaring van behoeftebevrediging teweeg te brengen en 2.) de vraag in welke mate het vrij houden van het ‘eigenlijke gebruik’ dan boven de vaststelling te plaatsen is dat een zintuiglijk waarneembare handeling in beginsel kwalificeert als een categorie voorbehouden handelingen¹⁹⁸⁶.

Specifiek in het kader van het databankenrecht *sui generis*, gaf het Europese Hof van Justitie bijvoorbeeld reeds uitdrukkelijk aan dat de bevoegdheid die deze beschermingsregeling verleent uitsluitend betrekking heeft op handeling die kwalificeren als een ‘opvragen’ of een ‘hergebruiken’ en niet op het ‘raadplegen’ van een databank¹⁹⁸⁷. Verschillende auteurs merkten echter reeds op dat de betrokken overweging van het Hof op zich weinig duidelijkheid bracht rond de afbakening van de zintuiglijk waarneembare handelingen die kwalificeren als een ‘raadplegen’ en rond de vraag of dit dan ook impliceert dat zintuiglijk waarneembare handelingen die in beginsel alle kenmerken vertonen om te kwalificeren als een ‘opvragen’ of een ‘hergebruiken’ dan niet onder de bevoegdheid van de betrokken rechthebbende vallen als ze ook te kwalificeren zijn als een ‘raadplegen’¹⁹⁸⁸.

B.2. De initiële reikwijdte van de bestaande categorieën voorbehouden handelingen

product als een computerprogramma, waarvan het gebruik complexer is dan het lezen van een boek (enkele uitzonderingen daargelaten).”) M. BORGHI, “Chasing Copyright Infringement in the Streaming Landscape”, IIC 2011, p. 334-335 (“The rationale of this right was undoubtedly to make the use of a computer program subject to the authorisation of the rightholder, and for this reason the right to reproduce the work was designed to be broad enough to include acts such as loading, running and displaying the program on the computer. Similarly, the Database Directive of 1996 includes a broad reproduction right which covers acts of temporary reproduction, on the ground that mere acts of use of a database (such as the display of the database on a screen) should be authorised by the rightholder. While this rationale may fit comfortably with “functional works” such as computer programs and databases, it does not apply unequivocally to other categories of protected works, such as other kind of literary works and artistic works.”); R. STIM, Patent, copyright & trademark, Berkeley, Nolo, 2009, p. 295; T. TJONG TJIN TAI, “De omvang van het gebruiksrecht van programmatuur”, Computerrecht 2001, p. 65.

¹⁹⁸⁶ In verband met dit tweede punt is er volgens ons dan met name rekening mee te houden dat, zoals PEUKERT opmerkt in kader van het auteursrecht, ook de categorieën voorbehouden handelingen binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken in wezen functioneren als een ‘Stufensystem’ om weliswaar *indirect* het eindgebruik te vatten, maar dit eindgebruik uiteindelijk dus telkens de “*innere Rechtfertigung*” vormt voor de aanspraken van de auteur op een vergoeding. Vergelijk in dit verband met name: A. PEUKERT, “Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut. Insbesondere: Die urheberrechtliche Relevanz des privaten Werkgenusses” in R. HILTY en A. PEUKERT, *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, p. 24.

¹⁹⁸⁷ Zie: H.v.J. 9 november 2004, C-203/02 (BHB t. William Hill), r.o. 54-55 (“*Evenwel moet worden beklemtoond dat de bescherming door het recht sui generis uitsluitend betrekking heeft op opvraging en hergebruik zoals in artikel 7, lid 2, van de richtlijn gedefinieerd. Deze bescherming ziet daarentegen niet op raadpleging van een databank. De samensteller van een databank kan zich weliswaar een exclusief recht van toegang tot zijn databank voorbehouden of de toegang daartoe voorbehouden aan bepaalde personen, maar wanneer hij zelf de inhoud van zijn databank of een deel daarvan voor het publiek toegankelijk maakt, kan hij zich niet op grond van zijn recht sui generis verzetten tegen de raadpleging van deze databank door derden.*”).

¹⁹⁸⁸ Zie in dit verband bijvoorbeeld: D. THUM, “UrHG § 87b Rechte des Datenbankherstellers” in A. WANDTKE and W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 30 e.v. en J. DAVISON en P. HUGENHOLTZ, “Football fixtures, horse races and spin-offs: the ECJ domesticates the database right.” *E.I.P.R.* 2005, p.113 (“*‘Consultation’ is not a term used in the Directive, and the ECJ’s introduction of the concept is not helpful. It seems to be saying that once a database maker makes its database available to the public or permits a third party to make the database available to the public, it can not object to any member of the public viewing the contents of the database that are made available in that way. It then goes on to stay that while the database maker can not object to consultation of the database, its rights of extraction and reutilisation remain. Since ‘consultation’ of an electronic database involves temporary reproduction of part of the contents of the database, it is not immediately apparent why ‘consultation’ is permitted.*”) B. COENE, “Sui-generisbescherming voor databanken. Hof van Justitie interpreteert.”, *NJW* 2005, p. 119.

In de tweede plaats is er dan ook in de context van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken rekening mee te houden dat een mogelijke, *indirecte controle* over het 'eigenlijke gebruik' van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object' op grond van de bestaande categorieën voorbehouden handelingen binnen deze intellectuele rechten, steeds zijn grenzen vindt in de initiële reikwijdte van de afzonderlijke categorieën voorbehouden handelingen. Hier gaat het er dan met name opnieuw om dat de inherente limieten van de bevoegdheid die de betrokken *sui generis* intellectuele rechten verlenen rond de afzonderlijke categorieën voorbehouden handelingen telkens ook grenzen inhouden rond de mate waarin deze afzonderlijke categorieën voorbehouden handelingen de rechthebbende een directe of indirecte controle kunnen verschaffen rond het 'eigenlijk gebruik' van de incorporaties van zijn bescherming motiverend 'resultaat' van inspanningen. De mate waarin dit fenomeen zich voordoet, hangt dan natuurlijk echter opnieuw af van de opvattingen rond de reikwijdte en de inherente limieten van de bevoegdheid die deze *sui generis* intellectuele rechten verlenen rond de betrokken afzonderlijke categorieën voorbehouden handelingen.

De inherente limieten van de categorieën voorbehouden handelingen binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken zullen bijvoorbeeld, zoals aangegeven, nauwelijks grenzen stellen aan de mogelijkheden van de rechthebbende om hen in te roepen met het oog op een indirecte controle rond het 'eigenlijk gebruik' van de zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object', indien deze categorieën voorbehouden handelingen een interpretatie krijgen in de lijn van de hierboven besproken 'atomistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat'.

Daartegenover staat dat de inherente limieten van de categorieën voorbehouden handelingen binnen de *sui generis* intellectuele rechten erg belangrijk grenzen inhouden rond de eventuele directe of indirecte controle die zij de rechthebbende verschaffen rond het 'eigenlijk gebruik' van de zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object', indien deze categorieën voorbehouden handelingen een interpretatie krijgen: in de lijn van de hierboven besproken 'holistische benadering rond een materieel versus een niet-materieel resultaat en in de zin dat intellectueelrechtelijke relevantie in het licht van de betrokken categorieën voorbehouden handelingen ook vereist dat zintuiglijk waarneembare handelingen resulteren in een bijkomende, zelfstandige mogelijkheid om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomeen te genieten die te danken zijn het bescherming motiverende 'resultaat' van inspanningen. De zonet aangehaalde interpretaties laten daarbij dan immers, zoals aangegeven, telkens toe om aan te nemen dat zintuiglijk waarneembare handelingen waarmee een persoon zijn ervaring van behoeftebevrediging ontlokt aan een incorporatie van het bescherming motiverende 'resultaat' van inspanningen, ondanks de eventuele inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken van deze handelingen, toch *niet* onder de betrokken categorieën voorbehouden handelingen vallen binnen de betrokken *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, indien het volgende geldt: deze zintuiglijk waarneembare handelingen resulteren uiteindelijk niet in een bijkomende, zelfstandige mogelijkheid om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomeen te genieten die te danken zijn het betrokken bescherming motiverende 'resultaat' van inspanningen.

B.3. Uitdrukkelijke beperkingen gericht op het vrijstellen van ‘gebruik’

Op het vlak van de grenzen van de mogelijkheid om binnen het chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht, databanken-auteursrecht en databankenrecht *sui generis*, via hun bestaande categorieën voorbehouden handelingen, toch een indirecte controle uit te oefenen over het ‘eigenlijke gebruik’ van incorporaties van ‘resultaten van inspanningen’ die aanleiding gaven tot hun bescherming, is, ten slotte, ook nog rekening te houden met het volgende: de uitdrukkelijke beperkingen die deze intellectuele rechten bepalen gericht op het vrijstellen van, respectievelijk, een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ en een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen¹⁹⁸⁹’. Het computerprogramma-auteursrecht bepaalt in dit verband, zoals aangegeven, immers dat, tenzij bij overeenkomst uitdrukkelijk anders bepaald is, geen toestemming vereist is van de betrokken rechthebbende voor het ‘reproducen’ of ‘bewerken’ wanneer deze handelingen voor de rechtmatige verkrijger noodzakelijk zijn om het computerprogramma te kunnen ‘gebruiken voor het beoogde doel’, onder meer om fouten te verbeteren¹⁹⁹⁰. In dezelfde lijn stelt het databanken-auteursrecht, zoals gezegd, dat de rechtmatige gebruiker van een databank of kopieën daarvan zonder toestemming van de maker van de databank alle categorieën voorbehouden handelingen kan verrichten die noodzakelijk zijn om ‘toegang te krijgen tot en normaal gebruik te maken’ van de inhoud van de databank¹⁹⁹¹. Het databankenrecht *sui generis*, ten slotte, bepaalt, zoals aangegeven, dat de fabrikant van een databank die op enigerlei wijze aan het publiek ter beschikking is gesteld, de rechtmatige gebruiker van die databank niet mag verhinderen om in kwalitatief of kwantitatief opzicht niet-substantiële delen van de inhoud ervan ‘voor welk doel dan ook op te vragen en/of te hergebruiken¹⁹⁹²’. Rond de zonet aangehaalde uitdrukkelijke beperkingen die het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* bepalen gericht op het vrijstellen van een bepaald ‘gebruik’ stelt de betrokken regelgeving ook dat elk contractueel beding dat strijdig is met deze beperkingen nietig is¹⁹⁹³. Het computerprogramma-auteursrecht daarentegen bepaalt niet dat contractuele bedingen nietig zijn indien ze ingaan tegen zijn beperking gericht op het vrijstellen van ‘gebruiken voor het beoogde doel’, maar haalt, zoals aangegeven, integendeel de mogelijkheid aan om de reikwijdte van deze beperking te regelen via overeenkomsten¹⁹⁹⁴. Ten slotte, is ook op te merken dat het chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht, databanken-auteursrecht en databankenrecht *sui generis* geen soortgelijke, uitdrukkelijke beperking voorzien als deze die het auteursrecht bepaalt rond tijdelijke reproductiehandelingen en dat aangenomen wordt dat het, strikt genomen, al evenmin mogelijk is om, in het kader van deze intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, een beroep te doen op deze expliciete beperking die het auteursrecht voorziet rond tijdelijke reproductiehandelingen¹⁹⁹⁵.

In dit onderdeel gaan we nu dieper in op de zonet aangehaalde uitdrukkelijke beperkingen die het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* bepalen, gericht op het vrijstellen van, respectievelijk, een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ en een

¹⁹⁸⁹ In de zin dat deze uitdrukkelijk beperkingen grenzen moeten stellen aan de mogelijkheden van de betrokken rechthebbende om het gebruik te controleren van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, zie bijvoorbeeld: T. DREIER, “The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs”, *E.I.P.R.* 1991, p. 322.

¹⁹⁹⁰ Zie: art. 5.1. Richtlijn Computerprogramma’s en art. XI.299., §1 WER (oud art. 6, §1 Wet Computerprogramma’s).

¹⁹⁹¹ Zie: art. 6.1. Richtlijn Databanken en art. XI.188. WER (oud art. 20quater Auteurswet).

¹⁹⁹² Zie: art. 8.1. Richtlijn Databanken en art. XI.311. WER (oud art. 8 Wet Databanken).

¹⁹⁹³ Zie in dit verband: art. 15 Richtlijn Databanken, art. XI.188., lid 3 WER (oud art. 20quater, lid 3 Auteurswet) en art. XI.314. WER (oud art. 11 Wet Databanken).

¹⁹⁹⁴ Zie: art. 5.1. Richtlijn Computerprogramma’s en art. XI.299., §1 WER (oud art. 6, §1 Wet Computerprogramma’s).

¹⁹⁹⁵ Zie: art. 1.2. Richtlijn Informatiemaatschappij; Zie in diezin bijvoorbeeld ook: M. VON WELSER, “§ 44 a Vorübergehende Vervielfältigungshandlungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 23 (“Nach Art. 1 Abs. 2 Multimedia-Richtlinie bleiben die Regelungen der Computerprogramm-Richtlinie und der Datenbank-Richtlinie unberührt. Vervielfältigungen von Computerprogrammen und Datenbanken wurden in der Computerprogramm-Richtlinie und der Datenbank-Richtlinie autonom geregelt(...)”) en A. BEUNEN, *Protection for databases: the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, p. 160.

‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen’. Voor deze bespreking opteren we opnieuw voor de volgende aanpak. Eerst (B.3.1.) gaan we ook hier in op de opvattingen rond het achterliggende juridische concept van deze beperkingen. Vervolgens (B.3.2.) analyseren we dan opnieuw de basisvoorwaarden die vervuld moeten zijn, opdat het mogelijk wordt om een beroep te doen op deze beperkingen gericht op het vrijstellen van een bepaald ‘gebruik’. Ten slotte, (B.3.3.) gaan we dan ook hier in op de eigenlijke reikwijdte van de ‘vrijstellingen’ die deze beperkingen creëren rond een bepaald ‘gebruiken’. Ook ditmaal gaan we bij deze bespreking eerst in op het achterliggende juridische concept van de betrokken beperking omdat het ook vanuit dit concept is dat de interpretaties te verstaan zijn rond de concrete voorwaarden en de reikwijdte van deze beperking. In verband met de opdeling die we maken tussen voorwaarden en reikwijdte van de betrokken uitdrukkelijke beperkingen kunnen we ook hier opmerken dat daarbij het volgende niet uit het oog te verliezen is: dat het bij deze voorwaarden en preciseringen rond de reikwijdte uiteindelijk telkens gaat om vereisten opdat de betrokken beperkingen toepassing zouden vinden.

B.3.1. Concept van de betrokken beperkingen

Er bestaan opnieuw onderscheiden opvattingen rond de juridische concepten die de uitdrukkelijke beperkingen beheersen die het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* bepalen gericht op het vrijstellen van, respectievelijk, een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ en een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen’. We stellen vast dat op het vlak van de rechtssystematische kwalificatie van deze beperkingen telkens, in essentie, vier onderscheiden analyses verdedigd worden.

In de eerste plaats is er de opvatting dat, binnen het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis*, de uitdrukkelijke beperkingen gericht op het vrijstellen van een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ dan wel een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen’ telkens te analyseren zijn als ‘licentiecontracten-recht¹⁹⁹⁶’. In deze lezing zijn deze uitdrukkelijke beperkingen daarbij met name te verstaan als grenzen die de wetgever stelt aan wat een rechthebbende en zijn contractpartners inhoudelijk kunnen overeenkomen rond het volgende: de bevoegdheid om handelingen te stellen die, in de zin van deze beperkingen, een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ dan wel een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen’ uitmaken van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ van de exclusieve bevoegdheid die deze rechthebbende ontleent aan de betrokken intellectuele rechten. In dit verband is bijvoorbeeld op te merken dat de Duitse wetgever de uitdrukkelijke beperking die het databankenrecht *sui generis* voorziet gericht op het vrijstellen van een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen’ onderbrengt in een artikel dat de titel draagt: “*Verträge über die Benutzung einer Datenbank*¹⁹⁹⁷”.

¹⁹⁹⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “§ 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 3 (“*Anders als bei § 31 Abs. 5 handelt es sich bei § 69d nicht lediglich um eine Auslegungs-, sondern im Ausgangspunkt um eine Inhaltsnorm*”); M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 113 (“*Es handelt sich mithin bei Art. 6 Abs. 1 RL rechtssystematisch nicht um eine Ausnahmebestimmung oder Schranke zu den Ausschließlichkeitsrechten des Art. 5 RL, sondern um eine vertragsrechtliche Bestimmung, die man dem Urhebervertragsrecht im weiteren Sinne zurechnen könnte.*” Leistner spreekt in dit verband zelfs van een “Inhaltskontrolle der Lizenzverträge”); H. HABERSTUMPF, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz”, *GRUR* 2003, p. 24 (“*Die Bestimmung des § 55a UrhG ist deshalb entsprechend den Vorstellungen der Richtlinie und in Übereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen des Urhebervertragsrechts teleologisch dahin gehend zu reduzieren, dass rechtmäßiger Benutzer eines Datenbankwerks derjenige ist, der zumindest über eine konkludent eingeräumte grundsätzliche Nutzungsberechtigung verfügt*”). Die Vorschrift hat dementsprekend in der Tat vertragsrechtlichen Charakter, der garantiert, dass die eingeräumte grundsätzliche Nutzungsberechtigung einen rechtsgeschäftlich nicht abdingbaren Mindestgehalt hat.”) en D. THUM, “UrhG § 87e Verträge über die Benutzung einer Datenbank” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 2 (“*Es handelt sich bei § 87 e um eine Vorschrift zwingenden Vertragsrechts (...)*”).

¹⁹⁹⁷ Zie met name § 87e Duitse Auteurswet (Verträge über die Benutzung einer Datenbank): “*Eine vertragliche Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer eines mit Zustimmung des Datenbankherstellers durch Veräußerung in Verkehr gebrachten Vervielfältigungsstücks der Datenbank, der in sonstiger Weise zu dessen Gebrauch Berechtigte oder derjenige, dem eine Datenbank aufgrund eines mit dem Datenbankhersteller oder eines mit*

In de tweede plaats, is er ook de analyse dat wettelijke licentie verleend wordt door de uitdrukkelijke beperkingen die het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* bepalen gericht op het vrijstellen van een de uitdrukkelijke beperkingen gericht op het vrijstellen van een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ dan wel een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen¹⁹⁹⁸’. In deze interpretatie leidt het vervuld zijn van alle voorwaarden binnen deze uitdrukkelijke beperkingen er, in essentie, toe dat een persoon op grond van deze beperking een licentie toekomt om die zintuiglijk waarneembare handelingen te stellen die de betrokken uitdrukkelijke beperkingen aanduiden als een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ dan wel een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen’.

In de derde plaats, is er het standpunt dat de uitdrukkelijke beperkingen die het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* bepalen gericht op het vrijstellen van een de uitdrukkelijke beperkingen gericht op het vrijstellen van een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ dan wel een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen’, te kwalificeren zijn als ‘uitzonderingen¹⁹⁹⁹’. Bij deze opvatting is aan te nemen dat de analyse er met name in bestaat dat de exclusieve bevoegdheid die deze intellectuele rechten de rechthebbende verlenen zich, in beginsel, dus wel degelijk uitstrekt tot die zintuiglijk waarneembare handelingen die de betrokken uitdrukkelijke beperkingen aanduiden als een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ dan wel een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen’, maar dat het bestaan van deze expliciete beperkingen er uiteindelijk voor zorgt dat de rechthebbende dan toch geen exclusieve bevoegdheid ontleent aan deze intellectuele rechten over de zintuiglijk waarneembare handelingen die deze beperkingen langs deze weg aanduiden.

In de vierde plaats, ten slotte, is er ook de opvatting dat de uitdrukkelijke beperkingen die het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* bepalen gericht op het vrijstellen van een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ dan wel een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen’, telkens uiting geven aan een inherente limiet van de categorieën voorbehouden handelingen

dessen Zustimmung mit einem Dritten geschlossenen Vertrags zugänglich gemacht wird, gegenüber dem Datenbankhersteller verpflichtet, die Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentliche Wiedergabe von nach Art und Umfang unwesentlichen Teilen der Datenbank zu unterlassen, ist insoweit unwirksam, als diese Handlungen weder einer normalen Auswertung der Datenbank zuwiderlaufen noch die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar beeinträchtigen.”

¹⁹⁹⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. DREIER, “UrhG § 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 2 (“*Es handelt sich bei den Ausnahmen nach § 69 d jedenfalls nicht um Schrankenbestimmungen im eigentlichen Sinn (so aber Schricker/Loewenheim § 69 d Rdnr. 1), sondern eher um eine Mischform zwischen gesetzlicher Lizenz gegenüber einem beschränkten Kreis Berechtigter und vertraglicher Auslegungsvorschrift, die in den Fällen des Abs. 2 und 3 sowie des „abredefesten Kerns“ von Abs. 1 (vgl. dazu Rdnr. 12) überdies zwingender vertragsrechtlicher Natur ist.*”); Vergelijk op dit vlak ook rond de regeling in art. 50D en 56 Britse Copyright, Designs and Patents Act, bijvoorbeeld: G. WESTKAMP, *Der Schutz von Datenbanken und Informationssammlungen im britischen und deutschen Recht*, München, Verlag C.H. Beck, 2003, p.263 e.v. en 294 e.v.; Zie echter ook: S. CHALTON, “The Copyright and Rights in Databases Regulations 1997: Some Outstanding Issues on Implementation of the Database Directive”, *E.I.P.R.*, 1998, p. 180 e.v..

¹⁹⁹⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Kluwer, Deventer, 2005, p. 602; B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 64 (“*...the technique used in the Directive is to grant a bundle of rights which are then ‘pruned’ as appropriate to fit circumstances where exceptions are believed to be necessary. Some of these exceptions cannot be overridden by contractual terms, others may be the subject of agreement between parties.*”); S. LÜFT, “UrhG § 55 a Benutzung eines Datenbankwerkes” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 1; A. BEUNEN, *Protection for databases: the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, p. 212 (“*As for insubstantial parts, art. 8(1) stipulates, on a compulsory basis, that a database producer may not prevent a lawful user from extracting and/or reutilising such parts for any purpose. Although it is addressed to the producer and not placed in art. 9, this provision may perhaps be considered an exception, as well.*”).

waarrond deze beperkingen geformuleerd zijn²⁰⁰⁰. In deze lezing verduidelijken deze expliciete beperkingen dat de exclusieve bevoegdheid die deze intellectuele rechten de rechthebbende verlenen zich nooit – ook niet initieel – uitstrekt tot de zintuiglijk waarneembare handelingen die deze beperkingen aanduiden als ‘gebruik voor het beoogde doel’ dan wel een ‘normaal gebruik’. In die zin is er dan in de eerste plaats de analyse dat de limiet die deze uitdrukkelijke beperkingen expliciteren een limiet is in wezen rond ‘object-relevantie’ die met name inhoudt dat zintuiglijk waarneembare handelingen ten aanzien van een manifestatie binnen het ‘object’ pas kwalificeren als de categorieën voorbehouden handelingen indien deze zintuiglijk waarneembare handelingen ook resulteren in een bijkomende, zelfstandige mogelijkheid om de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten die te danken zijn aan het bescherming motiverend ‘resultaat’ van inspanningen²⁰⁰¹. Daarnaast treffen we in dit verband echter ook het standpunt aan dat de limiet die de betrokken uitdrukkelijke beperkingen verduidelijken in wezen te analyseren is als een toepassing van de ‘uitputtingsleer’ rond het ‘gebruiken’ van reeds door of met toestemming van de rechthebbende in het verkeer gebrachte zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’²⁰⁰².

²⁰⁰⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. DREIER, “The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs”, *E.I.P.R.* 1991, p. 321; C. BERGER, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach der EG-Richtlinie vom 11. 3. 1996”, *GRUR* 1997, p. 176; Vergelijk ook: T. HOEREN, “EuGH: Datenbankschutz” noot bij EuGH, Urteil vom 9.11.2004 - C-203/02 (The British Horseracing Board Ltd. u.a. v. William Hill Organization Ltd.), *MMR* 2005, p. 29-36.

²⁰⁰¹ Zie bijvoorbeeld: T. DREIER, “The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs”, *E.I.P.R.* 1991, p. 321 (“An appropriate guide to interpretation of the term ‘reproduction’ might be the legitimate interest of the rightholder to participate in the economic benefits resulting from the use of his protected work. Where an act would not lead to an increased use of a program - in the sense of using a multiplicity of copies - by its rightful user, it should not be considered a reproduction for purposes of copyright law. Thus, on the one hand, the mere running of a program - that is the calculation operations as such - or the mere visualisation of a program on the screen would not appear to be ‘reproductions’ in the copyright sense; on the other hand, the storing of the whole program in the RAM would, since it allows a computer to work independently from the program copy sold or licensed.”).

²⁰⁰² Zie in die zin, bijvoorbeeld: C. BERGER, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach der EG-Richtlinie vom 11. 3. 1996”, *GRUR* 1997, p. 176 (“Vielmehr ist ein anderer Ansatz zu wählen : Da die Datenbank-Richtlinie schon die bloße Werknutzung der urheberrechtlichen Kontrolle unterwirft, muß auch der Erschöpfungsgrundsatz entsprechend ergänzt werden. In Anlehnung an den verbreitungsrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz hat auf der Grundlage des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie eine Begrenzung der Verbotsbefugnisse des Urhebers aus Art. 5a) zu erfolgen. Es gilt der Rechtssatz, daß der Urheber die Nutzung der Datenbank nicht untersagen kann, wenn das entsprechende Werkexemplar mit seiner Zustimmung veräußert wurde. “Rechtmäßiger Benutzer ” einer Datenbank ist mithin derjenige, der dieses Werkexemplar ohne Verletzung des Urheberrechts erworben hat. Durch das Inverkehrbringen des Werkexemplars der Datenbank hat sich nicht nur das Verbreitungsrecht des Urhebers erschöpft, wie dies Art. 5c) Satz 2 ausdrücklich vorsieht, sondern auch das Verbotsrecht hinsichtlich der Vervielfältigung, soweit dies zur normalen Nutzung der Datenbank erforderlich ist. Wenn der Ersterwerber die Datenbank veräußert, wird der Zweiterwerber “rechtmäßiger Benutzer ”; zugleich verliert der Ersterwerber diese Rechtsstellung. Hat er etwa eine Kopie der Datenbank auf seinem Rechner belassen, ist deren Nutzung eine unerlaubte Vervielfältigung und dem Verbotsrecht des Art. 5a) der Richtlinie unterworfen.”); H. SENDROWSKI, “Zum Schutzrecht ‘sui generis’ an Datenbanken”, *GRUR* 2005, p.374 (“Entnahme und Weiterverwendung müssen jedoch abgegrenzt werden vom Recht eines Benutzers, eine vom Datenbankhersteller zugänglich gemachte Datenbank abzufragen; die Reichweite der Begriffe ist außerdem beschränkt durch eine gegebenenfalls eingetretene Erschöpfung der Rechte des Datenbankherstellers.”); W. BLOCHER, “Art. 5 Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen” in M. WALTER en S. VON LEWINSKI, *Europäisches Urheberrecht: Kommentar: insbesondere Software-, Vermiet- und Verleih-, Satelliten- und Kabel-, Schutzdauer-, Datenbank-, Folgerecht-, Informationsgesellschaft-richtlinie, Produktpiraterie-verordnung*, Wien, Springer, 2001, p. 189; T. HOEREN, “EuGH: Datenbankschutz” noot bij EuGH, Urteil vom 9.11.2004 - C-203/02 (The British Horseracing Board Ltd. u.a. v. William Hill Organization Ltd.), *MMR* 2005, p.29-36 (“Mache der Datenbankhersteller selbst den Inhalt einer Datenbank oder einen Teil davon der Öffentlichkeit zugänglich, so erlaube das Schutzrecht sui generis ihm nicht, sich dem Abfragen dieser Datenbank durch Dritte entgegenzustellen. Insofern führt der EuGH eine neue Art Erschöpfung an, wobei deren dogmatische Grundlage unklar bleibt.”); In die zelfde zin, maar voorzichtiger of met voorbehoud: M. GRÜTZMACHER, “§ 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 4 (“§ 69 d ist also eine partiell zwingende Inhaltsnorm mit darüber hinausgehender Erschöpfungswirkung im Bereich der dauerhaften Programmüberlassung. § 69 d Abs. 1 hat urhebervertragsrechtliche wie schrankenähnliche Elemente.”) en G. WESTKAMP, *Der Schutz von Datenbanken und Informationssammlungen im britischen und deutschen Recht*, München, Verlag C.H. Beck, 2003, p.392 (“Man

*könnte zudem eine generelle Erschöpfung aller für die Nutzung erforderlichen Verwertungsrechte annehmen. § 55a UrhG verweist dem Wortlaut nach auf § 17 Abs. 2 UrhG. Die Zustimmung des Urhebers bezieht sich also auf das Inverkehrbringen.”); Contra uitdrukkelijk: J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Kluwer, Deventer, 2005, p.602 (“De uitputting van het distributierecht ten aanzien van de drager betekent nog niet dat de rechtmatige verkrijger daarmee ook vrij is in het gebruik dat hij van het programma wenst te maken.”).*

B.3.2. Voorwaarden

Het is opnieuw gebruikelijk om aan te nemen dat telkens alvast een aantal basisvoorwaarden moeten vervuld zijn voor een eventuele toepassing van de uitdrukkelijke beperkingen die het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* bepalen met het oog op het vrijstellen van, respectievelijk, een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ en een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen’. Doorheen de discussie rond de precieze basisvoorwaarden die vervuld moeten zijn opdat een persoon zich op deze uitdrukkelijke beperkingen zou kunnen beroepen voor het stellen van een concrete zintuiglijk waarneembare handeling ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ van de door deze intellectuele rechten verleende exclusieve bevoegdheid, stellen we ook hier vast dat in dit verband rekening te houden is met: a.) een vereiste dat de zintuiglijk waarneembare handeling van de soort is waarop de betrokken beperking betrekking heeft b.) een vereiste dat de persoon die deze zintuiglijk waarneembare handeling stelt daartoe de vereiste hoedanigheid en bevoegdheid heeft als ‘rechtmatige verkrijger’ dan wel ‘rechtmatige gebruiker’ en c.) een vereiste dat de zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ die als uitgangspunt dient van deze zintuiglijk waarneembare handeling van de vereiste soort, niet-inbreukmakend is.

a. Soort handelingen

In de eerste plaats is er bij de betrokken expliciete beperkingen binnen het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* met name rekening mee te houden dat zij voor hun toepassing telkens vereisen dat sprake is van zintuiglijk waarneembare handelingen die op grond van hun inherente kenmerken, in beginsel, zouden kunnen kwalificeren als welbepaalde categorieën voorbehouden handelingen. Het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* bevatten op dit vlak nochtans nauwelijks een beperkende voorwaarde aangezien de betrokken uitdrukkelijke beperkingen, respectievelijk rond een ‘normaal gebruik’ en rond een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen’, in beide gevallen geformuleerd zijn ten aanzien van alle categorieën voorbehouden handelingen waarrond deze intellectuele rechten de betrokken rechthebbende een bevoegdheid verlenen²⁰⁰³. Het computerprogramma-auteursrecht daarentegen, confronteert ons echter wel met het feit dat de uitdrukkelijke beperking die het voorziet rond ‘gebruik voor het beoogde doel’ enkel geformuleerd is ten aanzien van de categorieën voorbehouden handelingen ‘reproducen’ en ‘bewerken’²⁰⁰⁴. De rechtsleer heeft er in dit verband reeds op gewezen dat deze formulering dus strikt genomen ook inhoudt dat het niet mogelijk is om een beroep te doen op deze betrokken uitdrukkelijke beperking rond ‘gebruik voor het beoogde doel’ ten aanzien van de bevoegdheid waarover de betrokken rechthebbende beschikt rond bijvoorbeeld

²⁰⁰³ Zie: art. 6.1. Richtlijn Databanken (“*De rechtmatige gebruiker van een databank of kopieën daarvan kan zonder toestemming van de maker van de databank alle in artikel 5 bedoelde handelingen verrichten die noodzakelijk zijn om toegang te krijgen tot en normaal gebruik te maken van de inhoud van de databank. Voor zover de rechtmatige gebruiker toestemming heeft om slechts een deel van de databank te gebruiken, geldt dit lid slechts voor dat deel.*”) en art. XI.188. WER (oud art. 20quater Auteurswet); art. 8.1. Richtlijn Databanken (“*De fabrikant van een databank die op enigerlei wijze aan het publiek ter beschikking is gesteld, mag de rechtmatige gebruiker van die databank niet verhinderen in kwalitatief of kwantitatief opzicht niet-substantiële delen van de inhoud ervan voor welk doel dan ook op te vragen en/of te hergebruiken. Voor zover de rechtmatige gebruiker toestemming heeft om slechts een deel van de databank op te vragen en/of te hergebruiken, geldt dit lid slechts voor dat deel.*”) en art. XI.311. WER (oud art. 8 Wet Databanken).

²⁰⁰⁴ Zie: art. 5.1. Richtlijn Computerprogramma’s (“*Tenzij bij overeenkomst uitdrukkelijk anders bepaald is, is voor de in artikel 4, lid 1, onder a) en b), genoemde handelingen geen toestemming van de rechthebbende vereist wanneer deze handelingen voor de rechtmatige verkrijger noodzakelijk zijn om het computerprogramma te kunnen gebruiken voor het beoogde doel, onder meer om fouten te verbeteren.*”) en art. XI.299., §1 WER (oud art. 6, §1 Wet Computerprogramma’s).

‘verhuren²⁰⁰⁵’ of ‘publiek mededelen²⁰⁰⁶’ en de eventuele indirecte controle die deze bevoegdheden hem verlenen over het gebruiken van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object²⁰⁰⁷’.

b. ‘Rechtmatige verkrijger’ of ‘rechtmatige gebruiker’

In de tweede plaats geldt dus ook dat een persoon alvast over de vereiste hoedanigheid als ‘rechtmatige verkrijger’ dan wel ‘rechtmatige gebruiker’ moet beschikken om een beroep te kunnen doen op de uitdrukkelijke beperkingen die het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* voorzien met het oog op het vrijstellen van, respectievelijk, een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ en een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen²⁰⁰⁸’. Binnen het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* was er in dit verband in het verleden reeds veel discussie rond de vraag welke vereisten vervuld moeten zijn opdat een persoon inderdaad over de vereiste hoedanigheid en bijbehorende mogelijkheid zou beschikken om, als ‘rechtmatige verkrijger’ dan wel ‘rechtmatige gebruiker’, daadwerkelijk een beroep te kunnen doen op de uitdrukkelijke beperkingen binnen deze intellectuele rechten rond, respectievelijk, een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ en een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen²⁰⁰⁹’. De discussie rond deze vereisten blijkt, volgens ons, dan met name terug te gaan op onenigheid rond in essentie twee, vaak nauw met elkaar verbonden punten: 1.) de concrete hoedanigheid waarin een persoon handelingen moet stellen ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ om te kunnen kwalificeren als een ‘rechtmatige verkrijger’ dan wel een ‘rechtmatige gebruiker’ in de zin van deze uitdrukkelijke beperkingen en 2.) wat in het kader van deze uitdrukkelijke beperkingen dan als concrete grondslag en leidraad te aanzien is voor de daadwerkelijke mogelijkheid van een ‘rechtmatige verkrijger’ dan wel een ‘rechtmatige gebruiker’ om legaal de handelingen te

²⁰⁰⁵ Zie: art. 4.1., c) en 4.2. Richtlijn Computerprogramma’s.

²⁰⁰⁶ Zoals aangegeven, wordt vaak aangenomen dat ‘publiek medelen’ binnen het computerprogramma-auteursrecht, bij gebrek aan uitdrukkelijke bepalingen hierrond in de betrokken regelgeving, slechts een rol speelt door de aanvullende werking van het traditionele auteursrecht ten aanzien van het computerprogramma-auteursrecht. Zie in die zin bijvoorbeeld: M.-C. JANSSENS, “Bescherming van computerprogramma’s: oude wijn in nieuwe vaten?”, *DAOR* 2011, p. 215 en A. STROWEL en E. DERCLAYE, *Droit d’auteur et numérique: logiciels, bases de données multimédia. Droit belge, européen et comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, p. 216-217; Vergelijk echter ook: § 69c Duitse Auteurswet: “*Der Rechtsinhaber hat das ausschließliche Recht, folgende Handlungen vorzunehmen oder zu gestatten: ... 4. die drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Wiedergabe eines Computerprogramms einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung in der Weise, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist.*”.

²⁰⁰⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “§ 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 12 (“*Schwierigkeiten bereitet, dass § 69 d Abs. 1 im Grundsatz nicht für das Recht zur öffentlichen Wiedergabe (...) gilt, so dass für den Netzbetrieb nicht die Erlaubnis aufgrund von § 69 d reichte. Da der Gesetzgeber dieses Problem augenscheinlich übersehen hat, erscheint eine analoge Anwendung des § 69 d Abs. 1 gerechtfertigt (...).*”); T. DREIER, “§ 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 10 (“*Keine Ausnahme enthält § 69 d demgegenüber hinsichtlich des Verbreitungsrechts nach § 69 c Nr. 3 und des später eingefügten Rechts der öffentlichen Wiedergabe in § 69 c Nr. 4(...).*”); Vergelijk in dit verband, bijvoorbeeld ook: H. STRUIK, P. VAN SCHELVEN en W. HOORNEMAN, *Software-recht. Bescherming en gebruik van computerprogrammatuur onder auteursrecht en octrooirecht*, Deventer, Kluwer, 2010, p. 141 (“*Bij een voorwerp als een auto met ingebouwde computerprogrammatuur rijst de vraag of de regel, dat uitputting geen betrekking heeft op de zeggenschap over verhuur, betekent dat een dergelijke auto nu niet meer verhuurd kan worden zonder toestemming van de rechthebbende op de software; dezelfde vraag kan men stellen voor een ‘intelligent gebouw’.*”).

²⁰⁰⁸ Voor het gebruik van de notie ‘rechtmatige verkrijger’ in dit verband, zie: art. 5.1. Richtlijn Computerprogramma’s; Voor het gebruik van de notie ‘rechtmatige gebruiker’ in dit verband, zie: art. XI.299., §1 WER (oud art. 6, §1 Wet Computerprogramma’s); art. 6.1. en 8.1. Richtlijn Databanken; art. XI.188. WER (oud art. 20quater Auteurswet) en art. XI.311. WER (oud art. 8 Wet Databanken).

²⁰⁰⁹ Uitgebreid met betrekking tot deze discussie, bijvoorbeeld: S. DUSOLLIER, “L’utilisation légitime de l’oeuvre: un nouveau sésame pour le bénéficiaire des exceptions en droit d’auteur?”, *Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur – Communication – Commerce électronique*, 2005, p. 17 e.v.; V. VANOVERMEIRE, “The Concept of the Lawful User in the Database Directive”, *ICC* 2000, p. 63-81.

stellen die deze beperkingen aanduiden²⁰¹⁰. Bij het eerste punt, de vereiste hoedanigheid om te kunnen kwalificeren als een ‘rechtmatige verkrijger’ dan wel een ‘rechtmatige gebruiker’, is binnen deze discussie dan met name de vraag aan de orde of een persoon deze hoedanigheid kan verwerven: 1.) enkel op grond van zijn hoedanigheid als licentienemer in het kader van een licentie met of initieel toegekend door de rechthebbende 2.) ook op grond van zijn hoedanigheid als verkrijger van zakenrechtelijke rechten over een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ in het kader van een overeenkomst hierrond met de rechthebbende of met een persoon die, eventueel in het kader van een keten van opeenvolgende overeenkomsten in dit verband, over deze zakenrechtelijke rechten beschikt op grond van een oorspronkelijke verlening ervan door de rechthebbende 3.) ook op grond van elk verkrijgen van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ waarrond uitputting intrad of, tenslotte, 4.) ook reeds op grond van het loutere feit dat alle, overige, voorwaarden van de betrokken uitdrukkelijke beperking vervuld zijn²⁰¹¹. Bij het tweede punt, rond wat in het kader van deze uitdrukkelijke beperkingen dan als concrete grondslag en leidraad te aanzien is voor de daadwerkelijke mogelijkheid van een ‘rechtmatige verkrijger’ dan wel een ‘rechtmatige gebruiker’ om legaal de handelingen te stellen die deze beperkingen aanduiden, gaat het dan met name om, in wezen, de volgende vraag: of een persoon met de vereiste hoedanigheid om te kunnen kwalificeren als een ‘rechtmatige verkrijger’ of een ‘rechtmatige gebruiker’, zijn daadwerkelijke mogelijkheid om legaal de door de betrokken beperkingen aangeduide, in beginsel, aan de rechthebbende voorbehouden handelingen te stellen, hetzij, b.2.) reeds ontleent aan het louter bestaan van deze beperking, met andere woorden dus los van de toestemming of wil van de rechthebbende, hetzij, b.1.) nog altijd moet kunnen afleiden uit het bestaan van een initiële licentie-overeenkomst met de rechthebbende, zij het een vrijwillig afgesloten licentieovereenkomst waarvan de betrokken beperking dan de inhoud bepaalt, zij het een wettelijke licentie die de rechthebbende op grond van deze uitdrukkelijk beperking verplicht diende aan te gaan²⁰¹².

b.1. Grondslag afgeleid uit een licentie-overeenkomst

Eenzijds is er in dit verband dus de analyse dat, in het kader van de uitdrukkelijke beperkingen die het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* voorzien met het oog op het vrijstellen van, respectievelijk, een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ en een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen’, het volgende geldt: de ‘rechtmatige verkrijger’ dan wel ‘rechtmatige gebruiker’ moet voor het stellen van de door deze beperkingen aangeduide handelingen zonder dat dit inbreuk uitmaakt nog altijd een bevoegdheid kunnen afleiden in dit verband uit het bestaan van een initiële licentie-overeenkomst met de rechthebbende, zij het een vrijwillig afgesloten licentieovereenkomst waarvan de betrokken beperking dan de inhoud bepaalt, zij het een wettelijke licentie die de rechthebbende op grond van deze uitdrukkelijk beperking verplicht diende aan te gaan. Deze analyse vinden we dan met name dus terug in combinatie met het hierboven vermelde standpunt dat het verkrijgen van de hoedanigheid van ‘rechtmatige verkrijger’ of een ‘rechtmatige gebruiker’ enkel weggelegd is voor een licentienemer in het kader van een licentie

²⁰¹⁰ Eveneens in de richting dat bij deze discussie in wezen deze twee punten aan de orde zijn, bijvoorbeeld: T. DREIER, “§ 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 2 (“*Angesichts der Vermengung von Elementen einer gesetzlichen Freistellung einer- und vertraglichen Elementen andererseits wird insbesondere § 69 d Abs. 1 in der Literatur nicht einheitlich charakterisiert... Doch sind weniger diese unterschiedlichen Bezeichnungen entscheidend als vielmehr die Frage, inwieweit der berechtigte Programmnutzer zur bestimmungsgemäßen Programmnutzung noch der Einräumung eigenständiger Nutzungsrechte bedarf oder nicht (was wiederum Rückwirkungen auf die Vertragsgestaltung in einer Vertriebskette hat).*”).

²⁰¹¹ Vergelijk op dit vlak de systematisering van mogelijke interpretaties van de noties ‘rechtmatige verkrijger’ en ‘rechtmatige gebruiker’ bij, bijvoorbeeld: S. DUSOLLIER, “L’utilisation légitime de l’oeuvre: un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d’auteur?”, *Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur – Communication – Commerce électronique*, 2005, p. 17 e.v.; V. VANOVERMEIRE, “The Concept of the Lawful User in the Database Directive”, *ICC* 2000, p. 63 e.v..

²⁰¹² Zie rond deze vraagstelling, bijvoorbeeld ook: T. DREIER, “§ 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 2 en C. BERGER, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach der EG-Richtlinie vom 11. 3. 1996”, *GRUR* 1997, p. 176 (“*Da die Richtlinie die Nutzung an die Zustimmung des Urhebers bindet, stellt sich die Frage, wie die "Nutzungsbefugnis" des Erwerbers des Datenbank-Werkexemplars dogmatisch einzuordnen ist.*”).

met of initieel toegekend door de rechthebbende²⁰¹³. Daarnaast treffen we deze analyse ook aan in combinatie met de opvatting dat een persoon die zakenrechtelijke rechten verkrijgt over een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ die oorspronkelijk verleend zijn door de rechthebbende op die manier de hoedanigheid kan verwerven van ‘rechtmatige verkrijger’ of ‘rechtmatige gebruiker’. De initiële licentie-overeenkomst met de rechthebbende die als grondslag en leidraad kan dienen voor de mogelijkheid van deze verkrijger van louter zakenrechtelijke rechten om zonder inbreuk de in beginsel voorbehouden handelingen te stellen die de betrokken uitdrukkelijke beperkingen aanduiden, is dan met name de volgende: de licentie die de rechthebbende bij het verlenen van de zakenrechtelijke rechten over de specifieke zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’, op grond van de betrokken uitdrukkelijke beperkingen, geacht wordt te verlenen rond de in beginsel, intellectueelrechtelijk voorbehouden handelingen die deze beperkingen preciseren, aan de persoon die deze zakenrechtelijke rechten verkrijgt²⁰¹⁴.

Belangrijk bij deze analyse dat een initiële licentie-overeenkomst met de rechthebbende de grondslag en leidraad vormt voor de mogelijkheid van de ‘rechtmatige verkrijger’ of een ‘rechtmatige gebruiker’ om zonder inbreuk de in beginsel voorbehouden handelingen te stellen die de betrokken uitdrukkelijke beperkingen aanduiden, is dan met name het volgende: dat de nationaalrechtelijke regels rond de overdracht van licenties ook gaan bepalen in welke mate er naast 1.) de initiële ‘rechtmatige verkrijgers’ of ‘rechtmatige gebruikers’ die deze mogelijkheid ontlenen aan een rechtstreekse overeenkomst met de betrokken rechthebbende ook sprake kan zijn van 2.) hen *opvolgende, tweedehands, ‘rechtmatige verkrijgers’ of ‘rechtmatige gebruikers’* die deze mogelijkheid *niet* ontlenen aan een rechtstreekse overeenkomst met de betrokken rechthebbende maar *wel* aan een overdracht van de licentie die de initiële ‘rechtmatige verkrijgers’ of ‘rechtmatige gebruikers’ verkregen in het kader van hun overeenkomst met de rechthebbende²⁰¹⁵.

²⁰¹³ Zie in die zin bijvoorbeeld: S. VAN CAMP, “Het doorverkopen van gedownloade software en communautaire uitputting: het UsedSoft-arrest van het Hof van Justitie”, *Computerrecht* 2012, p. 183 e.v. (Met name waar deze naar aanleiding van de analyse dat “*degene die een kopie van software op zich verkrijgt, abstractie makend van een bijhorende licentie, moet beschouwd worden als een rechtmatige verkrijger, zodat deze hoe dan ook het recht heeft om de software te downloaden, te installeren en te gebruiken op basis van een ‘objectief gebruiksrecht’ of een ‘wettelijke licentie’*” stelt dat “*Indien die redenering wordt doorgetrokken, leidt dit tot merkwaardige situaties. Waar de eerste verkrijger van de software de licentie heeft aanvaard toen hij de software aanschafte van de producent (rechthebbende), en daardoor gebonden is, zou de rechtmatige ‘tweedehands verkrijger’, die de software aankoopt van een eerste verkrijger, door de combinatie van de uitputtingsregel en de regel van art. 5 lid 1 Softwarerichtlijn geen licentievoorwaarden moeten aanvaarden om op een wettelijke wijze gebruik te maken van de software overeenkomstig het beoogde doel*” en vervolgens aangeeft dat het logischer is om aan te nemen dat een persoon pas een ‘rechtmatige verkrijger’ wordt van software “*wanneer hij én de software én het gebruiksrecht overeenkomstig de bijhorende licentie verkregen heeft, door een (impliciete of expliciete) aanvaarding van de licentievoorwaarden.*”); Zie ook: G. WESTKAMP, *Der Schutz von Datenbanken und Informationssammlungen im britischen und deutschen Recht*, München, Verlag C.H. Beck, 2003, p. 387 (Met name rond § 55a Duitse Auteurswet); M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 115.

²⁰¹⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: E. NEPELENBROEK, “Verkrijgers en resellers: software distributie op het snijvlak van het vermogensrecht en het auteursrecht”, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2012, p. 203 e.v. (“*Naar mijn mening is art. 45j Aw ten opzichte van art. 45i Aw in die zin een beperkte uitzondering dat wanneer de licentiegever op grond van het auteursrecht aan de verkrijger een licentie verleent, deze licentie een aantal basisbevoegdheden (laden, uitvoeren, verbeteren van fouten, vervaardigen van een back-up) moet bevatten die een minimaal gebruik van de software mogelijk moeten maken. Bij de verkoop van een kopie van de software wordt uit hoofde van art. 45j Aw de benodigde gebruikslicentie impliciet verleend bij de verkoop van het exemplaar.*”).

²⁰¹⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: G. WESTKAMP, *Der Schutz von Datenbanken und Informationssammlungen im britischen und deutschen Recht*, München, Verlag C.H. Beck, 2003, p. 387-388 (“*Der begriff der Zustimmung in §55a UrhG entspricht demnach dem in den §§34,35 UrhG. Danach können einfache Nutzungsrechte zweiter Stufe vom Inhaber eines ausschließlichen oder einfachen Nutzungsrechts erster Stufe nur mit Zustimmung des Urhebers weiter übertragen werden. ... Hat der Urheber die Zustimmung nicht erteilt, ist die Einräumung einfacher Nutzungsrechte schwebend unwirksam. Im Ergebnis kommt § 55a UrhG also nicht schon mit jeder vertraglichen Vereinbarung zur Anwendung. Voraussetzung ist daß die Rechte entweder wirksam übertragen wurden oder der Verwerter der Datenbank in der Lage ist, die Benutzung gemäß §§ 16 Abs 1,23UrhG zu gestatten.*”); Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld ook: E. NEPELENBROEK, De softwaregebruikslicentie bij de overdracht van het

Rond deze analyse dat de ‘rechtmatige verkrijger’ of een ‘rechtmatige gebruiker’ een bevoegdheid moet kunnen afleiden uit een initiële licentie-overeenkomst met de rechthebbende om zonder inbreuk de in beginsel voorbehouden handelingen te kunnen stellen die aangeduid zijn door de betrokken uitdrukkelijke beperkingen met het oog op het vrijstellen van, respectievelijk, een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ en een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen’, leverde de rechtsleer reeds de volgende kritiek: om te achterhalen of het mogelijk is om rond de verkregen zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen ‘object’ ook de handelingen te stellen die de betrokken uitdrukkelijke beperkingen aanduiden is het door deze interpretatie dan nodig om na te gaan of daartoe een grondslag bestaat in de vorm van een ononderbroken, successieve keten van het verlenen licentie-overeenkomsten die uiteindelijk teruggaat op een licentie-overeenkomst met de betrokken rechthebbende²⁰¹⁶. De zonet aangehaalde implicatie van de betrokken interpretatie acht de betrokken rechtsleer daarbij dan met name onwenselijk omdat dit de beleidsoverwegingen ondergraaft die aan de basis liggen van de toepassing van de ‘uitputtingsleer’, meer bepaald de beleidsoverweging dat de ‘uitputtingsleer’ intellectuele rechten zo moet sturen dat zij ook op passende wijze rekening houden met de aanspraken van personen rond de uitoefening van hun eigendomsrecht over specifieke incorporaties van het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen en rond duidelijke en overzichtelijke rechtsverhoudingen die een vrij handelsverkeer toelaten rond deze specifieke incorporaties²⁰¹⁷.

b.2. Autonome grondslag

Anderzijds is er in dit verband dan dus ook de analyse dat, in het kader van de uitdrukkelijke beperkingen die het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* voorzien met het oog op het vrijstellen van, respectievelijk, een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ en een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen’, het volgende geldt: het loutere bestaan van de betrokken uitdrukkelijke beperkingen, laat elke persoon met de hoedanigheid van ‘rechtmatige verkrijger’ dan wel ‘rechtmatige gebruiker’ reeds toe om legaal de door deze beperkingen aangeduide handelingen te stellen zonder dat deze persoon in dit verband een bevoegdheid moet kunnen afleiden uit het bestaan van een initiële licentie-overeenkomst met de rechthebbende. Deze analyse vinden we dan met name terug in combinatie met de hierboven aangehaalde opvattingen dat een persoon de hoedanigheid van ‘rechtmatige verkrijger’ of ‘rechtmatige gebruiker’ verwerft: 1.) op grond van het verkrijgen van zakenrechtelijke rechten over een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’²⁰¹⁸, 2.) door te handelen in een situatie waarin alle voorwaarden van de betrokken

auteursrecht en in het faillissement van de licentiegever, *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2011, p. 152 e.v. (Waar deze onder meer opmerkt: “Voor zover de gebruiksregeling van art. 5 van de richtlijn (zoals in Nederland geïmplementeerd in art. 45j Aw) leemtes laat, neemt de gebruikslicentie als een kameleon de kleur aan van het nationale recht waarin zij wordt afgesloten.”).

²⁰¹⁶ Zie in die zin: C. BERGER, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach der EG-Richtlinie vom 11. 3. 1996”, *GRUR* 1997, p. 177; Vergelijk op dit ook: S. DUSOLLIER, “L’utilisation légitime de l’oeuvre: un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d’auteur? ”, *Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur – Communication – Commerce électronique*, 2005, p. 18 e.v. (Waar zij onder meer spreekt van een “*chaîne successive d’autorisations*” en wijst op de volgende hypothese: “*Que l’une de ces autorisations vienne à manquer ou qu’elle soit déclarée irrégulière, et chaque exemplaire de la chaîne devient contrefaisant, contaminant alors les exceptions qui seraient effectuées à partir de l’un quelconque de ces exemplaires.*”).

²⁰¹⁷ Uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: C. BERGER, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach der EG-Richtlinie vom 11. 3. 1996”, *GRUR* 1997, p. 177 (“*Der Erwerber eines Werkexemplars der Datenbank müsste neben dem Eigentum am Datenbankträger stets zusätzlich eine Nutzungslizenz erwerben, um sie auch abfragen zu dürfen. Die Folge wäre eine weitere Vermehrung der Rechte an Datenbanken. Die Datenbank könnte nur genutzt werden, wenn Eigentum und Lizenz einer Person zustehen. Scheitert die Lizenzbestellung aus irgendeinem Grunde, ist die Datenbank wertlos. Die Gefahren für den Rechtsverkehr liegen auf der Hand. Insbesondere ein Zweiterwerber kann nicht mit Sicherheit erkennen, ob die Nutzungslizenz erteilt wurde, in welchem Umfang sie besteht und ob sie überhaupt übertragbar ist. Die mit dem Erschöpfungsgrundsatz (Art. 5c] Satz 2) verfolgten Zwecke würden unterlaufen, wenn zwar die Veräußerung, nicht aber die vorbehaltlose Nutzung der Datenbank beim Erwerber gewährleistet wäre.*”).

²⁰¹⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 64 (Met name waar zij de hoedanigheid van “*purchaser*” of “*renter*” van een computerprogramma als afzonderlijk aanknopingspunt vermelden, naast de hoedanigheid van “*licensee*” voor het verkrijgen van de hoedanigheid van ‘rechtmatige verkrijger’); Vergelijk ook:

uitdrukkelijke ‘beperkingen’ vervuld zijn²⁰¹⁹, of 3.) door te handelen ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ waarrond ‘uitputting’ intrad²⁰²⁰. Binnen deze analyses dat de betrokken uitdrukkelijke beperkingen op zich reeds, een autonome grondslag en leidraad bieden voor de mogelijkheid van de ‘rechtmatige verkrijger’ of ‘rechtmatige gebruiker’ om zonder inbreuk de in beginsel intellectueelrechtelijk relevante handelingen te stellen die zij aanduiden, bestaan er dan wel verschillende standpunten rond wat deze grondslag en leidraad dan wel precies is: 1.) het feit dat de aangeduide handelingen door deze beperkingen ‘uitgezonderd’ zijn uit de exclusieve bevoegdheid van de rechthebbende²⁰²¹, 2.) het feit dat *elke* persoon die kwalificeert als ‘rechtmatige verkrijger’ of ‘rechtmatige gebruiker’ door deze beperkingen een wettelijke licentie toegekend wordt rond deze handelingen²⁰²² of 3.) het feit dat de aangeduide handelingen buiten de ‘limieten’ vallen van de betrokken categorieën voorbehouden handelingen²⁰²³, volgens sommigen, door de toepassing van de ‘uitputtingsleer²⁰²⁴’. Deze analyse dat de betrokken uitdrukkelijke beperkingen met het oog op het vrijstellen van, respectievelijk, een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ en een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen’, een autonome grondslag bieden om iedereen die kwalificeert als ‘rechtmatige verkrijger’ of een ‘rechtmatige gebruiker’ toe te laten om zonder inbreuk de in beginsel voorbehouden handelingen te stellen die ze aanduiden, impliceert daarbij dan met name ook het volgende: om te achterhalen of het mogelijk is om rond de verkregen zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen ‘object’ ook de handelingen te stellen die de betrokken

A. STROWEL en E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données multimédia. Droit belge, européen et comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, p. 226 (Met name waar zij aangeven dat de notie ‘rechtmatige verkrijger’ slaat op: “...non seulement ceux qui ont acquis un titre sur le support physique (les acquéreurs), mais aussi les licenciés et, plus généralement tous ceux qui sont légitimement en possession d'un exemplaire du programme...”).

²⁰¹⁹ In die zin, bijvoorbeeld: J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, p. 602.

²⁰²⁰ Zie in die zin, bijvoorbeeld: C. BERGER, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach der EG-Richtlinie vom 11. 3. 1996”, *GRUR* 1997, p. 176 (“*Es gilt der Rechtssatz, daß der Urheber die Nutzung der Datenbank nicht untersagen kann, wenn das entsprechende Werkexemplar mit seiner Zustimmung veräußert wurde. "Rechtmäßiger Benutzer" einer Datenbank ist mithin derjenige, der dieses Werkexemplar ohne Verletzung des Urheberrechts erworben hat.*”); Zie ook: Zie: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*) r.o. 80 e.v..

²⁰²¹ In die zin, bijvoorbeeld: J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, p.602 (“*Het recht om het programma te verveelvoudigen in het kader van het gebruik daarvan vloeit niet voort uit de uitputting maar uit art. 45j.*”); Zie ook: P. BLOK en T. DE WEERD, “Shrink-wrap en click-wraplicenties zijn aanvaardbaar”, *Computerrecht* 2004, p. 126; In dit verband is op te merken dat het Hof van Justitie volgens ons aangegeven heeft (H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*), r.o. 81) dat, hoewel, een persoon de hoedanigheid van ‘rechtmatige verkrijger’ in de zin van art. 5.1. Richtlijn Computerprogramma’s, *verwerft* door te handelen ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ waarrond ‘uitputting’ intrad, de *mogelijkheid* van deze persoon om de door art. 5.1. Richtlijn Computerprogramma’s vrijgestelde *handelingen te stellen*, niettemin zijn basis vindt in deze uitdrukkelijke beperking.

²⁰²² Vergelijk op dit punt: T. DREIER, “UrhG § 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 2 en M. SCHELTEMA en T. TJONG TJIN TAI, “Overeenkomsten sluiten door openen en klikken?”, *Computerrecht* 2003, p. 245.

²⁰²³ Zie bijvoorbeeld: T. DREIER, “The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs”, *E.I.P.R.* 1991, p. 321 (“*An appropriate guide to interpretation of the term ‘reproduction’ might be the legitimate interest of the rightholder to participate in the economic benefits resulting from the use of his protected work. Where an act would not lead to an increased use of a program - in the sense of using a multiplicity of copies - by its rightful user, it should not be considered a reproduction for purposes of copyright law. Thus, on the one hand, the mere running of a program - that is the calculation operations as such - or the mere visualisation of a program on the screen would not appear to be ‘reproductions’ in the copyright sense; on the other hand, the storing of the whole program in the RAM would, since it allows a computer to work independently from the program copy sold or licensed.*”).

²⁰²⁴ Zie in die zin, bijvoorbeeld: C. BERGER, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach der EG-Richtlinie vom 11. 3. 1996”, *GRUR* 1997, p. 176 (“*Durch das Inverkehrbringen des Werkexemplars der Datenbank hat sich nicht nur das Verbreitungsrecht des Urhebers erschöpft, wie dies Art. 5c) Satz 2 ausdrücklich vorsieht, sondern auch das Verbotsrecht hinsichtlich der Vervielfältigung, soweit dies zur normalen Nutzung der Datenbank erforderlich ist.*”); H. SENDROWSKI, “Zum Schutzrecht ‘sui generis’ an Datenbanken”, *GRUR* 2005, p.374 (“*Entnahme und Weiterverwendung müssen jedoch abgegrenzt werden vom Recht eines Benutzers, eine vom Datenbankhersteller zugänglich gemachte Datenbank abzufragen; die Reichweite der Begriffe ist außerdem beschränkt durch eine gegebenenfalls eingetretene Erschöpfung der Rechte des Datenbankherstellers.*”).

uitdrukkelijke beperkingen aanduiden is het door deze interpretatie dan *niet* nodig om na te gaan of daartoe een grondslag bestaat in de vorm van een ononderbroken, successieve keten van het verlenen licentieovereenkomsten die uiteindelijk teruggaat op een licentieovereenkomst met de betrokken rechthebbende en waarbij de geldigheid van de betrokken licentie-overdrachten vaak verschillend te beoordelen is naargelang het toepasselijke nationale recht. In het kader van dergelijke analyses die in de betrokken uitdrukkelijke beperkingen een autonome grondslag lezen voor de toelating tot het stellen van de handelingen die ze aanduiden, is er echter ook rekening mee te houden dat de rechtsleer vaak kritisch staat tegenover het feit dat een ‘tweedehands verkrijger’, op grond van de betrokken uitdrukkelijke beperkingen, onder omstandigheden over een ruimere toelating zou beschikken om handelingen te stellen rond een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ dan de ‘eerste verkrijger’ die in dit verband de eventuele beperkingen moet respecteren die volgen uit zijn overeenkomst met de rechthebbende²⁰²⁵.

Rond de figuur van de ‘rechtmatige verkrijger’ dan wel ‘rechtmatige gebruiker’ is dan, ten slotte, op te merken dat, specifiek in het kader van het computerprogramma-auteursrecht, het Europese Hof van Justitie reeds uitdrukkelijk geoordeeld heeft dat elke persoon die zich op het intreden van ‘uitputting’ kan beroepen rond een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’, te beschouwen is als een ‘rechtmatige verkrijger’ in de zin van de uitdrukkelijke beperking die het computerprogramma-auteursrecht voorziet voor ‘gebruiken voor het beoogde doel’²⁰²⁶. Daarbij heeft het Hof uitdrukkelijk aangegeven dat het *niet* vereist is dat een persoon ook een bevoegdheid kan afleiden uit het bestaan van een initiële licentie-overeenkomst met de rechthebbende, om zonder inbreuk de in beginsel voorbehouden handelingen te kunnen stellen die aangeduid worden in de betrokken

²⁰²⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: S. VAN CAMP, “Het doorverkoop van gedownloade software en communautaire uitputting: het UsedSoft-arrest van het Hof van Justitie”, *Computerrecht* 2012, p. 410 e.v. (“*De rechtmatige verkrijger zou dan een wettelijk gebruiksrecht hebben voor zover hij de software gebruikt in overeenstemming met het beoogde doel van de software. Indien die redenering wordt doorgetrokken, leidt dit tot merkwaardige situaties. Waar de eerste verkrijger van de software de licentie heeft aanvaard toen hij de software aanschafte van de producent (rechthebbende), en daardoor gebonden is, zou de rechtmatige ‘tweedehands verkrijger’, die de software aankoopt van een eerste verkrijger, door de combinatie van de uitputtingsregel en de regel van art. 5 lid 1 Softwareverrichtlijn geen licentievoorwaarden moeten aanvaarden om op een wettelijke wijze gebruik te maken van de software overeenkomstig het beoogde doel.*”) Vergelijk echter: J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Kluwer, Deventer, 2005, p. 602 (“*Het recht om het programma te vereenvoudigen in het kader van het gebruik daarvan vloeit niet voort uit de uitputting maar uit art. 45j. Eventuele in (standaard)contracten neergelegde gebruiksvoorwaarden – los bijgeleverd of bijv. in het programma opgenomen en bij het opstarten ervan vertoond – zullen opvolgende verkrijgers van een programma in het algemeen niet binden, tenzij vaststaat dat zij daarmee bekend waren toen zij het programma verkregen. Als regel zal derhalve beslissend zijn wat noodzakelijk moet worden geacht voor het gebruik van het programma voor het naar objectieve maatstaven vast te stellen doel. Hoewel de rechtmatige verkrijger dus een ruimer gebruiksrecht kan hebben dan zijn rechtsvoorganger, omdat hij anders dan deze niet gebonden hoeft te zijn aan door beperkende voorwaarden die de rechthebbende aan het gebruik van de software heeft verbonden, is zijn gebruiksrecht zeker niet onbeperkt.*”).

²⁰²⁶ Zie: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*) r.o. 80-81 (“*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. 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.*”) en r.o. 88 (“*Blijkens het voorgaande moet op de eerste en de derde vraag worden geantwoord dat de artikelen 4, lid 2, en 5, lid 1, van richtlijn 2009/24 aldus moeten worden uitgelegd dat in geval van wederverkoop van een gebruikslicentie die de wederverkoop van een van de website van de houder van het auteursrecht gedownloade kopie van een computerprogramma met zich brengt, welke licentie aanvankelijk aan de eerste verkrijger door die rechthebbende zonder beperking in de tijd was toegekend tegen betaling van een prijs waarmee deze laatste een met de economische waarde van die kopie van zijn werk overeenstemmende vergoeding moest kunnen ontvangen, 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.*”).

uitdrukkelijke beperking rond ‘gebruiken voor het beoogde doel’, aangezien een dergelijk vereiste de toepassing van de ‘uitputtingsleer’ elk nuttig effect zou ontnemen²⁰²⁷. Op grond van het betrokken arrest is volgens ons echter niet geheel duidelijk of het Hof aanneemt dat de autonome grondslag van de mogelijkheid van de ‘rechtmatige verkrijger’, om zonder inbreuk de in beginsel voorbehouden handelingen te stellen die aangeduid zijn door de uitdrukkelijke beperking die het computerprogramma-auteursrecht voorziet rond ‘gebruiken voor het beoogde doel’, daarbij dan teruggaat: 1.) op een inherente limiet van de betrokken categorieën voorbehouden handelingen, eventueel in het verlengde van de uitputtingsleer, die door de betrokken uitdrukkelijk beperking geëxpliciteerd wordt dan wel 2.) – wat ons waarschijnlijker lijkt – op de betrokken uitdrukkelijk beperking als ‘uitzondering’ ten aanzien van de betrokken categorieën voorbehouden handelingen²⁰²⁸. Ook in dit verband zorgt de grote nadruk die het Europees Hof van Justitie in het betrokken arrest legt op het *lex specialis* karakter van de Richtlijn Computerprogramma’s er, volgens ons, dan voor dat niet met zekerheid te zeggen is of de zonet omschreven benadering van het Hof ook zonder meer toe te passen is op het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* of, mutatis mutandis, het auteursrecht²⁰²⁹.

c. Rechtmatig Exemplaar

In de derde plaats, ten slotte, is er ook rekening mee te houden dat het volgende vereist is voor de toepassing van de expliciete beperkingen die het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* bepalen gericht op het vrijstellen van, respectievelijk, een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ en een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen’: dat een niet-inbreukmakende zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ het uitgangspunt vormt van de handelingen waarvoor een beroep gedaan wordt op deze beperkingen. Deze opvatting vinden we niet alleen terug in de rechtsleer²⁰³⁰ maar, in sommige gevallen, ook in de betrokken regelgeving. Zo geeft de Richtlijn Databanken bijvoorbeeld uitdrukkelijk aan dat zijn beperking rond opvragen en hergebruik van niet-substantiële delen ook vraagt dat sprake is van: “een databank die op enigerlei wijze aan het publiek ter beschikking is gesteld.”²⁰³¹ De

²⁰²⁷ Zie: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*) r.o. 82-83 (“Het argument van Oracle, Ierland en de Franse en de Italiaanse regering dat het begrip „rechtmatige verkrijger” in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2009/24 enkel doelt op de verkrijger die op grond van een rechtstreeks met de houder van het auteursrecht gesloten licentieovereenkomst gerechtigd is het computerprogramma te gebruiken, kan niet worden aanvaard. Een dergelijk argument zou namelijk ertoe leiden dat de houder van het auteursrecht het daadwerkelijke gebruik van iedere gebruikte kopie waarvoor zijn distributierecht overeenkomstig artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 is vervallen, met een beroep op zijn exclusieve reproductierecht op grond van artikel 4, lid 1, sub a, van die richtlijn kan beletten, en zou het verval van het distributierecht op grond van voormeld artikel 4, lid 2, daarmee zijn nuttig effect ontnemen.”).

²⁰²⁸ Zie immers: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*), r.o. 81 (“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.”).

²⁰²⁹ Zie: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*) r.o. 50-52 in combinatie met r.o. 51 en 56.

²⁰³⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: D. THUM, “UrhG § 87e Verträge über die Benutzung einer Datenbank” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 7; T. DREIER, “§ 55a Benutzung eines Datenbankwerkes” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. (“Dabei muss das Vervielfältigungsstück mit Zustimmung des Urhebers durch Veräußerung in Verkehr gebracht worden sein bzw. der Nutzungsvertrag entweder mit dem Urheber oder aber mit dessen Zustimmung mit einem Dritten geschlossen worden sein(...)”.) en S. CHALTON, “The Copyright and Rights in Databases Regulations 1997: Some Outstanding Issues on Implementation of the Database Directive”, *E.I.P.R.*, 1998, p. 180; Zie in dit verband, hoewel ze zelf kritisch staat ten aanzien van het hanteren van een dergelijk vereiste, bijvoorbeeld: S. DUSOLLIER, “L’utilisation légitime de l’oeuvre: un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d’auteur?”, *Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur – Communication – Commerce électronique*, 2005, p.19 e.v..

²⁰³¹ Zie art. 8.1. Richtlijn Databanken; Vergelijk ook § 55a Duitse Auteurswet rond het databanken-auteursrecht dat zijn toepassing ondermeer afbakent door uitdrukkelijk te vereisen dat sprake is van “eines mit Zustimmung des Urhebers durch Veräußerung in Verkehr gebrachten Vervielfältigungsstücks des Datenbankwerkes”.

overwegingen bij de Richtlijn Computerprogramma's koppelen de mogelijkheid om een beroep te doen op de uitdrukkelijke beperking rond een 'gebruiken voor het beoogde doel' aan het voorliggen van: "*een rechtmatig verkregen kopie van een programma.*"²⁰³² Hierbij is dan op te merken dat een dergelijk afzonderlijk vereiste van het voorliggen van een niet-inbreukmakende zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object', belangrijk wordt in de opvatting dat een persoon ook reeds de hoedanigheid van 'rechtmatige verkrijger' of 'rechtmatige gebruiker' kan verwerven door te handelen in omstandigheden waarin alle, overige, voorwaarden van de betrokken uitdrukkelijke beperking vervuld zijn. Dat zijn handelingen betrekking hebben op een niet-inbreukmakende zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object' is dan één van die voorwaarden. In de bovenvermelde interpretaties dat het verwerven van de hoedanigheid van 'rechtmatige verkrijger' of 'rechtmatige gebruiker' vraagt dat sprake is van het beschikken over een licentie, het verkrijgen van zakenrechtelijke rechten of het intreden van uitputting, gaat het vereiste van een niet-inbreukmakende zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het 'object' in wezen op in deze vereisten rond de licentie, de verkregen zakenrechtelijke rechten of de ingetreden uitputting die vervuld moeten zijn voor het verwerven van de hoedanigheid van 'rechtmatige verkrijger' of 'rechtmatige gebruiker'²⁰³³.

B.3.3. Reikwijdte

Bij de uitdrukkelijke beperkingen die het computerprogramma-auteursrecht, het databanken-auteursrecht en het databankenrecht *sui generis* bepalen, gericht op het vrijstellen van, respectievelijk, een 'gebruik voor het beoogde doel', een 'normaal gebruik' en een 'opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen', is dan, ten slotte, ook rekening te houden met het volgende: dat zij een persoon met de vereiste hoedanigheid daartoe, rond de categorieën voorbehouden handelingen die zij aanduiden, daarbij telkens slechts een 'vrijstelling' geven met een welbepaalde reikwijdte.

Bij het computerprogramma-auteursrecht is er in dit verband met name rekening mee te houden dat de betrokken beperking de 'rechtmatige verkrijger' enkel 'vrijstelt' voor handelingen die in beginsel een 'reproduceren' of 'bewerken' uitmaken, *in zoverre* deze handelingen "*noodzakelijk zijn om het computerprogramma te kunnen gebruiken voor het beoogde doel, onder meer om fouten te verbeteren*"²⁰³⁴ en dat de betrokken beperking daarbij ook uitdrukkelijk in de mogelijkheid voorziet om hierrond andersluidende overeenkomsten af te sluiten met de rechthebbende. De overwegingen bij de Richtlijn Computerprogramma's geven in dit verband wel aan dat deze beperking ook een harde kern bevat die zich niet langs contractuele laat opzij zetten. Deze overwegingen geven met name aan: "*...dat het laden of in beeld brengen, dat noodzakelijk is voor het gebruik van een rechtmatig verkregen kopie van een programma, alsmede het corrigeren van fouten, niet bij overeenkomst mag worden verboden.*"²⁰³⁵

Bij de afbakening van de eigenlijke reikwijdte van de uitdrukkelijk beperking die het computerprogramma-auteursrecht bepaalt, gericht op het 'vrijstellen' van een 'gebruiken voor het beoogde doel', is dus vooral rekening te houden met de volgende factoren: 1.) de interpretatie van het begrip 'gebruiken voor het beoogde doel', 2.) de opvattingen rond wanneer sprake is van een 'noodzaak' met het oog op een dergelijke gebruik en 3.) de opvattingen rond de mate waarin het mogelijk is om contractueel af te wijken van deze uitdrukkelijk beperking.

Rond de factor 'noodzaak' met het oog op een 'gebruiken voor het beoogde doel' bestaat relatief weinig discussie. In de regel wordt aangenomen dat het hierbij gaat om een vereiste dat de betrokken handelingen vanuit technisch

²⁰³² Richtlijn Computerprogramma's, overweging 13 ("*Dit betekent dat het laden of in beeld brengen, dat noodzakelijk is voor het gebruik van een rechtmatig verkregen kopie van een programma, alsmede het corrigeren van fouten, niet bij overeenkomst mag worden verboden.*").

²⁰³³ Vergelijk bijvoorbeeld: B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 64 ("*The word acquiror is therefor not limited to one who has title to the physical support on which the program is fixed, but it is intended to cover anyone who is legitimately in possession of a copy of program with a right to use that program. This definition will exclude, for example, a 'hacker' who gains unauthorised access to a computer system, or a person who obtains a pirate copy of a program.*").

²⁰³⁴ Zie: art. 5.1. Richtlijn Computerprogramma's en art. XI.299., §1 WER (oud art. 6, §1 Wet Computerprogramma's).

²⁰³⁵ Richtlijn Computerprogramma's, overweging 13.

oogpunt noodzakelijk moeten zijn, in tegenstelling tot louter voordelig op commercieel vlak of op het vlak van het uitsparen van tijd en moeite, om de ‘rechtmatig verkrijger’ een ‘gebruiken voor het beoogde doel’ toe te laten²⁰³⁶. Sommige auteurs pleiten echter voor een soepeler interpretatie waarbij ‘noodzakelijk’ voor een ‘gebruiken voor het beoogde doel’ ook reeds slaat op handelingen die nuttig zijn en kwalificeren als een ‘gebruiken voor het beoogde doel’²⁰³⁷.

De interpretatie van een ‘gebruiken voor het beoogde doel’ als parameter om de reikwijdte af te bakenen van de uitdrukkelijk beperking die het computerprogramma-auteursrecht in dit verband voorziet, zorgde echter reeds voor veel meer onenigheid. Het grootste punt van discussie in dit verband was dan met name of het ‘beoogde doel’, als graadmeter voor het bepalen van de reikwijdte van de betrokken vrijstelling rond een ‘gebruiken voor het beoogde doel’, vast te stellen is: 1.) in het licht van objectieve criteria, in het bijzonder dan de inherente, technische kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie van het computerprogramma, dan wel 2.) in het licht van het doel dat de rechthebbende en zijn contractpartner voor ogen hadden op het ogenblik dat zij een overeenkomst afsloten rond het betrokken computerprogramma. De onderscheiden standpunten in deze discussie gaan daarbij dan in wezen terug op de hierboven beschreven onderscheiden opvattingen rond het juridische concept dat de betrokken uitdrukkelijke beperking beheerst en rond de grondslag, in het kader van deze beperking, voor de mogelijkheid van de rechtmatige verkrijger om over te gaan tot een ‘gebruiken voor het beoogde doel’. Het standpunt dat, ook in het licht van de betrokken beperking binnen het computerprogramma-auteursrecht, de uiteindelijke grondslag voor de mogelijkheid van de ‘rechtmatige verkrijger’ om over te gaan tot een ‘gebruiken voor het beoogde doel’ nog steeds moet kunnen afgeleid worden uit een initiële licentieovereenkomst met de rechthebbende, zij het dan een licentieovereenkomst die daarbij eventueel bijgestuurd of teweeggebracht is door de betrokken uitdrukkelijke beperking, leidt daarbij in de regel tot de volgende analyse: dat de afbakening van een ‘gebruiken voor het beoogde doel’ van een computerprogramma, in de zin van deze beperking, zich dient te richten naar het doel dat de rechthebbende en zijn contractpartner voor ogen hadden bij hun overeenkomst rond dit computerprogramma²⁰³⁸. De opvatting dat de betrokken beperking binnen het computerprogramma-auteursrecht zelf, een autonome grondslag levert voor de mogelijkheid van de ‘rechtmatige verkrijger’ om over te gaan tot een ‘gebruiken voor het beoogde doel’, voert daarentegen meestal tot het volgend besluit: dat de afbakening van een ‘gebruiken voor het beoogde doel’ van een computerprogramma, in de zin van deze beperking, zich dient te richten

²⁰³⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. STROWEL en E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données multimédia. Droit belge, européen et comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, p. 225 en B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 64 (“The acts must be necessary, ie more than merely commercially advantageous or expedient in terms of time and effort. They must be required in order to use the program, that is to say for the benefit of the acquirer and not for purposes of commercialising an enhanced or adapted version of the program, for example.”) en p. 70 (“It is also the case, in general terms, that Article 5 exceptions apply to the extent that they are technically feasible, and that the rightholder has the ability to carry them out. They are not absolute user rights in themselves, although contractual provisions which seek to prevent the user from attempting to exercise them are invalid in respect of Articles 5.2 and 5.3.”).

²⁰³⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: J. MARLY, *Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der Europäischen Union*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995, p. 227 en A. GÜNTHER, “Änderungsrechte des Softwarenutzers”, *Computerrecht* 1994, p. 325; Vergelijk op dit vlak ook: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*) r.o. 81 (“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.”).

²⁰³⁸ Zie in die zin, bijvoorbeeld: Zie in die zin bijvoorbeeld: S. VAN CAMP, “Het doorverkopen van gedownloade software en communautaire uitputting: het UsedSoft-arrest van het Hof van Justitie”, *Computerrecht* 2012, p. 410 e.v. (“Volgens deze ‘contractuele’ opvatting is het beoogde doel dat vermeld wordt in art. 5 lid 1 Software-richtlijn dan het subjectieve doel zoals dat geregeld wordt in de licentie, met inachtneming van de gebruikbeperkingen en -modaliteiten van de licentie (bijv. het aantal gebruikers, de toegelaten hardware) en de bestemming die in de licentie wordt opgenomen (bijv. studenten voor een goedkopere versie, of, voor een upgradeversie, personen die reeds een voorafgaande versie hebben). In België en Frankrijk wordt dit effect soms gebaseerd op het bestemmingsrecht, dat echter ook vaak afgewezen wordt omdat het inherent strijdig is met de uitputtingsregel.”). Vergelijk ook: L. RAU, *Phänomenologie und Bekämpfung von Cyberpiraterie. Eine kriminologische und kriminalpolitische Analyse.*, Göttingen, Cuvillier Verlag, 2004, p. 100.

naar objectieve criteria, in het bijzonder, zoals aangegeven, de inherente, technische kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie van het computerprogramma²⁰³⁹.

Tenslotte, is er ook discussie rond de mate waarin het mogelijk is om contractueel af te wijken van de uitdrukkelijk beperking die het computerprogramma-auteursrecht bepaalt gericht op het 'vrijstellen' van een 'gebruiken voor het beoogde doel'. Er is onenigheid rond de precieze betekenis en draagwijdte van het feit dat het computerprogramma-auteursrecht zijn formulering van de betrokken beperking begint met: "*Tenzij bij overeenkomst uitdrukkelijk anders bepaald is,...*"

Een eerste belangrijk punt van discussie is daarbij dan welke precieze afwijkingen ten aanzien van de beperking rond een 'gebruiken voor het beoogde doel' geldig kunnen overeengekomen worden, rekening houdend met de harde kern van deze beperking die geen contractuele afwijkingen toelaat. Daarbij is er nog relatieve eensgezindheid dat het met name niet mogelijk is om een 'rechtmatige verkrijger' langs contractuele te verbieden om een computerprogramma te laden, te laten lopen, op te slaan of in beeld te brengen in zoverre deze handelingen noodzakelijk zijn voor een 'gebruiken voor het beoogde doel'²⁰⁴⁰. Het is ook vrij breed aanvaard dat het, rekening houdend met de uitdrukkelijke beperking rond 'gebruiken voor het beoogde doel', met name mogelijk is om de rechtmatige verkrijger restricties te laten overeenkomen rond de omvang van zijn gebruik, bijvoorbeeld rond de duur van het gebruik of de mogelijkheid om het computerprogramma te gebruiken in netwerken of op meerdere computersystemen tegelijk²⁰⁴¹. Bij overeenkomsten die grenzen stellen aan de mogelijkheid om sommige handelingen te stellen, zoals het 'converteren' van computerprogramma om ze te kunnen gebruiken op een ander type computer, was er echter reeds discussie of zij al dan niet geldig kunnen zijn in het licht van de uitdrukkelijke beperking die het computerprogramma-auteursrecht bepaalt rond 'gebruiken voor het beoogde doel'²⁰⁴². Hierbij is op te merken dat er in deze context overigens ook vaak onenigheid bestaat rond welke contractuele restricties precies als ongeldig te beschouwen zijn omdat zij strijdig zijn, minstens het achterliggende idee, achter de 'uitputtingsleer', aangezien zij al te ver gaan in het begrenzen van de mogelijkheid om het computerprogramma verder te verkopen, bijvoorbeeld door een gebruik te verplichten op specifieke computers²⁰⁴³.

²⁰³⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Kluwer, Deventer, 2005, p. 602 ("*Het recht om het programma te verveelvoudigen in het kader van het gebruik daarvan vloeit niet voort uit de uitputting maar uit art. 45j....Als regel zal derhalve beslissend zijn wat noodzakelijk moet worden geacht voor het gebruik van het programma voor het naar objectieve maatstaven vast te stellen doel.*").

²⁰⁴⁰ Zie bijvoorbeeld: Richtlijn Computerprogramma's, overweging 13; T. DREIER, "UrhG § 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen" in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 12, B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 65, Vergelijk echter ook: A. STROWEL en E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données multimédia. Droit belge, européen et comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, p. 227.

²⁰⁴¹ In die zin bijvoorbeeld: T. DREIER, "UrhG § 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen" in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 12 ("*Als nicht zum abdefestesten Kern gehörend können folgende Nutzungsbeschränkungen auf vertraglichem Wege wirksam vereinbart werden: Vereinbarungen über Art und Umfang der Nutzung des Programms, sei es in zeitlicher Hinsicht (Lauffähigkeit bis zum nächsten Update), sei es im Hinblick der Nutzungsintensität (Einzelplatz- und Mehrplatzlizenzen, Netzwerkversion);*"); T. TJONG TJIN TAI, "De omvang van het gebruiksrecht van programmatuur", *Computerrecht* 2001, p. 65; Vergelijk ook: COMMISSIE, *Evaluatie Richtlijn Computerprogramma's*, p. 12 ("*Naar het oordeel van de Commissie werd met artikel 5, lid 1, en overweging 18 bedoeld dat het niet mogelijk mag zijn een "rechtmatige verkrijger" van een programma bij overeenkomst het verrichten van handelingen waarvoor toestemming vereist is te verhinderen wanneer deze nodig zijn om het programma in overeenstemming met het beoogde doel te gebruiken of om fouten te verbeteren. Het is echter wel mogelijk om in een overeenkomst specifieke bepalingen op te nemen waardoor de van toestemming afhankelijke handelingen die door de gebruiker van het computerprogramma mogen worden uitgevoerd, "onder controle worden gehouden"*).

²⁰⁴² Zie voor de discussie rond de geldigheid van beperkingen rond 'converteren', bijvoorbeeld: T. TJONG TJIN TAI, "De omvang van het gebruiksrecht van programmatuur", *Computerrecht* 2001, p. 62 en de verwijzingen daar.

²⁰⁴³ Zie in dit verband bijvoorbeeld: S. VAN CAMP, "Het doorverkopen van gedownloade software en communautaire uitputting: het UsedSoft-arrest van het Hof van Justitie", *Computerrecht* 2012, p. 410 e.v. ("*Zo kan de licentie niet geldig bepalen dat de software alleen geïnstalleerd en gebruikt mag worden op één bepaald toestel waarvan het identificatienummer werd opgegeven, doch de bepaling dat de software slechts op een bepaald aantal computers mag gebruikt worden, verhindert de overdraagbaarheid op zich niet, en is afdwingbaar.*"); M. GRÜTZMACHER, "UrhG § 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen" in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 37 e.v.;

Een tweede belangrijk punt van discussie rond de mogelijkheid om contractueel af te wijken van de uitdrukkelijk beperking rond een ‘gebruiken voor het beoogde doel’ in het kader van het computerprogramma-auteursrecht, is dan met name welke werking een dergelijke, geldige afwijking van de betrokken beperking toekomt. Daarbij gaat het dan met name om de vraag of een dergelijke afwijking: 1.) enkel *inter partes* werking toekomt, dit wil zeggen enkel de betrokken contractspartijen bindt, daarbij weliswaar ook rekening houdend met de gebruikelijke regels rond de tegenstelbaarheid van contracten tegenover niet-contractspartijen, dan wel, 2.) tegenstelbaar is aan iedereen op grond van de *erga omnes* werking van intellectuele rechten²⁰⁴⁴. De onderscheiden standpunten in deze discussie gaan daarbij dan in wezen opnieuw terug op de hierboven beschreven onderscheiden opvattingen rond het juridische concept dat de betrokken uitdrukkelijke beperking beheerst.

In het licht van de opvattingen dat de betrokken beperking rond een ‘gebruiken voor het beoogde doel’, zoals hierboven vermeld, te analyseren is als ‘licentiecontracten’-recht, het verlenen van een wettelijke licentie of een uitzondering, is het ook verdedigbaar dat een afwijking rond deze beperking niet enkel *inter partes* werking toekomt maar ook *erga omnes* werking ontleent aan de *erga omnes* werking van intellectuele rechten²⁰⁴⁵. In de analyse dat de betrokken beperking ‘licentiecontracten’-recht uitmaakt dan wel aanleiding geeft tot een wettelijke licentie, is de overeengekomen afwijking van deze beperking immers te verstaan als de rechthebbende die de omvang bijstuurt van de licentie die hij verleent rond handelingen waarover hij een *erga omnes* werkende, exclusieve bevoegdheid ontleent aan het computerprogramma-auteursrecht. Binnen de visie dat de betrokken uitdrukkelijk beperking een ‘uitzondering’ is, houdt de overeengekomen afwijking van deze beperking in dat het computerprogramma-auteursrecht in het concrete geval toch minder ver gaat in het uiteindelijk niet

Bundesgerichtshof 6 juli 2000, (*OEM-Vertrieb*), *GRUR* 2001, p. 153 (met name rond strijdigheid met de uitputtingsregel) en T. TJONG TJIN TAI, “De omvang van het gebruiksrecht van programmatuur”, *Computerrecht* 2001, p. 65 (“*Gedetailleerde beperkingen tot bepaalde types computers of een vaste plaats van gebruik zijn dan ook niet toelaatbaar. Zij zijn strijdig met de uitputting op verdere controle van de verkoop.*”); T. DREIER, “The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs”, *E.I.P.R.* 1991, p. 322 (“*However, it would seem that the possibility both of designating - either explicitly or implicitly - the purpose for which a program is intended and of limiting the exceptions contained in Article 5(1) by way of specific contractual provisions, can only be exercised within certain limits. In particular, this possibility should not have the effect of undermining other mandatory provisions of the directive, such as the exhaustion provided for in Article 4(c). It follows that any restriction which would ultimately prevent the resale of a particular program copy could at the most be valid and binding for the acquirer of the program copy, but it could have no effect against third parties. This would be the case for a clause to use the program on a particular central processing unit only, whereas a clause to use a program copy only on one machine at a time would not seem to be in conflict with the exhaustion principle.*”).

²⁰⁴⁴ Zie rond deze vraagstelling, bijvoorbeeld ook: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 52 en W. BLOCHER, “Art. 5 Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen” in M. WALTER en S. VON LEWINSKI, *Europäisches Urheberrecht: Kommentar: insbesondere Software-, Vermiet- und Verleih-, Satelliten- und Kabel-, Schutzdauer-, Datenbank-, Folgerecht-, Informationsgesellschaft-richtlinie, Produktpiraterie-verordnung*, Wien, Springer, 2001, p. 192 e.v.; Vergelijk ook meer algemeen: M. STIEPER, *Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts*, Tübingen Mohr Siebeck, 2009, p. 107 e.v..

²⁰⁴⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: S. VAN CAMP, “Het doorverkopen van gedownloade software en communautaire uitputting: het UsedSoft-arrest van het Hof van Justitie”, *Computerrecht* 2012, p. 410 e.v. (“*Volgens aanhangers van de ‘contractuele’ opvatting en/of het bestemmingsrecht gelden de gebruiksbeperkingen van de licentie onverminderd voor de opvolgende verkrijgers, althans in zoverre ze de software niet (quasi) onoverdraagbaar maken, en de uitputtingsregel niet de facto uithollen.*”); E. NEPPELENBROEK, “Software: De Auteur, de Verkrijger en Derden”, *AMI* 2006, p.118 (“*Ik heb mijzelf geschaard onder degenen die de zogenaamde genuanceerde derde benadering, hanteren. Deze gaat er van uit dat de auteur inderdaad bij uitdrukkelijke contractvoorwaarden mag bepalen hoe intensief een in het verkeer te brengen softwareproduct gebruikt mag worden. Dit beoogde doel geldt in beginsel ook jegens derden: eerste verkrijgers zullen dus hun licentie verder moeten overdragen alvorens derden de titel ‘rechtmatige verkrijger’ mogen dragen. De nuance zit erin dat onder invloed van de uitputtingsregel die gebruiksvoorwaarden niet zijn toegestaan, die de werking ervan zouden ondermijnen, zoals vervreemdingsblokkeringen, CPU- en OEM-clausules.*”); Vergelijk ook de bespreking van onderscheiden opvattingen in die zin bij: T. TJONG TJIN TAI, “De omvang van het gebruiksrecht van programmatuur”, *Computerrecht* 2001, p.60-65.

intellectueelrechtelijke relevant achten van handelingen waarover dit recht hem in principe een *erga omnes* werkende, exclusieve bevoegdheid verlenen.

De analyse dat de beperking rond een ‘gebruiken voor het beoogde doel’ binnen het computerprogramma-auteursrecht, uiting geeft aan een ‘limiet’ van de verleende exclusieve bevoegdheid, voert daarentegen, in principe, tot het besluit dat een afwijking rond deze beperking niet kan steunen op de *erga omnes* werking van intellectuele rechten²⁰⁴⁶. In deze analyse geeft de betrokken beperking immers, zoals aangegeven, aan dat de exclusieve bevoegdheid die het computerprogramma-auteursrecht de rechthebbende verleent zich nooit – ook niet initieel – uitstrekt tot de zintuiglijk waarneembare handelingen die deze beperking aanduidt als ‘gebruik voor het beoogde doel’. Een contract waarin de rechthebbende een afwijking overeenkomt rond deze uitdrukkelijke beperking is vanuit die analyse dus een contract rond handelingen waarover de rechthebbende geen *erga omnes* werkende exclusieve bevoegdheid ontleent aan het computerprogramma-auteursrecht.

In het kader van het databanken-auteursrecht is er rekening mee te houden dat dit de ‘rechtmatige gebruiker’ enkel de in beginsel de rechthebbende voorbehouden handelingen ‘vrijstelt’ die *“noodzakelijk zijn om toegang te krijgen tot en normaal gebruik te maken van de inhoud van de databank”*. Daarbij geeft het databanken-auteursrecht uitdrukkelijk aan dat elk contractueel beding dat strijdig is met deze beperking, nietig is²⁰⁴⁷. Wel is het hierbij zo dat indien de ‘rechtmatige gebruiker’ slechts de toestemming heeft om enkel een deel van de databank te gebruiken, deze enkel een beroep kan doen op deze beperking voor dat deel²⁰⁴⁸. De overwegingen bij de Richtlijn Databanken geven in dit verband ook aan dat het er op aankomt dat de ‘rechtmatige gebruiker’: *“zich toegang moet kunnen verschaffen tot de databank en deze moet kunnen gebruiken in overeenstemming met de doeleinden en de gebruikswijzen die zijn vastgesteld in de licentieovereenkomst met de rechthebbende, zelfs indien voor die toegang en dat gebruik handelingen moeten worden verricht waarvoor normaliter toestemming nodig is”*,²⁰⁴⁹

Bij de afbakening van de eigenlijke reikwijdte van de uitdrukkelijk beperking die het databanken-auteursrecht bepaalt, gericht op het ‘vrijstellen’ van ‘toegang en normaal gebruik’, is dus vooral rekening te houden met de volgende factoren: 1.) de interpretatie van de noties ‘toegang’ tot en ‘normaal gebruik’ van de inhoud van de databank, 2.) de opvattingen rond wanneer sprake is van een ‘noodzaak’ met het oog op deze ‘toegang’ en dit ‘normaal gebruik’ en 3.) het feit of de rechthebbende de ‘rechtmatige gebruiker’ enkel toestemming gaf om slechts een deel van de betrokken databank te gebruiken²⁰⁵⁰.

²⁰⁴⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: Vergelijk echter: J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Kluwer, Deventer, 2005, p. 602 (*“Het recht om het programma te veelevoudigen in het kader van het gebruik daarvan vloeit niet voort uit de uitputting maar uit art. 45j. Eventuele in (standaard)contracten neergelegde gebruiksvoorwaarden – los bijgeleverd of bijv. in het programma opgenomen en bij het opstarten ervan vertoond – zullen opvolgende verkrijgers van een programma in het algemeen niet binden, tenzij vaststaat dat zij daarmee bekend waren toen zij het programma verkregen.”*); Vergelijk ook: T. DREIER, “The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs”, *E.I.P.R.* 1991, p. 322 (*“However, it would seem that the possibility both of designating - either explicitly or implicitly - the purpose for which a program is intended and of limiting the exceptions contained in Article 5(1) by way of specific contractual provisions, can only be exercised within certain limits. In particular, this possibility should not have the effect of undermining other mandatory provisions of the directive, such as the exhaustion provided for in Article 4(c). It follows that any restriction which would ultimately prevent the resale of a particular program copy could at the most be valid and binding for the acquirer of the program copy, but it could have no effect against third parties.”*).

²⁰⁴⁷ Zie in dit verband: art. 15 Richtlijn Databanken en art. XI.188., lid 3 WER (oud art. 20quater, lid 3 Auteurswet).

²⁰⁴⁸ Zie in dit verband: art. 15, *in fine* Richtlijn Databanken en art. XI.188., lid 3 WER *in fine* (oud art. 20quater, lid 3 *in fine* Auteurswet).

²⁰⁴⁹ Richtlijn Databanken, overweging 34.

²⁰⁵⁰ De bepaling binnen de betrokken uitdrukkelijk beperking met het oog op het ‘vrijstellen’ van ‘toegang en normaal gebruik’ dat, voor zover de ‘rechtmatige gebruiker’ slechts de toestemming heeft om enkel een deel van de databank te gebruiken, deze enkel voor dat deel een beroep kan doen op de uitdrukkelijke beperking rond ‘toegang en normaal gebruik’ zorgt immers voor weinig interpretatieproblemen. De rechtsleer geeft soms aan dat deze precisering in wezen overbodig is, aangezien het steeds zo is dat een ‘rechtmatig gebruiker’ enkel voor datgene wat deze rechtmatig verkregen heeft, een beroep kan doen op de betrokken beperking. Zie in die zin bijvoorbeeld: S. LÜFT, “UrhG § 55 a Benutzung eines Datenbankwerkes” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 7 (*“Nach § 55 a S. 2 beziehen sich die Befugnisse des Berechtigten immer nur auf den Teil der Datenbank, der ihm vertraglich zugänglich gemacht wurde. Da der Benutzer im Hinblick auf den ihm nicht zugänglich gemachten Teil des Datenbankwerkes schon nicht Berechtigter*

De betekenis van ‘noodzaak’ met het oog op ‘toegang en normaal gebruik’ zorgt eveneens voor relatief weinig discussie. Ook hier is het in dit verband gebruikelijk om aan te nemen dat dit vereist dat de betrokken handelingen noodzakelijk moeten zijn, in tegenstelling tot louter zinvol of doelmatig, om de ‘rechtmatig gebruiker’ in staat te stellen tot ‘toegang en normaal gebruik’ van de databank²⁰⁵¹.

Het grote discussiepunt in dit verband was ook niet de betekenis van de notie ‘toegang²⁰⁵²’ maar wel de inhoud van het begrip ‘normaal gebruik’ als parameters om de reikwijdte af te bakenen van de uitdrukkelijk beperking die het databanken-auteursrecht hierrond voorziet. De grootste strijdvraag hierbij²⁰⁵³ is dan met name opnieuw of de kwalificatie van handelingen als ‘normaal gebruik’ vast te stellen is: 1.) in het licht van objectieve criteria, in het bijzonder dan de inherente kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie van de databank, dan wel 2.) in het licht van het doel dat de rechthebbende en zijn contractpartner voor ogen hadden op het ogenblik dat zij een overeenkomst afsloten rond de betrokken databank. Ook hier gaan de onderscheiden standpunten in deze discussie daarbij dan in wezen terug op de hierboven beschreven onderscheiden opvattingen rond het juridische concept dat de betrokken uitdrukkelijke beperking beheerst en rond de grondslag, in het kader van deze beperking, voor de mogelijkheid van de rechtmatige gebruiker om over te gaan tot een ‘normaal gebruik’. Het standpunt dat, ook in het licht van de betrokken beperking binnen het databanken-auteursrecht, de uiteindelijke grondslag voor de mogelijkheid van de ‘rechtmatige gebruiker’ om over te gaan tot ‘toegang en normaal gebruik’ nog steeds moet kunnen afgeleid worden uit een initiële licentieovereenkomst met de rechthebbende, zij het dan een licentieovereenkomst die daarbij eventueel bijgestuurd of teweeggebracht is door de betrokken uitdrukkelijke beperking, leidt daarbij in de regel opnieuw tot de volgende analyse: dat de afbakening van een ‘normaal gebruik’ van een databank, in de zin van deze beperking, zich dient te richten naar het doel dat de rechthebbende en zijn contractpartner voor ogen hadden bij hun overeenkomst rond deze databank²⁰⁵⁴. De opvatting dat de betrokken beperking binnen het databanken-auteursrecht zelf, een autonome grondslag levert voor de mogelijkheid van de ‘rechtmatige gebruiker’ om over te gaan tot ‘toegang en normaal gebruik’, voert daarentegen ook hier meestal tot het volgend besluit: dat de afbakening van een ‘normaal gebruik’ van een databank, in de zin van deze beperking, zich dient te richten naar objectieve criteria, in het bijzonder, zoals aangegeven, de inherente kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie van de databank²⁰⁵⁵.

ist, erscheint die explizite Klarstellung überflüssig.”) en T. DREIER, “UrhG § 55 a Benutzung eines Datenbankwerkes” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 9.

²⁰⁵¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: S. LÜFT, “UrhG § 55 a Benutzung eines Datenbankwerkes” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 7.

²⁰⁵² Zie in dit verband bijvoorbeeld: T. DREIER, “UrhG § 55 a Benutzung eines Datenbankwerkes” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 7 (“Zugang ist die Möglichkeit, auf den Inhalt der Datenbank Zugriff zu nehmen.”) en M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 115-116 (Die aangeeft dat handelingen verrichten die noodzakelijk zijn om toegang te krijgen tot een databank bijvoorbeeld kan slaan op ‘browsen’).

²⁰⁵³ Vergelijk echter ook: S. CHALTON, “The Copyright and Rights in Databases Regulations 1997: Some Outstanding Issues on Implementation of the Database Directive”, *E.I.P.R.*, 1998, p. 178 (“... ‘use’ of a database may have a variety of meanings: it may mean searching a database, storing material in a database, extracting material from a database, accessing a database, re-using or re-utilising a database, or drawing negative conclusions from a database. Here, there is potential uncertainty as to the meaning of use.”).

²⁰⁵⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: J. GASTER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken. Kommentar zur Richtlinie 96/6/EG mit Erläuterungen zur Umsetzung in das deutsche und österreichische Recht*, Keulen, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1999, p. 96.

²⁰⁵⁵ De meeste auteurs zijn hierbij echter voorzichtig gezien de uitdrukkelijk verwijzing naar de licentieovereenkomst in overweging 34 van de Richtlijn Databanken. In de zin dat objectieve criteria een rol spelen bijvoorbeeld: T. DREIER, “UrhG § 55 a Benutzung eines Datenbankwerkes” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 7 (“Was als Nutzung üblich ist, lässt sich nicht generalisieren, sondern hängt von der Art des Datenbankwerkes und den mit der Benutzung verfolgten Zwecken ab. Nicht entscheidend sein kann freilich eine Übung, die sich entgegen der Zweckbestimmung eingebürgert hat (...).”) en H. HABERSTUMPF, “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz”, *GRUR* 2003, p. 24 (“Welche Handlungen dem rechtmäßigen Benutzer im Einzelnen mindestens erlaubt sein müssen, insbesondere was als übliche Benutzung zu gelten hat, wird vom Gesetzgeber nicht näher definiert. Eingebürgerte Unsitten können jedenfalls nicht gemeint sein. Ebenso ist klar, dass die übliche Benutzung nicht generell und einzelfallunabhängig festgelegt werden kann. Man wird vielmehr darauf abstellen müssen, welcher Art die

Bij het databankenrecht *sui generis*, ten slotte, is op te merken dat dit de ‘rechtmatige gebruiker’ enkel de handelingen ‘vrijstelt’ die in beginsel de rechthebbende voorbehouden zijn *in zoverre* deze handelingen betrekking hebben op, in kwalitatief of kwantitatief opzicht, niet-substantiële delen van de inhoud van de beschermde ‘databank’, zij het weliswaar zonder beperking van het met deze handelingen nagestreefde doel²⁰⁵⁶. Ook het databankenrecht *sui generis* stelt daarbij uitdrukkelijk dat elk contractueel beding dat strijdig is met deze beperking, nietig is²⁰⁵⁷. Wel is het hier eveneens zo dat indien de ‘rechtmatige gebruiker’ slechts de toestemming heeft om enkel een deel van de databank op te vragen of te hergebruiken, deze enkel een beroep kan doen op deze beperking voor dat deel²⁰⁵⁸.

Het databankenrecht *sui generis* geeft dus aan dat de eigenlijke reikwijdte van zijn uitdrukkelijke beperking rond opvragen en hergebruiken van ‘niet-substantiële delen’ voor de ‘rechtmatige gebruiker’ bepaald is door de volgende factoren: 1.) de afbakening van in kwalitatief of kwantitatief opzicht niet-substantiële delen van de inhoud van een databank en 2.) het feit of de rechthebbende de ‘rechtmatige gebruiker’ enkel toestemming gaf om slechts een deel van de betrokken databank op te vragen of te hergebruiken. Deze parameters die het databankenrecht *sui generis* uitdrukkelijk aanhaalt om de reikwijdte af te bakenen van zijn uitdrukkelijk beperking rond ‘gebruik van niet-substantiële delen’ geven daarbij op zich weinig aanleiding tot bijkomende discussies, naast deze die aan de orde zijn bij het bepalen van in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantiële delen van de inhoud van een databank bij de afbakening van het ‘object’.

Het grote strijdpunt in het kader van de uitdrukkelijke beperking die het databankenrecht *sui generis* voorziet rond opvragen en hergebruiken van ‘niet substantiële delen’ is echter of deze beperking de ‘rechtmatige gebruiker’ ook de mogelijkheid garandeert tot een ‘normaal gebruik’ van de databank ongeacht ‘technische toevalligheden’. Bij deze discussie spelen de volgende elementen een rol.

Een eerste element is de vaststelling dat de hoeveelheid databank-elementen waarrond een gebruiker van een databank een handeling wil verrichten, niet de enige, determinerende factor is voor de hoeveelheid databank-elementen waarrond bij de uitvoering van deze handeling een duplicatie zal plaatsvinden. De hoeveelheid databank-elementen waarrond de uitvoering van een handeling duplicaties vraagt is in deze context ook afhankelijk van het concreet toegepaste databankmodel en het daaraan gekoppelde ‘fysische ontwerp’ van de databank. Vraagt de door de gebruiker gevraagde handeling bijvoorbeeld een bewerking van data waarrond, ten gevolge van het fysische ontwerp, een sequentiële toegang bestaat, dan impliceert dit concreet dat het ‘databankmanagementsysteem’ binnen het geheugen alle opeenvolgende data moet ‘lezen’, en dus dupliceren, tot het de gewenste data bereikt heeft. Vraagt de handeling daarentegen bijvoorbeeld een bewerking van data waarrond het fysische ontwerp een directe toegang voorzien heeft, dan houdt dit in dat het ‘databankmanagementsysteem’ daarbij binnen het geheugen enkel de gewenste data moet ‘lezen’ en dus ‘dupliceren’²⁰⁵⁹. Er is dus rekening mee te houden dat, onder omstandigheden, de uitvoering van een handeling die een gebruiker van een databank wenst te verrichten rond een in kwalitatief of kwantitatief opzicht niet-substantieel deel van de inhoud van een databank, technisch gezien eventueel duplicaties kan vereisen rond een in kwalitatief of kwantitatief substantieel deel van de inhoud van een databank.

Een tweede element is dan dat het databankenrecht *sui generis*, in tegenstelling tot het databanken-auteursrecht en het computerprogramma-auteursrecht, geen uitdrukkelijke beperking voorziet die zich richt naar de aard van het gebruik door de ‘rechtmatige gebruiker’, bijvoorbeeld de aard ervan als een ‘normaal gebruik’, maar integendeel enkel een uitdrukkelijke, dwingende beperking bepaalt die zijn ‘vrijstelling’ voor de ‘rechtmatige gebruiker’ in wezen richt naar de vraag of handelingen betrekking hebben op een substantieel dan wel een niet-substantieel deel

Datenbank ist, für welche Zwecke - private oder gewerbliche - sie eingesetzt werden soll und um welche Abnehmer es sich handelt, etwa um ein Unternehmen, bei dem sich die Notwendigkeit der Mehrplatznutzung ergibt, oder um eine Einzelperson. Was übliche Nutzung ist, wird sich somit nicht ohne Berücksichtigung der zwischen den Beteiligten bestehenden vertraglichen Beziehungen bestimmen lassen.”)

²⁰⁵⁶ Zie: art. 8.1. Richtlijn Databanken en art. XI.311., lid 1 WER (oud art. 8, lid 1 Wet Databanken).

²⁰⁵⁷ Zie in dit verband: art. 15 Richtlijn Databanken en art. XI.314. WER (oud art. 11 Wet Databanken).

²⁰⁵⁸ Zie: art. 8.1., *in fine* Richtlijn Databanken en art. XI.311., lid 2 WER (oud art. 8, lid 2 Wet Databanken).

²⁰⁵⁹ Voor een uitgebreide analyse in dit verband verwijzen we naar: M. GRÜTZMACHER, *Urheber-, Leistungs- und Sui-generis-Schutz von Datenbanken. Eine Untersuchung des europäischen, deutschen und britischen Rechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p.66-70 (met name het onderdeel “Kopiervorgänge bei der Benutzung von Datenbanken”).

van de inhoud van de databank. In principe houdt dit dus ook in dat de ‘rechtmatige gebruiker’ geen beroep kan doen op de betrokken uitdrukkelijke beperking die het databankenrecht *sui generis* voorziet rond ‘opvragen en hergebruiken van niet-substantiële delen’, indien de uitvoering van de handeling die hij op het oog heeft rond een in kwalitatief of kwantitatief opzicht niet-substantieel deel van de inhoud van een databank, technisch gezien duplicaties vereist rond een in kwalitatief of kwantitatief substantieel deel van de inhoud van een databank die kwalificeren als een ‘opvragen’ dan wel eventueel een ‘hergebruiken’.

In het licht van de beide, zonet vermelde elementen komt sommige rechtsleer tot de conclusie dat het databankenrecht *sui generis* nu eenmaal niet voor ogen heeft om de ‘rechtmatige gebruiker’ een ‘normaal gebruik’ te garanderen maar enkel om de ‘rechtmatige gebruiker’ een ‘vrijstelling’ te verlenen rond handelingen met betrekking tot in kwalitatief of kwantitatief opzicht niet-substantieel deel van de inhoud van een databank²⁰⁶⁰. Dat de concrete grenzen van deze ‘vrijstelling’ afhankelijk kunnen zijn van de technische werkwijze van de betrokken concrete databank is volgens deze auteurs te aanvaarden²⁰⁶¹. Een belangrijk argument voor dit standpunt is dan met name dat het concept van de uitdrukkelijke beperking die het databankenrecht *sui generis* bepaalt rond ‘opvragen en hergebruiken van niet-substantiële delen’ nu een maal als volgt te verstaan is: het gaat bij deze beperking niet om ‘licentiecontracten’-recht of een wettelijk licentie die de ‘rechtmatige gebruiker’ een bepaalde bevoegdheid verleent maar enkel om het expliciteren van een limiet van de bevoegdheid van de betrokken rechthebbende die niet alleen aan de orde is tegenover de ‘rechtmatige gebruiker’ maar tegenover iedereen²⁰⁶².

Andere rechtsleer acht het, rekening houdend met de beide, zonet vermelde elementen, daarentegen aangewezen om aan te nemen dat het databankenrecht *sui generis* een ‘rechtmatige gebruiker’ wel een mogelijkheid garandeert tot het ‘normaal gebruik’ van een databank die niet per se moet wijken voor de hoeveelheid duplicaties die in een concreet geval technisch gezien nodig zijn voor de uitvoering van dit ‘normale gebruik’. Sommige auteurs pleiten in dit verband om een toepassing naar analogie te maken van de uitdrukkelijke beperking die het databanken-auteursrecht voorziet rond ‘normaal gebruik’²⁰⁶³. Daarnaast, is er ook nog het argument dat in dit verband rekening te houden is met de volgende, aan ‘object-relevantie’ gerelateerde, inherente limiet van de categorieën voorbehouden handeling ‘opvragen’ en ‘hergebruiken’: een zintuiglijk waarneembare handeling kan pas kwalificeren als een ‘opvragen’ of een ‘hergebruiken’ indien deze ook aanleiding geeft tot een zelfstandige, bijkomende mogelijkheid om, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomeen te genieten die teruggaan op het bescherming motiverende ‘resultaat van inspanningen’²⁰⁶⁴. Concreet geven de technische duplicaties bij de uitvoering van handelingen rond niet-substantiële delen van de inhoud van een ‘databank’ dus geen aanleiding tot een aan de rechthebbende voorbehouden ‘opvragen’ en ‘hergebruiken’ in zoverre deze duplicaties, ook betreffen zij substantiële-delen, niet leiden tot een zelfstandige, bijkomende mogelijkheid om op grond van substantiële-delen, behoeftebevredigende bewustzijnsfenomeen te genieten die teruggaan op het bescherming motiverende ‘resultaat van inspanningen’.

3.4.3. De wenselijkheid van de specialisatie

²⁰⁶⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: D. THUM, “UrhG § 87c Schranken des Rechts des Datenbankherstellers” in A. WANDTKE en W. BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2008, Nr. 47 en M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 189-192.

²⁰⁶¹ Zie in die zin: M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p. 191.

²⁰⁶² Uitdrukkelijk: M. LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, p.191-192 (“Mit anderen Worten sorgt Art. 8 Abs. 1 RL lediglich dafür, daß der Datenbankhersteller einem berechtigten Benutzer nichts vertraglich untersagen kann, was er jedem anderen Benutzer auch aus seinem Ausschließlichkeitsrecht nicht verbieten könnte.”)

²⁰⁶³ Zie in die zin bijvoorbeeld: P. RAUE en V. BENSINGER, “Umsetzung des sui-generis-Rechts an Datenbanken in den §§ 87 a ff. UrhG”, *MMR* 1998, p. 511.

²⁰⁶⁴ Zie in die richting bijvoorbeeld: T. DREIER, “UrhG § 87 c Schranken des Rechts des Datenbankherstellers” in T. DREIER en SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 1.

Op grond van de vorige twee onderdelen, bespreken we nu of de wenselijkheid van de ‘specialisatie’, die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren, inderdaad hieruit kan volgen: hun verschillende aanpak, in vergelijking met het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, specifiek op het vlak van het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een ‘*gebruikmaken*’, bestaande ‘consumptieketens’ **voortzetten** rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen. Daarbij geven we dus, zoals gezegd, met name aan of deze *sui generis* intellectuele rechten er op dit punt een verschillende aanpak op nahouden die, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, als volgt te analyseren is: als een, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, wenselijke specialisatie op het vlak van het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht.

Onze bespreking in dit verband omvat daarbij opnieuw twee fasen. Eerst (A.) inventariseren we de verschillen die vast te stellen zijn tussen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, enerzijds, en het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, anderzijds, op het vlak van het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een ‘*gebruikmaken*’, bestaande ‘consumptieketens’ voortzetten rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen. Daarna (B.) bespreken we dan of de vastgestelde verschillen op dit vlak, binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, duiden op een wenselijke specialisatie door de betrokken *sui generis* intellectuele rechten.

A. Vaststelling verschillen

In het licht van wat hierboven aan bod kwam, stellen we vast dat doorheen het octrooirecht, het auteursrecht, het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ en de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, sterk verschillende benadering terug te vinden zijn op het vlak van het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een ‘*gebruikmaken*’, bestaande ‘consumptieketens’ **voortzetten** rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen. De meest wezenlijke verschillen hierbij zijn dan met name of de betrokken beschermingsregelingen:

- **überhaupt een bevoegdheid** verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een ‘*gebruikmaken*’, ‘consumptieketens’ voortzetten rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen;
- zich **beperken tot** het verlenen van een **bevoegdheid** over zintuiglijk waarneembare handelingen die door een ‘*gebruikmaken*’ een *bestaande*, alternatieve ‘consumptieketen’ voortzetten rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan dit bescherming motiverende resultaat van inspanningen ten aanzien van die zintuiglijk waarneembare manifestaties onder hun bescherming die **‘in het verkeer’ gebracht** werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met de toestemming van de betrokken rechthebbende of belanghebbende producent;
- dan wel **ook** een zekere **bevoegdheid** verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een ‘*gebruikmaken*’, de ‘consumptieketen’ voortzetten rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, ten aanzien van ten aanzien van die zintuiglijk waarneembare manifestaties onder hun bescherming die **‘in het verkeer’ gebracht** werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met de toestemming van de betrokken rechthebbende of belanghebbende producent;

Rond het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ menen we dan te kunnen vaststellen dat dit uiteindelijk slechts een beperkte basis biedt om op te treden tegen zintuiglijk waarneembare handelingen die ‘consumptieketens’ voortzetten door een ‘*gebruikmaken*’. Uit wat hierboven aan bod kwam, blijkt volgens ons, dat niet geheel uit te sluiten is dat het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, in het licht van zijn typische toetsing rond de begeleidende omstandigheden van een ‘handelspraktijk’, een optreden toelaat tegen ‘handelspraktijken’ die

alternatieve ‘consumptieketens’ voortzetten door een ‘gebruikmaken’, *naast* de ‘consumptieketens’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen van de belanghebbende producent, ten aanzien van die incorporaties van dit ‘resultaat’ van inspanningen die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met de toestemming van deze belanghebbende producent. Rond vele zintuiglijk waarneembare handelingen die de zonet aangehaalde rol vervullen in het voortzetten van ‘consumptieketens’ zal het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ echter geen optreden toelaten omdat in het licht van de betrokken zintuiglijk waarneembare handelingen geen sprake is van ‘handelspraktijken’ die schade veroorzaken of dreigen te veroorzaken aan de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen. Op grond van de bespreking hierboven, is naar onze mening bovendien ook aan te nemen dat het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, bij gebrek aan het steunen op een relevant ‘kopiëren’, geen optreden toelaat tegen ‘handelspraktijken’ die een loutere voortzetting door een ‘gebruikmaken’ inhouden van de bestaande ‘consumptieketens’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen van de belanghebbende producent, ten aanzien van die incorporaties van dit ‘resultaat’ van inspanningen die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met de toestemming van deze belanghebbende producent.

Het octrooirecht blijkt op het vlak van het verlenen van een bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare handelingen die ‘consumptieketens’ voortzetten door een ‘gebruikmaken’ vrij duidelijk te opteren voor een aanpak die een onderscheid maakt naargelang het daarbij gaat om zintuiglijk waarneembare handelingen die: 1.) te situeren zijn binnen ‘consumptieketens’ ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die met de toestemming van de betrokken rechthebbende ‘in het verkeer’ kwamen dan wel 2.) te situeren zijn binnen alternatieve ‘consumptieketens’ ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’.

Enerzijds, observeren we daarbij immers dat de categorie voorbehouden handelingen ‘gebruiken’ van een voortbrengsel de rechthebbende uiteindelijk consequent een exclusieve bevoegdheid verleent over zintuiglijk waarneembare handelingen die *alternatieve* ‘consumptieketens’ voortzetten door een ‘gebruikmaken’, *naast* de ‘consumptieketens’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan de ‘uitvinding’ van de rechthebbende, ten aanzien van die incorporaties van deze ‘uitvinding’ die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met de toestemming van deze rechthebbende.

Anderzijds, stellen we echter ook vast dat het octrooirecht er, in het bijzonder via twee mechanismen, vrij consequent over waakt om de rechthebbende geen exclusieve bevoegdheid te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die een loutere voortzetting door een ‘gebruikmaken’ inhouden van de bestaande ‘consumptieketens’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan zijn ‘uitvinding’, ten aanzien van die incorporaties van deze ‘uitvinding’ die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met zijn toestemming. Deze twee mechanismen zijn: 1.) de toepassing van de inherente limiet van de ‘uitputtingsregel’ ten aanzien van de categorie voorbehouden handelingen ‘gebruiken’ van een voortbrengsel en 2.) een passende afstelling van de categorieën voorbehouden handelingen waarop de ‘uitputtingsregel’ niet van toepassing is.

Het eerste mechanisme om te vermijden dat de exclusieve bevoegdheid van de betrokken rechthebbende zich uitstrekt tot zintuiglijk waarneembare handelingen die, binnen de betrokken consumptieketen, een dergelijk ‘gebruikmaken’ inhouden van de incorporaties van de ‘uitvinding’ die deze rechthebbende met zijn toestemming in het verkeer bracht, is dus de toepassing van de inherente limiet van de ‘uitputtingsregel’ ten aanzien van de categorie voorbehouden handelingen ‘gebruiken’ van een voortbrengsel. De consequentie waarmee het octrooirecht via deze ‘uitputtingsregel’ voor een vrijstelling zorgt van het ‘gebruikmaken’ binnen de ‘consumptieketens’ ten aanzien van de incorporaties van de ‘uitvinding’ die de rechthebbende met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht, wordt hierbij dan met name opnieuw in de hand gewerkt door verschillende factoren.

De eerste factor is opnieuw de opvatting dat het octrooirecht, zoals aangegeven, aanvaardt dat reeds sprake is van het voor het intreden van ‘uitputting’ vereiste ‘in het verkeer brengen’ van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ met de toestemming van de betrokken rechthebbende, van zodra het volgende geldt: de rechthebbende stemt toe met de afgifte van zijn feitelijke macht over de betrokken incorporatie van zijn ‘uitvinding’ aan een andere persoon. Deze opvatting maakt het met name onmogelijk voor de betrokkende rechthebbende om door de juridische kwalificatie van de overeenkomst die de afgifte regelt van zijn feitelijke macht over een incorporatie van de ‘uitvinding’ – bijvoorbeeld een kwalificatie als ‘verhuren’ – alsnog, op grond van het

octrooirecht, een controle te verkrijgen over zintuiglijk waarneembare handelingen die in wezen een louter ‘gebruikmaken’ inhouden binnen de bestaande ‘consumptieketen’ ten aanzien van de door hem afgegeven incorporatie van de ‘uitvinding’.

De tweede factor die de zonet vermelde consequentie in de hand werkt van de betrokken vrijstelling op grond van de ‘uitputtingsregel’ is dan met name opnieuw de opvatting die, in de betrokken discussie hierrond, aanneemt dat de geschiktheid van een incorporatie van de ‘uitvinding’ om te circuleren in het handelsverkeer ook maakt dat sprake is van een ‘voortbrengsel’ waarrond ‘uitputting’ kan intreden. Deze opvatting zorgt er immers voor dat telkens als er binnen de ‘consumptieketen’ ten aanzien van de door de rechthebbende of met zijn toestemming ‘in het verkeer’ gebrachte incorporaties van de ‘uitvinding’, een daadwerkelijke mogelijkheid bestaat om zintuiglijk waarneembare handelingen te stellen die een ‘gebruikmaken’ inhouden van deze incorporaties er ook steeds een mogelijkheid is om voor het stellen van deze handelingen, in beginsel, een beroep te doen op de toepassing van de ‘uitputtingsleer’.

De derde factor is dan dat het intreden van ‘uitputting’ binnen het octrooirecht zich ook uitstrekt tot alle categorieën voorbehouden handelingen waaraan de rechthebbende een directe controle had kunnen ontlenuen over zintuiglijk waarneembare handelingen die een loutere voortzetting door een ‘gebruikmaken’ inhouden van de bestaande ‘consumptieketen’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan zijn ‘uitvinding’, ten aanzien van die incorporaties van deze ‘uitvinding’ die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met zijn toestemming.

De vierde factor is dan dat de rechthebbende het intreden van ‘uitputting’ rond de categorie voorbehouden handelingen ‘gebruiken’ niet langs contractuele weg kan verhinderen en geen intellectueelrechtelijke bevoegdheid kan ‘herwinnen’ over een dergelijk ‘gebruiken’ via een contract dat de gevolgen van de ‘uitputtingsleer’ wenst ongedaan te maken, net omdat ‘uitputting’ een inherente limiet uitmaakt van de bevoegdheid die het octrooirecht verleent rond de categorie voorbehouden handelingen ‘gebruiken’. Dit houdt dan, in beginsel, concreet in dat indien de betrokken rechthebbende via een contract restricties oplegt aan zijn contractspartner rond het stellen, ten aanzien van een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ waarrond uitputting intrad, van zintuiglijk waarneembare handelingen die, op grond van hun kenmerken, onder de categorie voorbehouden handelingen ‘gebruiken’ hadden kunnen vallen, deze restricties geen *erga omnes* werking kunnen ontlenuen aan het feit dat de rechthebbende door het opleggen van deze restricties zijn intellectueelrechtelijke bevoegdheid uitoefent. Het opleggen van deze restricties situeert zich integendeel buiten de inherente limieten van zijn intellectueelrechtelijke bevoegdheid.

Het tweede mechanisme om te vermijden dat de exclusieve bevoegdheid van de betrokken rechthebbende zich uitstrekt tot zintuiglijk waarneembare handelingen die, binnen de betrokken consumptieketen, een dergelijk ‘gebruikmaken’ inhouden van de incorporaties van de ‘uitvinding’ die deze rechthebbende met zijn toestemming in het verkeer bracht, biedt zich dan met name opnieuw aan naarmate aanvaard wordt dat zintuiglijk waarneembare handelingen pas onder de categorieën voorbehouden handelingen kunnen vallen waarop de ‘uitputtingsregel’ niet van toepassing is, indien deze zintuiglijk waarneembare handelingen ook aanleiding geven tot een bijkomende, zelfstandige mogelijkheid om de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten die te danken zijn aan de uitvinding. Deze opvatting laat dan met name toe om in dit geval aan te nemen dat deze categorieën voorbehouden handelingen niet als aanknopingspunt kunnen dienen voor de rechthebbende om, alsnog, zintuiglijk waarneembare handelingen te controleren die inderdaad een loutere voortzetting door een ‘gebruikmaken’ inhouden van de bestaande ‘consumptieketen’ ten aanzien van die incorporaties van de ‘uitvinding’ die hij met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht. Bij een dergelijk louter ‘gebruikmaken’ gaat het, zoals aangegeven, immers om zintuiglijk waarneembare handelingen die geen aanleiding geven tot een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen van de rechthebbende, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van dit ‘resultaat’ van inspanningen, die deze rechthebbende met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken.

Rond het auteursrecht en de *sui generis* intellectuele rechten rond computerprogramma’s en databanken stellen we vast dat hun aanpak op het vlak van het verlenen van een bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare handelingen die ‘consumptieketen’ voortzetten door een ‘gebruikmaken’, vaak sterk afhankelijk is van de gehanteerde

interpretatie van hun bepalingen en beginselen. In het licht van veel van de interpretaties die in dit verband verdedigd worden, blijken deze intellectuele rechten dan, op het vlak van het verlenen van een bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare handelingen die ‘consumptieketens’ voortzetten door een ‘gebruikmaken’, slechts in beperkte mate te opteren voor een aanpak die een duidelijk onderscheid maakt naargelang het daarbij gaat om zintuiglijk waarneembare handelingen die: 1.) te situeren zijn binnen ‘consumptieketens’ ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ die met de toestemming van de betrokken rechthebbende in het verkeer kwamen dan wel 2.) te situeren zijn binnen alternatieve ‘consumptieketens’ ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’.

In de eerste plaats, observeren we immers dat, doorheen de verschillende interpretaties van de betrokken bepalingen en beginselen van het auteursrecht en de *sui generis* intellectuele rechten rond computerprogramma’s en databanken, deze intellectuele rechten er niet steeds consequent toe overgaan om de betrokken rechthebbende een bevoegdheid te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een ‘gebruikmaken’, ‘consumptieketens’ voortzetten rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’. De verklaring hiervoor is dan in wezen dat de betrokken intellectuele rechten, zoals aangegeven, *geen* categorie voorbehouden handelingen ‘gebruiken’ voorzien om steeds een *directe controle* te verschaffen over zintuiglijk waarneembare handelingen met de zonet aangehaalde rol in het voortzetten van ‘consumptieketens’ maar *enkel* een *indirecte controle* verschaffen rond dergelijke zintuiglijk waarneembare handelingen naarmate zij onder de andere categorieën voorbehouden handelingen vallen die ze wel voorzien. In zoverre het auteursrecht bijvoorbeeld op de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’ terugvalt om de rechthebbende al dan niet een indirecte controle te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een ‘gebruikmaken’, ‘consumptieketens’ voortzetten ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, is de mate waarin het auteursrecht de rechthebbende langs deze weg een controle verschaft over zintuiglijk waarneembare handelingen met die rol in het voortzetten van ‘consumptieketens’ *de facto* sterk verschillend naargelang het gaat om het stellen van dergelijke zintuiglijk waarneembare handelingen door middel van computersystemen, waar het stellen van dergelijke handelingen inherent gepaard gaan met duplicaties – denk aan het lezen van een E-book –, dan wel, buiten de context van computersystemen, waar het stellen van dergelijke handelingen meestal geen duplicaties vraagt – denk aan het lezen van een papieren exemplaar van een roman.

In de tweede plaats, stellen we dan ook vast dat, doorheen de verschillende interpretaties van de betrokken bepalingen en beginselen, het auteursrecht en de *sui generis* intellectuele rechten rond computerprogramma’s en databanken, deze intellectuele rechten vaak niet steeds consequent het volgende doen: in zoverre zij de betrokken rechthebbende dan inderdaad een bevoegdheid verlenen over bepaalde zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een ‘gebruikmaken’, ‘consumptieketens’ voortzetten rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, er ook steeds over waken dat deze rechthebbende daarbij niettemin geen bevoegdheid toekomt om zintuiglijk waarneembare handelingen te controleren die een dergelijke voortzetting door een ‘gebruikmaken’ inhouden van de bestaande ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, ten aanzien van die incorporaties van het bescherming motiverende resultaat van inspanningen die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met zijn toestemming. Deze vaststelling is daarbij met name aan de orde in het licht van de uiteenlopende interpretaties die verdedigd worden rond de uitdrukkelijke beperkingen die het auteursrecht en de *sui generis* intellectuele rechten rond computerprogramma’s en databanken voorzien rond het vrijstellen van, respectievelijk, een ‘rechtmatig gebruik’, een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ en een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen’. In dit verband heeft de rechtsleer inderdaad reeds terecht opgemerkt dat de keuze die intellectuele rechten maken tussen onderscheiden concrete juridische concepten om het ‘eigenlijke gebruik’ van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’, tot op zeker hoogte buiten de bevoegdheid te houden van de betrokken rechthebbende, vaak belangrijke implicaties heeft²⁰⁶⁵. Doorheen het

²⁰⁶⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld uitdrukkelijk: S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 364 (“... *l'immunisation des actes d'utilisation finale et privée par le jeu d'une exception et non comme conséquence de la définition de l'étendue du droit exclusif n'est pas neutre.*”).

auteursrecht en de *sui generis* intellectuele rechten rond computerprogramma's en databanken menen we dat in dit verband een belangrijke breuklijn loopt naargelang de zonet aangehaalde uitdrukkelijke beperkingen rond de betrokken categorieën voorbehouden handelingen, zoals aangegeven, begrepen worden: 1.) als, in zoverre toepasselijk, uitzonderingen, 'licentiecontracten-recht' of wettelijke licenties dan wel 2.) als de uitdrukking van de inherente limieten van deze categorieën voorbehouden handelingen.

Vanuit de hierboven besproken interpretaties van de uitdrukkelijke beperkingen die het auteursrecht en de *sui generis* intellectuele rechten rond computerprogramma's en databanken voorzien rond het vrijstellen van, respectievelijk, een 'rechtmatig gebruik', een 'gebruik voor het beoogde doel', een 'normaal gebruik' en een 'opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen', als – in zoverre toepasselijk – uitzonderingen, 'licentiecontracten-recht' of wettelijke licenties, komen we dan immers tot de volgende vaststelling: met deze uitdrukkelijke beperkingen bieden de betrokken intellectuele rechten telkens slechts een eerder precaire basis om er over te waken dat zij de betrokken rechthebbende geen bevoegdheid verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die louter de voortzetting door een 'gebruikmaken' inhouden van de 'consumptieketens' rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, ten aanzien van die incorporaties die 'in het verkeer' gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met de toestemming van deze rechthebbende.

In de opvatting dat de zonet aangehaalde uitdrukkelijke beperkingen te verstaan zijn als uitzonderingen, 'licentiecontracten-recht' dan wel wettelijke licenties ligt immers telkens ook impliciet de analyse vervat dat, zonder de specifieke vrijstelling die deze beperkingen formuleren, de rechthebbende, in beginsel, dus wel degelijk een exclusieve bevoegdheid kan ontlene aan de betrokken intellectuele rechten over de door deze beperkingen aangeduide handelingen van 'gebruikmaken', ook al gaat het daarbij dan om zintuiglijk waarneembare handelingen die het zonet gepreciseerde 'gebruikmaken' inhouden van met toestemming van de rechthebbende 'in het verkeer' gebracht zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object'. In zoverre de betrokken uitdrukkelijke beperkingen, zoals de uitdrukkelijk beperking rond 'gebruik voor het beoogde doel' in het computerprogramma-auteursrecht, bijvoorbeeld een mogelijkheid voorzien om er contractueel van af te wijken, betekent de interpretatie van deze beperkingen als uitzondering, 'licentiecontracten-recht' of wettelijke licentie, zoals aangegeven, dan in beginsel ook het volgende: dat de betrokken rechthebbende via een dergelijk afwijkend contract – steunend op zijn via deze afwijking 'herwonnen' intellectueelrechtelijke bevoegdheid – restricties kan opleggen met *erga omnes* werking rond het stellen van de door deze beperkingen aangeduide handelingen van 'gebruikmaken', ook al gaat het daarbij om handelingen ten aanzien van met toestemming van de rechthebbende 'in het verkeer' gebracht zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het 'object'. Rond een interpretatie van de betrokken uitdrukkelijke beperkingen als uitzonderingen heeft de rechtsleer er ook reeds op gewezen dat dit hun toepasselijkheid minder zeker maakt en er toe aanzet om hun reikwijdte enger te zien. Een interpretatie als uitzondering houdt volgens de betrokken auteurs immers in dat de toepassing van deze beperkingen onderworpen is aan de zogeheten drie-stappen-toets en dat hun reikwijdte, zoals volgend hen algemeen geldt voor uitzonderingen, beperkend te interpreteren is²⁰⁶⁶.

Ten slotte, is op te merken dat met name een interpretatie van de betrokken uitdrukkelijke beperkingen die de *sui generis* intellectuele rechten rond computerprogramma's en databanken voorzien rond het vrijstellen van, respectievelijk, een 'gebruik voor het beoogde doel', een 'normaal gebruik' en een 'opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen', als 'licentiecontracten-recht' er toe aanzet om in deze uitdrukkelijke beperkingen meer aanknopingspunten te zien die de rechthebbende toelaten om alsnog zintuiglijk waarneembare handelingen te controleren die strikt genomen nochtans louter de voortzetting door een 'gebruikmaken' inhouden van de 'consumptieketens' rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, ten aanzien van die incorporaties die 'in het verkeer' gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met de toestemming van deze rechthebbende. In de eerste plaats is het met name binnen deze interpretatie van de betrokken uitdrukkelijke beperking als 'licentiecontracten-recht' dan niet ongebruikelijk om aan te nemen dat de sleutel tot de mogelijkheid om deze uitdrukkelijke beperkingen te kunnen invoeren, het verkrijgen van de hoedanigheid van 'rechtmatig verkrijger' of een 'rechtmatig gebruiker', enkel

²⁰⁶⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 364 e.v..

weggelegd is voor een licentienemer. In zoverre de rechthebbende dan kan beslissen wie licentienemer wordt, geeft dit hem dan ook een aanknopingspunt om er voor te zorgen dat de betrokken uitdrukkelijke beperking niet consequent toepassing vindt op alle zintuiglijk waarneembare handelingen – maar integendeel hoogstens op deze gesteld door een licentienemer – die louter de voortzetting door een ‘gebruikmaken’ inhouden van de ‘consumptieketens’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, ten aanzien van die incorporaties die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met de toestemming van deze rechthebbende. In de tweede plaats is het ook met name binnen deze interpretatie van de betrokken uitdrukkelijke beperking als ‘licentiecontracten-recht’ niet ongebruikelijk om aan te nemen dat de invulling van het door deze beperkingen vrijgestelde ‘gebruik voor het beoogde doel’ of ‘normaal gebruik’ zich richt naar de wil van de betrokken rechthebbende. Ook deze invulling van de noties ‘gebruik voor het beoogde doel’ of ‘normaal gebruik’ biedt de rechthebbende dan een aanknopingspunt om er voor te zorgen dat de betrokken uitdrukkelijke beperking niet consequent toepassing vindt op alle zintuiglijk waarneembare die louter de voortzetting door een ‘gebruikmaken’ inhouden van de ‘consumptieketens’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, ten aanzien van die incorporaties die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met de toestemming van deze rechthebbende.

In het licht van de interpretatie daarentegen van de uitdrukkelijke beperkingen die het auteursrecht en de *sui generis* intellectuele rechten rond computerprogramma’s en databanken voorzien rond het vrijstellen van, respectievelijk, een ‘rechtmatig gebruik’, een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ en een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen’, als beperkingen die de bestaande inherente limieten expliciteren van de bevoegdheid die deze intellectuele rechten de rechthebbende verlenen, stellen we het volgende vast: met deze uitdrukkelijke beperkingen bieden de betrokken intellectuele rechten aanknopingspunten om er meer consequent over te waken dat zij de betrokken rechthebbende geen bevoegdheid verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die louter de voortzetting door een ‘gebruikmaken’ inhouden van de ‘consumptieketens’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, ten aanzien van die incorporaties die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met de toestemming van deze rechthebbende. Hierbij herinneren we er aan dat het er binnen deze interpretatie dan met name om gaat om in de betrokken uitdrukkelijke beperkingen een explicitering te zien van de inherente limiet van de uitputtingsleer dan wel van de inherente limiet rond object-relevantie die stelt dat pas sprake kan zijn van intellectueelrechtelijke relevantie indien sprake is van een bijkomende, zelfstandige mogelijkheid om de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen te genieten die te danken zijn aan het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen.

In de interpretatie dat de zonet aangehaalde uitdrukkelijke beperkingen uitdrukking geven aan inherente limieten van de bevoegdheid die deze intellectuele rechten de rechthebbende verlenen, ligt volgens ons immers telkens ook impliciet de analyse verrat dat deze beperkingen expliciteren dat de rechthebbende, in beginsel, nooit een exclusieve bevoegdheid kan ontlend aan de betrokken intellectuele rechten over de door deze beperkingen aangeduide handelingen van ‘gebruikmaken’. In zoverre de betrokken uitdrukkelijke beperkingen, zoals de uitdrukkelijk beperking rond ‘gebruik voor het beoogde doel’ in het computerprogramma-auteursrecht, bijvoorbeeld een mogelijkheid voorzien om er contractueel van af te wijken, betekent de interpretatie van deze beperkingen als de uitdrukking van de inherente limieten van de bevoegdheid die deze intellectuele rechten de rechthebbende verlenen, dan in beginsel ook het volgende: dat de betrokken rechthebbende via een dergelijk afwijkend contract *geen* intellectueelrechtelijke bevoegdheid ‘herwint’ en dus ook enkel restricties kan opleggen rond het stellen van de door deze beperkingen aangeduide handelingen van ‘gebruikmaken’ die *inter partes* werken.

Bij een interpretatie van de zonet aangehaalde uitdrukkelijke beperkingen als de uitdrukking van de inherente limieten van de bevoegdheid die de betrokken intellectuele rechten de rechthebbende verlenen, is volgens ons dan ook aan te nemen dat de toepassing en reikwijdte van deze uitdrukkelijke beperkingen niet onderworpen is aan de zogeheten drie-stappen-toets en al evenmin aan de regel dat uitzonderingen beperkend te interpreteren zijn. Als deze uitdrukkelijke beperkingen inderdaad de inherente limieten weergeven van de bevoegdheid die de betrokken intellectuele rechten de rechthebbende verlenen, dan zijn deze uitdrukkelijke beperkingen immers te verstaan als een beschrijving van de initiële reikwijdte van deze bevoegdheid.

Daarnaast is volgens ons ook op te merken dat binnen de interpretatie van de betrokken uitdrukkelijke beperkingen die de *sui generis* intellectuele rechten rond computerprogramma’s en databanken voorzien rond het vrijstellen

van, respectievelijk, een ‘gebruik voor het beoogde doel’, een ‘normaal gebruik’ en een ‘opvraging of hergebruik van niet-substantiële delen’, als beperkingen die de bestaande inherente limieten expliciteren van de bevoegdheid die deze intellectuele rechten de rechthebbende verlenen, er een tendens bestaat om in deze uitdrukkelijke beperkingen aanwijzingen te zien die de rechthebbende consequent verhinderen om zintuiglijk waarneembare handelingen te controleren die louter de voortzetting door een ‘gebruikmaken’ inhouden van de ‘consumptieketens’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, ten aanzien van die incorporaties die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met de toestemming van deze rechthebbende. In de eerste plaats is het binnen deze interpretatie van de betrokken uitdrukkelijke beperkingen als uitdrukking van inherente limieten immers niet ongebruikelijk om aan te nemen dat de sleutel tot de mogelijkheid om deze uitdrukkelijke beperkingen te kunnen inroepen, het verkrijgen van de hoedanigheid van ‘rechtmatige verkrijger’ of een ‘rechtmatige gebruiker’, gelijkloopt met het volgende gegeven: het feit dat een persoon zintuiglijk waarneembare handelingen stelt rond een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het object die ‘in het verkeer’ gebracht werd met de toestemming van de betrokken rechthebbende. In de tweede plaats stellen we vast dat het binnen deze interpretatie van de betrokken uitdrukkelijke beperkingen als uitdrukking van inherente limieten ook niet ongebruikelijk is om aan te nemen dat de invulling van het door deze beperkingen vrijgestelde ‘gebruik voor het beoogde doel’ of ‘normaal gebruik’ zich richt naar een objectieve standaard die gelijkenissen vertoont met het volgende criterium: gaat het inderdaad om zintuiglijk waarneembare die louter de voortzetting door een ‘gebruikmaken’ inhouden van de ‘consumptieketens’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen.

Hierbij is ten slotte op te merken dat de concrete opvattingen rond de contouren van de inherente limieten van de ‘uitputtingsleer’ en ‘object-relevantie’, dan uiteraard ook bepalende zullen zijn voor de mate waarin de zonet aangehaalde uitdrukkelijke beperkingen, geïnterpreteerd als uitdrukking van deze inherente limieten, er dan inderdaad ook consequent zullen over waken om het volgende te doen: dat de betrokken intellectuele rechten de rechthebbende geen controle verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die louter de voortzetting door een ‘gebruikmaken’ inhouden van de ‘consumptieketens’ rond de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, ten aanzien van die incorporaties die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met de toestemming van deze rechthebbende, uiteindelijk af van het volgende. Consequent de zonet omschreven opdracht vervullen, vraagt volgens ons dan bijvoorbeeld concreet dat aangenomen wordt dat de toestemming van de rechthebbende rond de initiële afgifte van zijn feitelijke macht over een zintuiglijk waarneembare manifestatie binnen het ‘object’ reeds kwalificeert als een ‘in verkeer brengen’ met het oog op het intreden van ‘uitputting’²⁰⁶⁷.

Rond het chipsrecht, ten slotte, is het moeilijk om met zekerheid de aanpak in kaart te brengen die dit intellectuele recht hanteert op het vlak van het verlenen van een bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare handelingen die ‘consumptieketens’ voortzetten door een ‘gebruikmaken’. Het is volgens ons niet uit te sluiten dat het chipsrecht er voor opteert om de rechthebbende, via de categorieën voorbehouden handelingen ‘reproducen’ en ‘commercieel exploiteren’, een indirecte controle te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een ‘gebruikmaken’, ‘consumptieketens’ voortzetten rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’ en deze indirecte controle enkel bijstuurt door de specifieke uitzonderingen die het voorziet, bijvoorbeeld rond ‘reproducen’ in de privésfeer voor niet-commerciële doeleinden. Het is volgens ons echter ook eventueel verdedigbaar dat het chipsrecht er voor opteert om de rechthebbende consequent geen exclusieve bevoegdheid te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen

²⁰⁶⁷ Vergelijk met betrekking tot het belang van het criterium van een ‘in verkeer brengen’ met het oog op het intreden van uitputting, bijvoorbeeld: P. KOEHLER, *Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich*, München, Verlag C.H. Beck, 2000, p. 74 (“*Mit Hilfe des Veräußerungsbegriffs der Erschöpfung des §17 Abs. 2 UrhG bringt der Gesetzgeber das Ergebnis einer Abstrakt-generellen Abwägung zwischen dem Interesse der Allgemeinheit am freien und ungehinderten Warenverkehr und dem des Urhebers an einer umfassenden Werkverwertung zum Ausdruck. Die konkrete individuelle Interessenlage der Parteien im Zusammenhang mit dem Inverkehrbringen eines Werkgegenstandes hat für die Auslegung des Veräußerungsbegriffs keine Bedeutung. Deshalb ist die Erschöpfung des Verbreitungsrechts von den Beteiligten auch nicht abdingbar; es handelt sich um zwingendes Recht.*”).

die, door een ‘gebruikmaken’, ‘consumptieketens’ voortzetten rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het ‘object’. Om meer precieze uitspraken te doen rond de aanpak die het chipsrecht in dit verband hanteert zijn er volgens ons echter uiteindelijk te weinig gezaghebbende aanwijzingen beschikbaar rond de reikwijdte van de categorieën voorbehouden handelingen binnen het chipsrecht.

B. Evaluatie

Vervolgens evalueren we nu of de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, specifiek op het vlak van het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een ‘*gebruikmaken*’, bestaande ‘consumptieketens’ **voortzetten** rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, blijk geven van een verschillende benadering, in vergelijking met het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, waarrond het volgende geldt: binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, is dit verschil in benadering te analyseren als een mogelijk argument om de wenselijkheid te staven, van de specialisatie die deze *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht. Daarbij gaan we dus in wezen na of deze *sui generis* intellectuele rechten op dit vlak blijk geven van een verschillende inhoud of mate van precisering van gedragsvoorschriften waarvan aannemelijk is dat deze een bijdrage levert tot een meer gerechtvaardigde regeling die opweegt tegen de juridische inspanningen die deze *sui generis* intellectuele rechten veroorzaken door de hogere graad van differentiatie van gedragsvoorschriften die zij teweegbrengen binnen het intellectuele eigendomsrecht. Als referentiepunt bij deze evaluatie, richten we ons dan met name opnieuw naar de theoretische modellen van een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht die de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, zoals aangegeven, als een passende leidraad ziet voor het ingrijpen van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten. Rond het chipsrecht, computerprogramma-auteursrecht en databanken-auteursrecht gaat het daarbij dus om het theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving gebonden is aan een concrete vormgeving. In het geval van het databankenrecht *sui generis* betreft het dus het theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’.

De zonet beschreven evaluatie werken we in wat volgt nu met name uit in twee stappen. Eerst (B.1.) verduidelijken we wat geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ de aangewezen aanpak is voor de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken op het vlak van het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een ‘*gebruikmaken*’, bestaande ‘consumptieketens’ **voortzetten** rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen. Vervolgens (B.2.) bespreken we dan opnieuw wat deze analyse in het licht van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ zegt over de concrete aanpak die deze *sui generis* intellectuele rechten hanteren op dit vlak, als mogelijk argument om de wenselijkheid te staven van hun specialisatie.

B.1. Regel op grond van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’

Doorheen de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, geldt volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, zoals aangegeven, dat zij met het oog op een, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, optimaal ingrijpen, steeds als volgt te werk moeten gaan op het vlak van het verlenen van een bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een ‘gebruikmaken’, ‘consumptieketens’ voortzetten rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen:

- enerzijds moeten deze beschermingsregelingen de belanghebbende producent of rechthebbende, **steeds een bevoegdheid** verlenen die toelaat om die zintuiglijk waarneembare handelingen afhankelijk te maken van zijn toestemming die, door een ‘gebruikmaken’, *alternatieve* ‘consumptieketens’ voortzetten rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende ‘resultaat’ van zijn inspanningen, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan dit bescherming motiverende ‘resultaat’ van zijn

inspanningen ten aanzien van de incorporaties ervan die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met zijn toestemming;

- anderzijds behoren deze beschermingsregelingen de belanghebbende producent of rechthebbende, **geen bevoegdheid** te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een ‘gebruikmaken’, louter ‘consumptieketens’ voortzetten rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan zijn bescherming motiverende resultaat van inspanningen, ten aanzien van die incorporaties ervan die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met zijn toestemming;

Voor haar zonet vermelde richtlijn dat de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht de belanghebbende producent of rechthebbende **steeds een bevoegdheid** moeten verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een ‘gebruikmaken’, *alternatieve* ‘consumptieketens’ voortzetten rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan zijn bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan dit bescherming motiverende resultaat van inspanningen ten aanzien van de incorporaties ervan die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met zijn toestemming, vertrekt de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan met name van de volgende observatie: bij de zintuiglijk waarneembare handelingen waarop deze richtlijn slaat, gaat het steeds om zintuiglijk waarneembare handelingen die resulteren in een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die in wezen mogelijk gemaakt zijn door te steunen op (de positieve effecten van) het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen van de belanghebbende producent of rechthebbende, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van dit ‘resultaat’ van inspanningen, die deze belanghebbende producent of rechthebbende met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken. Uit deze observatie leidt de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan ook af dat rond de zonet gepreciseerde zintuiglijk waarneembare handelingen steeds een ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht aan de orde is met het oog op het vermijden van positieve externe effecten, overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen rond een passende investeringsbescherming, en met het oog op het verhinderen van het ‘stelen’ van inspanningen, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen rond een passende investeringsbescherming. Rond de zonet gepreciseerde zintuiglijk waarneembare handelingen geldt dan immers dat zij het volgende doen: zij resulteren in een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat steunt op (de positieve effecten van) het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen van de belanghebbende producent of rechthebbende dat deze belanghebbende producent of rechthebbende *niet* kon incalculeren op het ogenblik dat hij zijn toestemming gaf tot de initiële afgifte van zijn feitelijke macht over de incorporaties van dit ‘resultaat’ van inspanningen die hij zelf vervaardigde, door op het moment van deze afgifte rekening te houden met de concrete zintuiglijk waarneembare kenmerken die hij deze incorporaties meegaf en met de aan deze concrete kenmerken gekoppelde capaciteit om een genot te verschaffen van de betrokken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan (de positieve effecten van) zijn betrokken ‘resultaat’ van inspanningen binnen specifieke ruimtelijke en temporele limieten. Op grond van deze redenering speelt het volgens de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ dan ook geen rol voor de noodzaak om op grond van het intellectuele eigendomsrecht op te treden tegen de zonet gepreciseerde zintuiglijk waarneembare handelingen, bekeken puur vanuit de logica van een investeringsbescherming, of deze handelingen gesteld worden door concurrerende producenten dan wel potentiële eindafnemers en al evenmin of deze handelingen daarbij dan betrekking hebben op zintuiglijk waarneembare manifestaties die een geschiktheid ontlenen aan het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen om een esthetische dan wel een functionele taak te vervullen²⁰⁶⁸.

²⁰⁶⁸ In die zin is de systematiek rond ‘imitatieoordeel’ het dan ook niet eens met auteurs die stellen dat de esthetische of functionele gerichtheid van een incorporatie van het bescherming motiverende ‘resultaat’ inspanningen een factor is die bepaalt of het aangewezen is dat een beschermingsregeling binnen het intellectuele

Voor haar zonet vermelde richtlijn dat de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht de belanghebbende producent of rechthebbende **geen bevoegdheid** behoren te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een ‘gebruikmaken’, louter ‘consumptieketens’ voortzetten rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan zijn bescherming motiverende resultaat van inspanningen, ten aanzien van die incorporaties ervan die ‘in het verkeer’ gebracht werden (= *initiële afgifte van feitelijke macht*) met zijn toestemming, vertrekt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan met name van de volgende observatie: bij de zintuiglijk waarneembare handelingen waarop deze richtlijn slaat, gaat het steeds om zintuiglijk waarneembare handelingen die resulteren in een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die in wezen mogelijk gemaakt zijn door te steunen op (de positieve effecten van) het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen van de belanghebbende producent of rechthebbende, *binnen* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen, die deze belanghebbende producent of rechthebbende met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken. De zonet gepreciseerde zintuiglijk waarneembare handelingen resulteren dus in wezen enkel in een genot van de behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat weliswaar te danken is aan het bescherming motiverend resultaat van inspanningen van de betrokken belanghebbende producent of rechthebbende maar dat ook in te calculeren was voor de belanghebbende producent of rechthebbende op het ogenblik dat hij toestemde in de initiële afgifte van de incorporaties van dit ‘resultaat’ van inspanningen. Deze observatie leidt de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dan tot het besluit dat rond de zonet gepreciseerde zintuiglijk waarneembare handelingen *geen* ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht meer aan de orde is met het oog op het vermijden van positieve externe effecten, overeenkomstig economisch-utilitaristische overwegingen rond een passende investeringsbescherming, en al evenmin met het oog op het verhinderen van het ‘stelen’ van inspanningen, overeenkomstig deontologisch-natuurrechtelijke overwegingen rond een passende investeringsbescherming. Rond de zonet gepreciseerde zintuiglijk waarneembare handelingen geldt volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ namelijk dat zij niet resulteren in een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat steunt op (de positieve effecten van) het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen van de belanghebbende producent of rechthebbende, waarrond een verder ingrijpen nodig is van het intellectuele eigendomsrecht om te verzekeren dat dit genot ook onderworpen is aan zijn toestemming. In zoverre de betrokken belanghebbende producent of rechthebbende, in beginsel, een beroep kon doen op het ingrijpen van zakenrechtelijke rechten in combinatie met het intellectuele eigendomsrecht, om de initiële afgifte van zijn feitelijk macht over incorporaties van zijn bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen steeds afhankelijk te maken van zijn toestemming, is dan immers volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ aan te nemen dat ook het volgende geldt:

- indien de betrokken belanghebbende producent of rechthebbende zonder meer instemt met de definitieve afgifte van zijn feitelijke macht over de incorporaties van zijn bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen is aan te nemen dat hij ook toestemt met die zintuiglijk waarneembare handelingen waarmee

eigendomsrecht, een bevoegdheid verleent over het eigenlijke gebruiken. Zie in die zin nochtans, bijvoorbeeld: S. VAN CAMP, “Het doorverkopen van gedownloade software en communautaire uitputting: het UsedSoft-arrest van het Hof van Justitie”, *Computerrecht* 2012, p. 410 e.v. (“*Dat het gebruiksrecht contractueel bepaald wordt door de producent/rechthebbende is niet onlogisch voor een utilitair product als een computerprogramma, waarvan het gebruik complexer is dan het lezen van een boek (enkele uitzonderingen daargelaten).*”); M. BORGHI, “Chasing Copyright Infringement in the Streaming Landscape”, *IIC* 2011, p. 334-335 (“*The rationale of this right was undoubtedly to make the use of a computer program subject to the authorisation of the rightholder, and for this reason the right to reproduce the work was designed to be broad enough to include acts such as loading, running and displaying the program on the computer. Similarly, the Database Directive of 1996 includes a broad reproduction right which covers acts of temporary reproduction, on the ground that mere acts of use of a database (such as the display of the database on a screen) should be authorised by the rightholder. While this rationale may fit comfortably with “functional works” such as computer programs and databases, it does not apply unequivocally to other categories of protected works, such as other kind of literary works and artistic works.*”) en S. DUSOLLIER, *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, p. 367.

om het even welke persoon zich een *genot* verschafft van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat te danken is aan zijn bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, *binnen* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke, ongewijzigde incorporaties ervan, en is rond deze zintuiglijk waarneembare handelingen dus geen ingrijpen aan de orde van het intellectuele eigendomsrecht met het oog op het vermijden van positieve externe effecten en al evenmin met het oog op het verhinderen van het stelen van inspanningen;

- indien de betrokken belanghebbende producent of rechthebbende zijn toestemming rond de afgifte van zijn feitelijke macht over de incorporaties van zijn bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen koppelt aan ‘gebruiksbeperkingen’ is aan te nemen dat, ten aanzien van zintuiglijk waarneembare handelingen die *geen* aanleiding geven tot een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan zijn bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke, ongewijzigde incorporaties ervan, het afdwingen van deze gebruiksbeperkingen rond de afgegeven specifieke incorporatie door een beroep te doen op zakenrechtelijke rechten en het verbintenisrecht reeds volstaan voor het vermijden van positieve externe effecten en het stelen van inspanningen.

Volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ is het dus opnieuw een constante doorheen de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht dat zij de belanghebbende producent of rechthebbende, steeds overeenkomstig de zonet beschreven richtlijnen al dan niet een bevoegdheid behoren te verlenen over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een ‘gebruikmaken’, ‘consumptieketens’ voortzetten rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen. In het licht van deze constante is het volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dus echter wel opnieuw zo dat rekening te houden is met een belangrijk verschil tussen intellectuele rechten en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ op het vlak van het afbakenen van de groep zintuiglijk waarneembare manifestaties ten aanzien waarvan zij, met het oog op het vermijden van ‘imitatievoordeel’, de zonet vermelde bevoegdheid dienen te verlenen aan de belanghebbende producent of de rechthebbende. In zoverre **intellectuele rechten** ingezet worden om ‘imitatievoordeel’ te traceren en te neutraliseren rond resultaten van ‘intellectuele arbeid’ kunnen zij, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, voor het afbakenen van de betrokken groep zintuiglijk waarneembare manifestaties, zoals aangegeven, steeds terugvallen op een afbakening van het ‘object’ overeenkomstig de ‘denkoperatie rond gelijkenissen’. In zoverre het **ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’** ook ingezet wordt om ‘imitatievoordeel’ te traceren en te neutraliseren rond resultaten van ‘handenarbeid’ dient het de afbakening van de betrokken groep zintuiglijk waarneembare manifestaties volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, zoals aangegeven, te richten naar een toetsing van het geheel van de betrokken feitelijke omstandigheden rond een ‘kopiëren’.

B.2. Beoordeling op grond van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’

Met het oog op een vanuit de specifieke focus van ons onderzoek optimaal ingrijpen, op het vlak van het verlenen van een controle over zintuiglijk waarneembare handelingen die door een dupliceren of wijzigen van zintuiglijk waarneembare kenmerken *nieuwe*, alternatieve ‘consumptieketens’ *doen ontstaan* rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, behoren de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dus uiteindelijk steeds dezelfde, hierboven besproken, algemene richtlijn te implementeren die alle beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht daartoe moeten aanhouden op dit vlak. Dit betekent dus ook dat, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ en de specifieke focus van ons onderzoek, geen argument te vinden is voor de wenselijkheid van de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, in hun eventuele verschillende aanpak rond het verlenen van een bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare manifestaties met de zonet gepreciseerde rol in het doen ontstaan of voortzetten van ‘consumptieketens’.

In het kader van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken komt het er, volgens de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, dus veeleer op aan om hun concrete bepalingen zo te interpreteren dat deze inderdaad toelaten om de hierboven besproken, algemene richtlijn te implementeren die de systematiek

rond 'imitatieoordeel', voor alle beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, voorschrijft op het vlak van het verlenen van een bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare handelingen die door een dupliceren of wijzigen van zintuiglijk waarneembare kenmerken *nieuwe*, alternatieve 'consumptieketens' *doen ontstaan* rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen.

Om tot een concrete implementatie te komen van haar zonet besproken richtlijnen rond het verlenen van een bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare handelingen die, door een 'gebruikmaken', 'consumptieketens' voortzetten rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, acht de systematiek rond 'imitatieoordeel' het dan met name aangewezen dat intellectuele rechten de volgende aanpak hanteren: 1.) de rechthebbende consequent een exclusieve bevoegdheid verlenen over 'gebruikmaken' die echter onder een passend afgestelde 'uitputtingsregel' valt en 2) een passende afstelling van de categorieën voorbehouden handelingen die niet onder de 'uitputtingsregel' vallen.

4. Regelingen rond reverse engineering

In dit vierde onderdeel bespreken we nu kort of de wenselijkheid van de ‘specialisatie’ die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips en computerprogramma’s doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, onderling en ten aanzien van de *sui generis* intellectuele rechten rond databanken, het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, dan kan volgen uit de uitdrukkelijke regeling die deze beschermingsregelingen voorzien rond ‘reverse engineering’. De reden om specifiek in te gaan op deze vraag is, zoals gezegd, dat verschillende auteurs de betrokken ‘reverse engineering’-regelingen aanhalen als een mogelijk argument om de bescherming rond chips en computerprogramma’s onder te brengen binnen *sui generis* intellectuele rechten²⁰⁶⁹.

Bij ‘reverse engineering’ in de context van chips en computerprogramma’s gaat het er zoals aangegeven om dat het ontwikkelingsproces van chips en computerprogramma’s soms vertrekt van een analyse van andere, reeds bestaande chips dan wel computerprogramma’s. Het begrip ‘reverse engineering’, is hierbij een algemeen begrip dat, als antoniem van ‘forward engineering’²⁰⁷⁰, verwijst naar de handelingen binnen een proces dat erop gericht is om, op grond van een analyse van een zintuiglijk waarneembare manifestatie, haar kenmerken te achterhalen op het vlak van haar effecten, intern functioneren of haar ontwikkelingsproces²⁰⁷¹. Een dergelijke ‘reverse engineering’ vindt, zoals aangegeven, doorgaans plaats in het licht van het nastreven van de volgende doelstellingen: 1.) het creëren van een zintuiglijk waarneembare manifestatie die dezelfde of soortgelijke kenmerken heeft als de zintuiglijk waarneembare manifestatie die het voorwerp uitmaakte van de analyse, dan wel, 2.) het creëren van een zintuiglijk waarneembare manifestatie die kan interageren, compatibel is, met de zintuiglijk waarneembare manifestatie die het voorwerp uitmaakte van de analyse²⁰⁷².

Op het vlak van de concrete technieken om ‘reverse engineering’ uit te voeren bij geïntegreerde halfgeleiderschakelingen en computerprogramma’s is het, zoals gezegd, gebruikelijk om in hoofdzaak twee vormen van ‘reverse engineering’ te onderscheiden: reverse engineering via een zogeheten ‘black box’-analyse en reverse engineering aan de hand van een zogeheten ‘white box’- of ‘glass box’-analyse. Eigen aan ‘reverse engineering’ via een zogeheten ‘black box’-analyse, is dan zoals aangegeven, in essentie, dat deze enkel steunt op

²⁰⁶⁹ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. DREIER, "Development of the Protection of Semiconductor Integrated Circuits", *IIC* 1988, p. 460 (“...the reverse engineering exception has decisively influenced the system of protection as one of *sui generis*”); A. MEIJBOOM, "Das niederländische Gesetz über den Schutz von Halbleitertopographien", *GRURInt* 1988, p. 924 en 928; A. STROWEL, "Das belgische Gesetz vom 30. Juni 1994 über die Computerprogramme : Entwicklung zu einem Urheberrecht *sui generis*?", *GRURInt* 1995, p. 382; L. RASKIND, "Reverse Engineering, Unfair Competition, and Faire Use", *Minnesota Law Review* 1985-1986, p. 385 (Met name waar hij bijvoorbeeld stelt: “The statutory framework of the reverse engineering provision is the capstone of the Chip Act.”) Vergelijk ook: T. VINJE, "Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität", *GRURInt* 1992, p. 250 (“Die vielleicht bedeutendsten Vorschriften der Software-Richtlinie - jedenfalls diejenigen, die am meisten umstritten gewesen waren - betreffen die Entwicklung und Wartung interoperabler Computerprodukte. Die beiden zentralen und eng miteinander verbundenen Fragen sind hier die Zulässigkeit des "reverse engineering" und der Umfang des Schutzes für Schnittstellen”).

²⁰⁷⁰ Zie in dit verband RAJA en FERNANDES, die daarbij ‘forward engineering’ omschrijven als “the traditional process of moving from high-level abstractions and logical designs to the physical implementation.” V. RAJA en J. FERNANDES, *Reverse engineering: an industrial perspective*, Goldaming, Springer London, 2007, p. 2.

²⁰⁷¹ Zie in dit verband bijvoorbeeld: LAPLANTE die ‘reverse engineering’ omschrijft als: “the process of analyzing an existing system to identify its components and their interrelationships and create representations of the system in another form or at a higher level of abstraction.” P. LAPLANTE, *Dictionary of computer science, engineering, and technology*, Boca Raton (o.a.), CRC Press, 2001, p. 424; de omschrijving van ‘reverse engineering’ bij RAJA en FERNANDES die luidt: “the basic concept of producing a part based on an original or physical model without the use of an engineering drawing.” V. RAJA en J. FERNANDES, *Reverse engineering: an industrial perspective*, Goldaming, Springer London, 2007, p. 2; het Amerikaanse Supreme Court, dat reeds in 1974 stelde: “...reverse engineering, that is by starting with the known product and working backward to divine the process which aided in its development or manufacture.” Supreme Court van de Verenigde Staten (*Kewanee Oil Company v. Bicron Corporation et al.*), 13 mei 1974, 416 U.S., p. 470 (met name op p. 476).

²⁰⁷² Zie in dit verband bijvoorbeeld: P. LAPLANTE, *Dictionary of computer science, engineering, and technology*, Boca Raton (o.a.), CRC Press, 2001, p. 424; Vergelijk op dit punt ook: art 5.4 Richtlijn Chips en art. 6 Richtlijn Computerprogramma’s.

een analyse van de effecten die de reeds bestaande chip of het bestaande computerprogramma's teweegbrengt vanuit een externe perspectief, dit wil zeggen zonder daarbij de concrete interne werking te ontleden die deze effecten veroorzaakt. 'Reverse engineering' via een zogeheten 'white box'- of 'glass box'-analyse daarentegen kenmerkt zich door het feit dat deze ook gebruik maakt van een analyse van de concrete interne werking van een bestaande chip of een bestaand computerprogramma die aan de basis ligt van de effecten ervan.

Bij het uitwerken van specifieke regelingen rond 'reverse engineering' in het kader van het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht, hielden de betrokken wetgevers vooral rekening met twee bezorgdheden. Enerzijds, was er, zoals aangegeven, de overweging dat er nood was aan een bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht om het volgende te verhinderen: dat producenten niet langer bereid zouden zijn om voldoende te investeren in het ontwikkelen en produceren van chips en computerprogramma's uit vrees om gehinderd te worden in het recupereren van hun investeringen in dit verband, door de concurrentie van lager geprijsde kopieën van hun chips en computerprogramma's waarvan het tot stand komen in wezen terugging op het toe-eigenen van hun 'resultaten' van inspanningen²⁰⁷³. Anderzijds, was er echter ook de overweging dat een bescherming rond chips en computerprogramma's op grond van het intellectuele eigendomsrecht, niet mocht verhinderen dat chips en computerprogramma's het voorwerp zouden vormen van 'reverse engineering' met het oog op het ontwikkelen van betere, substitueerbare of compatibele chips en computerprogramma's²⁰⁷⁴. Met de introductie binnen het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht van uitdrukkelijke regelingen rond 'reverse engineering', wilden de betrokken wetgevers dus ook een extra waarborg voorzien om te verzekeren dat zij bij het beschermen en stimuleren van de ontwikkeling en productie van chips en computerprogramma's niet tegelijk een rem plaatsten op verdere ontwikkelingen van de geproduceerde chips en computerprogramma's.

²⁰⁷³ In het House Report rond de Amerikaanse Semiconductor Chip Protection Act heet het: "*The prices charged by an innovating firm necessarily must reflect the research and development costs of the innovating chip. Once returns on investment have been choked off by the unfair competition of competing firms which do not bear the tremendous research and development costs, the incentive for innovating firms to set aside internal funds for the development of future generations of semiconductor products is severely limited.*", House Report on the Semiconductor Chip Protection Act, p. 5751-5752; Zie in die zin de beschouwing in het Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Computerprogramma's met betrekking tot de nood aan een wetgevend ingrijpen dat computerprogramma's beschermt, die luidt: "*Without such a legal environment, the intellectual effort and financial resources employed to devise computer programs are put at risk by the ease with which the program can be reproduced, imitated or counterfeited.*" Europese Commissie, Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende de Rechtsbescherming van Computerprogramma's, COM (88) 816 Def., Brussel 17 maart 1989, p. 4 (Hierna: Oorspronkelijk Voorstel Richtlijn Computerprogramma's).

²⁰⁷⁴ Zie in dit verband de overweging bij de Richtlijn Computerprogramma's (1991) die stelt: "*Overwegende dat er zich echter omstandigheden kunnen voordoen waarin een dergelijke reproductie van de code en vertaling van de vorm van die code in de zin van artikel 4, onder a) en b), van deze richtlijn, onmisbaar is om de noodzakelijke gegevens te verkrijgen voor het tot stand brengen van de compatibiliteit van een onafhankelijk gemaakt programma met andere programma's*"; Zie ook de overwegingen in de aanloop naar de Amerikaanse Semiconductor Chip Protection Act, die zoals aangegeven richtinggevend was voor de Europese regelgeving in verband met de intellectueelrechtelijke bescherming van chips: House Report rond de Amerikaanse Semiconductor Chip Protection Act, p. 22 ("*Based on testimony of industry representatives that it is an established industry practice to similarly make photoreproductions of the mask work in order to analyze the existing chip so as to design a second chip with the same electrical and physical performance characteristics as the existing chip (so-called "form, fit and function" compatibility), and that this practice fosters fair competition and provides a frequently needed "second source" for chip products, it is the intent of the Committee to permit such reproduction by competitors where such reproduction is "solely for the purpose of teaching, analyzing, or evaluating" the concepts, techniques, etc., embodied in the work, rather than mere wholesale appropriation of the work and investment in the creation of the first chip.*") en Senate Report rond de Amerikaanse Semiconductor Chip Protection Act, p. 21 ("*Reverse engineering serves a valuable function in the chip industry. Often, the goal of reverse engineering is to design a chip with the same electrical and physical performance characteristics as an existing chip (so-called "form, fit and function" compatibility). This enables the second chip to compete directly against the original chip, or to become a second source for it, thus assuring stability of supply. Reverse engineering also spurs innovation and technological progress, as competitors seek to develop ever faster or more efficient chips, to perform similar or related functions.*").

De concrete regelingen die het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht uiteindelijk voorzien rond ‘reverse engineering’ verschillen enigszins. Dit is met name het geval op het vlak van de mate waarin zij uitdrukkelijke vereisten stellen die moeten waarborgen dat ‘reverse engineering’ enkel ingezet wordt voor, wenselijk geachte, doeleinden en niet voor een concurrentie door kopieën die tot stand kwamen door het zich toe-eigenen van de inspanningen van eerdere producenten²⁰⁷⁵.

Het chipsrecht voorziet in twee bepalingen die de bedoeling hebben om een regeling te voorzien rond alle vormen van ‘reverse engineering’ van chips. In een eerste bepaling stelt het chipsrecht met name dat de exclusieve bevoegdheid rond de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’ niet geldt voor de reproducties die uitsluitend plaatsvinden voor de analyse, de evaluatie of het onderwijzen van de topografie of van de concepten, processen, systemen of technieken die in de topografie belichaamd zijn²⁰⁷⁶. In een tweede bepaling stelt het chipsrecht dat de exclusieve bevoegdheden die de rechthebbende ontleent aan het chipsrecht, niet gelden ten aanzien van een topografie die ontworpen is op basis van de zonet aangehaalde analyse en evaluatie van een andere topografie, in zover de nieuwe topografie het voortbrengsel is van de intellectuele inspanning van de maker en in de halfgeleiderindustrie niet algemeen bekend is²⁰⁷⁷. Rond beide, zonet vermelde, bepalingen, stellen we dan met name vast dat het gebruikelijk is om aan te nemen dat de uitdrukkelijke beperkingen die zij formuleren, te analyseren zijn als ‘uitzonderingen²⁰⁷⁸’. Daarnaast is ook op te merken dat het chipsrecht niet aangeeft een contractueel beding dat strijdig is met de betrokken beperkingen nietig is.

Het computerprogramma-auteursrecht daarentegen voorziet in twee afzonderlijke regelingen die gericht zijn op onderscheiden vormen van ‘reverse engineering’. In de woorden van de betrokken regelingen gaat het daarbij, enerzijds, om een regeling rond het ‘observeren, bestuderen en uittesten’ van computerprogramma’s en, anderzijds, om een regeling rond wat soms kortweg aangeduid wordt als ‘decompilatie’ met name rond het ‘verkrijgen van informatie’ van computerprogramma’s door middel van ‘de reproductie van hun code’ of ‘de vertaling van hun codevorm’.

De regeling rond de vormen van ‘reverse engineering’ die het computerprogramma-auteursrecht vat onder de noemer ‘observeren, bestuderen en uittesten’ is nog relatief summier. In dit verband stelt artikel 5.3 van de Richtlijn Computerprogramma’s met name: *“De rechtmatige gebruiker van een kopie van een programma is gemachtigd om zonder toestemming van de rechthebbende de werking van het programma te observeren, te bestuderen en uit te testen, ten einde vast te stellen welke ideeën en beginselen aan een element van het programma ten grondslag liggen, indien hij dit doet bij het rechtmatig laden of in beeld brengen, de uitvoering, transmissie of opslag van het programma.”*²⁰⁷⁹

²⁰⁷⁵ Eveneens in de zin dat het er in wezen op aankomt dit onderscheid te maken, bijvoorbeeld: House Report rond de Amerikaanse Semiconductor Chip Protection Act, p. 22 (*“It is the intent of the Committee to permit, under the reverse engineering limitation, the “unauthorized” creation of a second mask work whose layout, in substantial part, is similar to the layout of the protected mask work--if the second mask work was the product of substantial study and analysis, and not the mere result of plagiarism accomplished without such study or analysis.”*); Overweging 15 Richtlijn Computerprogramma’s (*“De ongeoorloofde reproductie, vertaling, bewerking en omzetting van de codevorm waarin een kopie van een computerprogramma ter beschikking wordt gesteld, vormt een inbreuk op de exclusieve rechten van de auteur. Er kunnen zich echter omstandigheden voordoen waarin een dergelijke reproductie van de code en vertaling van de vorm van die code onmisbaar is om de noodzakelijke gegevens te verkrijgen voor het tot stand brengen van de interoperabiliteit van een onafhankelijk gemaakt programma met andere programma’s. Alleen in deze zeldzame gevallen moet de uitvoering van de handelingen van reproductie en vertaling door of voor een persoon die het recht heeft een kopie van het programma te gebruiken als rechtmatig worden beschouwd en in overeenstemming met normale praktijken, en daarom moet worden geacht geen toestemming van de rechthebbende te vereisen.”*) A. VON FALCK en M. APETZ, *“Topographienschutz”* in W. KILIAN en B. HEUSSEN, *Computerrechtshandbuch. Informationstechnologie in Rechts- und Wirtschaftspraxis*, München, C.H. Beck, 2012, Nr. 11 (*“Im Einzelfall wird es schwierig sein, zwischen zulässiger Nachentwicklung einerseits und unzulässiger Nachbildung andererseits zu unterscheiden.”*).

²⁰⁷⁶ Zie: art 5.3. Richtlijn Chips en art. XI.328., a) WER (oud art. 10, a) Chipswet).

²⁰⁷⁷ Zie: art 5.4. Richtlijn Chips en art. XI.328., b) WER (oud art. 10, b) Chipswet).

²⁰⁷⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. VON FALCK en M. APETZ, *“Topographienschutz”* in W. KILIAN en B. HEUSSEN, *Computerrechtshandbuch. Informationstechnologie in Rechts- und Wirtschaftspraxis*, München, C.H. Beck, 2012, Nr. 11 (Die de betrokken bepalingen uitdrukkelijk aanduiden als ‘Ausnahme’).

²⁰⁷⁹ Zie: art. 5.3. Richtlijn Computerprogramma’s (2009) en art. XI.299., §3 WER (oud art. 6, §3 Wet Computerprogramma’s).

De regeling die het computerprogramma-auteursrecht daarentegen voorziet rond de vormen van ‘reverse engineering’ die een ‘reproductie van de code’ of de ‘vertaling van de codevorm’ inhouden, is erg omvangrijk en gedetailleerd. In artikel 6 van de Richtlijn Computerprogramma’s luidt deze regeling onder de hoofdding ‘decompilatie’ met name als volgt:

“1. Er is geen toestemming van de rechthebbende vereist indien de reproductie van de code en de vertaling van de codevorm in de zin van artikel 4, lid 1, onder a) en b), onmisbaar zijn om de informatie te verkrijgen die nodig is om de interoperabiliteit van een onafhankelijk gecreëerd computerprogramma met andere programma's tot stand te brengen, op voorwaarde dat:

a) deze handelingen worden verricht door de licentiehouders of door een ander die het recht heeft om een kopie van het programma te gebruiken, of voor hun rekening door een daartoe gemachtigde persoon;
b) de gegevens die nodig zijn om de interoperabiliteit tot stand te brengen nog niet eerder snel en gemakkelijk beschikbaar zijn gesteld voor de onder a) bedoelde personen, en
c) deze handelingen beperkt blijven tot die onderdelen van het oorspronkelijke programma die voor het tot stand brengen van interoperabiliteit noodzakelijk zijn.

2. Het bepaald in lid 1 biedt niet de mogelijkheid dat de op grond daarvan verkregen informatie:

a) voor een ander doel dan het tot stand brengen van de interoperabiliteit van het onafhankelijk gecreëerde programma wordt gebruikt;
b) aan derden wordt meegegeeld, tenzij dat noodzakelijk is met het oog op de interoperabiliteit van het onafhankelijk gecreëerde programma, of
c) wordt gebruikt voor de ontwikkeling, productie of het in de handel brengen van een qua uitdrukkingwijze in grote lijnen gelijk programma, of voor andere handelingen waarmee inbreuk op het auteursrecht wordt gemaakt.

3. In overeenstemming met de bepalingen van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst, mag dit artikel niet zodanig worden uitgelegd dat de toepassing ervan ongerechtvaardigd nadeel voor de rechtmatige belangen van de rechthebbende oplevert of het normale gebruik van het computerprogramma belemmert.²⁰⁸⁰”

Rond de zonet aangehaalde uitdrukkelijke beperkingen die het computerprogramma-auteursrecht voorziet rond ‘reverse engineering’ door ‘observeren’ en rond ‘reverse engineering’ door ‘decompilatie’ stelt de betrokken regelgeving overigens ook dat elk contractueel beding dat strijdig is met deze beperkingen nietig is²⁰⁸¹. Op het vlak van het achterliggende juridische concept van deze beperkingen blijkt het in beide gevallen gebruikelijk om aan te nemen dat het hierbij om ‘uitzonderingen’ gaat²⁰⁸². Met name in de rechtsleer is het daarbij gebruikelijk om erop te wijzen dat bij reverse engineering van een computerprogramma via een zogeheten ‘black box’-analyse, te denken is aan de zonet aangehaalde regeling rond het ‘observeren, bestuderen en uittesten’ van computerprogramma’s zonder ‘decompilatie’, terwijl bij reverse engineering van een computerprogramma via zogeheten ‘white box’- of ‘glass box’-analyses, in de regel de zonet aangehaalde regeling rond ‘decompilatie’ aan de orde zal zijn²⁰⁸³.

²⁰⁸⁰ Zie: art. 6 Richtlijn Computerprogramma’s (2009) en art. XI.300. WER (oud art. 7 Wet Computerprogramma’s).

²⁰⁸¹ Zie: art. 8 Richtlijn Computerprogramma’s (2009) en art. XI.301. WER (oud art. 8 Wet Computerprogramma’s).

²⁰⁸² Zie in die zin met betrekking tot de uitdrukkelijke beperking rond ‘reverse engineering’ via louter observeren, bijvoorbeeld: B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 71 (“*The exception provided by Article 5.3...*”); In die zin met betrekking tot de uitdrukkelijke beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie, bijvoorbeeld: T. DREIER, “§ 69 e Dekompilierung” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 1 (“*Um derartige Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und auch um eine Standardisierung zu fördern, enthält § 69 e eine eng begrenzte und an genau umschriebene Voraussetzungen gebundene Ausnahme zugunsten des Dekompilierens mit dem Ziel der Herstellung von Interoperabilität.*”).

²⁰⁸³ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 62 (“*§ 69 d Abs. 3 erlaubt in Abgrenzung zu § 69 e (sog. Dekompilierung und Disassemblierung) im Grundsatz die Programmanalyse in jedweder sonstiger Form des Reverse Engineering (sog. Black-Box-Techniken) (...).*”).

Om nu te beoordelen of de wenselijkheid van de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips en computerprogramma's doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht kan volgen uit hun bijzondere voorschriften rond 'reverse engineering', toetsen we in wat volgt met name of deze bijzondere 'reverse engineering'-voorschriften, blijk geven van het volgende, in vergelijking met de 'basisregeling' binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, het octrooirecht, auteursrecht en het ingrijpen van 'parasitaire mededinging': een verschillende aanpak rond het regelen van 'reverse engineering' die, binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond 'imitatieoordeel', te analyseren is als een mogelijk argument om de wenselijkheid te staven van de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips en computerprogramma's doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht. Met de zonet vermelde 'basisregeling' binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, het octrooirecht, auteursrecht en het ingrijpen van 'parasitaire mededinging' verwijzen we dan met name naar de regeling die de betrokken beschermingsregimes voorzien rond het toekennen en afbakenen van hun bescherming, zonder uitdrukkelijke voorschriften rond 'reverse engineering'. Verder bouwend op onze analyse uit de vorige onderdelen achten we het daarbij dan met name aangewezen om telkens uit te gaan van de betrokken 'basisregeling' binnen de betrokken beschermingsregeling, in zijn interpretatie die zo conform mogelijk is met de systematiek rond 'imitatieoordeel'. Daarnaast is in dit verband ook op te merken dat, door binnen de zonet vermelde toetsing de bijzondere 'reverse engineering'-voorschriften binnen het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht ook te vergelijken met de 'basisregeling' die deze intellectuele rechten voorzien, we onszelf met name ook een aanknopingspunt verschaffen om de geldigheid na te gaan van de volgende kritiek die we aantreffen binnen de rechtsleer: dat de bijzondere 'reverse engineering'-voorschriften binnen het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht nauwelijks een bijdrage leveren ten aanzien van de algemene regels die deze intellectuele voorschriften voorzien rond het afbakenen van de bescherming die zij toekennen²⁰⁸⁴.

Voor de concrete uitwerking van de zonet omschreven toetsing baseren we ons dan met name op de vaststelling dat doorheen de zonet vermelde uitdrukkelijke regelingen die het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht voorzien rond 'reverse engineering', er steeds rekening mee te houden is dat deze regelingen, in wezen twee dingen doen: (4.1.) bepaalde analyse-handelingen uitdrukkelijk buiten de reikwijdte houden van bepaalde categorieën voorbehouden handelingen en (4.2.) aanwijzingen geven rond de toegelaten aanwending van de informatie die de betrokken analyse-handelingen opleverden²⁰⁸⁵. We vergelijken dus telkens de regeling die we rond deze beide punten aantreffen binnen, enerzijds, de bijzondere 'reverse engineering'-voorschriften binnen het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht en, anderzijds, de zonet vermelde 'basisregeling' binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, het octrooirecht, auteursrecht en het ingrijpen van 'parasitaire mededinging', om zo (4.3.) tot een besluit te komen rond de volgende vraag: of de bijzondere 'reverse engineering'-voorschriften binnen het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht, binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond 'imitatieoordeel', te analyseren zijn als een mogelijk argument om de wenselijkheid te staven van de specialisatie die deze *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht.

²⁰⁸⁴ Daarnaast is er ook de kritiek dat de Richtlijn Computerprogramma's een complexe regeling introduceerde rond reverse engineering, die veel interpretatie-inspanningen teweegbrengt, maar, bij nader inzicht, weinig bijdraagt tot de bestaande principes binnen het intellectuele eigendomsrecht. Zie voor deze analyse: T. VINJE, "Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität", *GRURInt* 1992, p. 250-260.

²⁰⁸⁵ Vergelijk op dit punt ook: A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 136 e.v. (Met name waar deze zijn bespreking rond "The Reverse Engineering Defences" onder ander opdeelt in "Analysis of the Original Product" en "Creation of a New Product").

4.1. De toegelaten analyse-handelingen

Doorheen de specifieke voorschriften die het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht voorzien om ‘reverse engineering’ te regelen, is er, zoals aangegeven, steeds rekening mee te houden dat zij het volgende doen: bepaalde analyse-handelingen uitdrukkelijk buiten de reikwijdte houden van bepaalde categorieën voorbehouden handelingen die zij voorbehouden aan de betrokken rechthebbende. In dit onderdeel gaan we nu dieper in op de regeling rond analyse-handelingen die we terug vinden in: (4.1.1.) de specifieke ‘reverse engineering’-voorschriften binnen het chipsrecht, (4.1.2.) de specifieke ‘reverse engineering’-voorschriften binnen het computerprogramma-auteursrecht en (4.1.3.) de ‘basisregeling’, geïnterpreteerd in het licht van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, die voorzien is rond de afbakening van de toegekende bescherming, binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, het octrooirecht, auteursrecht en het ingrijpen van ‘parasitaire mededinging’. Daarna (4.1.4.) maken we dan kort de balans op van de ‘specialisatie’ die de specifieke ‘reverse engineering’-voorschriften binnen het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht teweegbrengen, als het er op aankomt bepaalde analyse-handelingen uitdrukkelijk buiten de reikwijdte te houden van de categorieën voorbehouden handelingen die voorbehouden zijn aan de betrokken rechthebbende.

4.1.1. Analyse-handelingen in het licht van de ‘reverse engineering’-regeling binnen het chipsrecht

Op het vlak van het ‘vrijstellen’ van zintuiglijk waarneembare analyse-handelingen in het licht van de categorieën voorbehouden handelingen binnen het chipsrecht, stelt de specifieke regeling rond ‘reverse engineering’ binnen het chipsrecht, zoals aangegeven, het volgende: dat de exclusieve bevoegdheid rond de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’ niet geldt voor de reproducties die uitsluitend plaatsvinden voor de analyse, de evaluatie of het onderwijzen van de topografie of van de concepten, processen, systemen of technieken die in de topografie belichaamd zijn²⁰⁸⁶.

De omvang van de ‘vrijstelling’ die de betrokken specifieke regeling rond ‘reverse engineering’ voorziet binnen het chipsrecht, is dus met name bepaald door de volgende twee voorwaarden: 1.) de vrijstelling is enkel voorzien voor een ‘reproducen’ en 2.) dit ‘reproducen’ moet uitsluitend gebeuren met het oog op de analyse, de evaluatie of het onderwijzen van de topografie of van de concepten, processen, systemen of technieken die geïncorporeerd zijn in de topografie.

In dit verband stellen we dus in de eerste plaats vast dat de ‘reverse engineering’-bepanking binnen het chipsrecht enkel een ‘vrijstelling’ biedt, voor het geval dat analyse-handelingen, met name op grond van hun inherente en contextgebonden zintuiglijk waarneembare kenmerken, in beginsel zouden kunnen kwalificeren als een aan de betrokken rechthebbende voorbehouden ‘reproducen’. Het is dus niet mogelijk om de ‘reverse engineering’-uitzondering binnen het chipsrecht in te roepen rond zintuiglijke waarneembare handelingen die kunnen kwalificeren als een ‘commercieel exploiteren’²⁰⁸⁷ van een topografie of van een door het gebruikmaken van deze topografie voortgebracht halfgeleiderproduct²⁰⁸⁸. In zoverre, zoals aangegeven, aan te nemen is dat de reikwijdte van de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’ een breed gamma aan zintuiglijk waarneembare handelingen omvat die resulteren in duplicaties, is, volgens ons, dan echter ook rekening te houden met het volgende: dat de ‘vrijstelling’ die de betrokken ‘reverse engineering’-bepanking biedt, door een uitzondering te formuleren rond een dergelijke ‘reproducen’, zich, in beginsel, uitstrekt tot hetzelfde brede gamma aan

²⁰⁸⁶ Zie: art 5.3 Richtlijn Chips en art. XI.328., a) WER (oud art. 10, a) Chipswet).

²⁰⁸⁷ Zie: art. 1.1., c) en 5.1., b.) Richtlijn Chips en art. XI.319. WER (oud art. 1 Chipswet).

²⁰⁸⁸ Zie voor deze vaststelling, bijvoorbeeld ook: A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 141 (Die weliswaar in de context van § 906, a.) Amerikaanse Chipswet (“*Notwithstanding the provisions of section 905, it is not an infringement of the exclusive rights of the owner of a mask work for (1) a person to reproduce the mask work solely for the purpose of teaching, analyzing, or evaluating the concepts or techniques embodied in the mask work or the circuitry, logic flow, or organization of components used in the mask work;*”) opmerkt: “*The first point to note, which is one not mentioned in the literature, is that the defence provided for by paragraph (1) of section 906(a) relates only to infringement by ‘reproduction’. ... It follows, therefore that importing or distributing a mask work that is reproduced for the purpose set out in paragraph (1), or inducing or knowingly causing such importation or distribution, are acts which are not saved from infringement by this provision.*”); Zie in dit verband ook bijvoorbeeld: art. 5.1., b.) en art. 1.1., c.) Richtlijn Chips.

zintuiglijk waarneembare handelingen die resulteren in duplicaties, als onder de categorie voorbehouden handelingen ‘reproduceren’ valt. Om die reden is volgens ons aan te nemen dat de ‘reverse engineering’-beperking binnen het chipsrecht dus, in beginsel, ruim genoeg is om het tijdelijk en permanent dupliceren vrij te stellen dat plaatsvindt in het kader van de courante ‘white box’-analyse van de interne werking van bestaande halfgeleiderschakelingen²⁰⁸⁹, met name dus in het kader van het, laag voor laag, in beeld brengen en eventuele dupliceren van het oppervlak van deze bestaande halfgeleiderschakeling²⁰⁹⁰. De daadwerkelijke vrijstelling door de betrokken ‘reverse engineering’-regeling binnen het chipsrecht van het zonet aangehaalde dupliceren, vraagt daarbij dus wel dat dit dupliceren inderdaad alle vereisten vervult die deze regeling daartoe stelt, met inbegrip van de vereisten die we zo meteen bespreken rond de toegelaten toepassingen van de kennis die verkregen werd op grond van de uitdrukkelijk vrijgestelde analyse-handelingen. Rond de courante ‘black box’-analyse van halfgeleiderschakelingen die, zoals aangegeven, louter observeert welke output een halfgeleiderschakeling produceert naar aanleiding van de haar, in de vorm van binaire elektronische spanningsverschillen, geleverde input²⁰⁹¹, is op te merken dat er in principe geen nood is aan het invoeren van de ‘reverse engineering’-beperking binnen het chipsrecht, aangezien deze analyse geen aanleiding geeft tot duplicaties van beschermde elementen van de betrokken topografie²⁰⁹².

Ten tweede geldt dan dus ook dat analyse-handelingen enkel de ‘reverse engineering’-beperking binnen het chipsrecht kunnen genieten indien zij “uitsluitend gebeuren met het oog op de analyse, de evaluatie of het onderwijzen van de topografie of van de concepten, processen, systemen of technieken die geïncorporeerd zijn in de topografie²⁰⁹³”. Belangrijk hierbij is dat aangenomen wordt dat de ‘vrijstelling’ die de ‘reverse engineering’-beperking voorziet dus niet beperkt is tot niet-commerciële analyse-handelingen in het kader van onderwijs maar zich integendeel ook uitstrekt tot om het even welke analyse- of evaluatie-handelingen, zelfs wanneer deze ingegeven zijn door commerciële motieven en zelfs wanneer deze daarbij niet gerelateerd zijn aan het nastreven van interoperabiliteit of innovatie ten aanzien van de geanalyseerde topografie²⁰⁹⁴. Hierbij mogen we dan echter opnieuw niet uit het oog verliezen dat de ‘reverse engineering’-regeling binnen het chipsrecht dus geen vrijstelling verleent rond ‘commercieel exploiteren’ en dat deze ‘reverse engineering’-regeling, zoals zo meteen uitgebreider

²⁰⁸⁹ Zie in dit verband, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: W. OSTEN, *Optical inspection of microsystems*, Boca Raton, Taylor & Francis, 2007, p. 410 e.v.; E.-P. HEILEIN, *Die Bedeutung des Rechtsschutzes für integrierte Halbleiterschaltkreise in der Praxis. Prognose und Probleme eines sondergesetzlichen Schutzes*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2003, p.144 (Die deze techniek bevat omschrijft als: “Ätzen und Abfotografieren”); B. KOLBESSEN, *Analytical and diagnostic techniques for semiconductor materials, devices, and processes: joint proceedings of the symposia on: ALTECH 99 : satellite symposium to ESSDERC 99: Leuven, Belgium: The Electrochemical Society Symposium on Diagnostic Techniques for Semiconductor materials and Devices*, Pennington, Electrochemical Society, 1999, p. 41 e.v.; A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p.139 e.v.; Zie ook: V. RAJA en J. FERNANDES, *Reverse engineering: an industrial perspective*, Goldaming, Springer London, 2007, p. 202 (Die de uitdrukking “to ‘peel’ the computer chip” hanteren).

²⁰⁹⁰ Zie in die zin, bijvoorbeeld: H. VANHEES, “Het Belgische sui generis beschermingsregime voor chips: een nieuw industrieel eigendomsrecht”, *R.W.* 1989-1990, p. 1278-1279 en A. MEIJBOOM, “Das niederländische Gesetz über den Schutz von Halbleitertopographien”, *GRURInt* 1988, p. 923-931.

²⁰⁹¹ Zie in verband met dergelijke ‘black box’-analyses van geïntegreerde halfgeleiderschakelingen, bijvoorbeeld: S. HAMDIOUI, *Testing static random access memories: defects, fault models, and test patterns*, Boston (Mass.), Kluwer Academic, 2004, p. 17 e.v..

²⁰⁹² Zie in die zin bijvoorbeeld ook: A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 137.

²⁰⁹³ Zie: art 5.3 Richtlijn Chips en art. XI.328., a) WER (oud art. 10, a) Chipswet).

²⁰⁹⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: A. MEIJBOOM, “Das niederländische Gesetz über den Schutz von Halbleitertopographien”, *GRURInt* 1988, p. 928 (Die met name in het licht van de Nederlands Chipswet opmerkt: “Besser wäre hier gewesen, wenn die Gesetzesbegründung statt auf das “Wetteifern” der Halbleiterunternehmen auf das Streben der Informatikindustrie nach Kompatibilität als Hintergrund für die Zulassung von reverse engineering hingewiesen hätte. Stattdessen verweist die Begründung de facto nur darauf, daß es der Industrie von Nutzen ist, wenn sie die Fertigungstechniken von erfolgreichen Halbleitererzeugnissen analysieren kann.”) en A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 142.

aan bod komt, ook uitdrukkelijke aanwijzingen geeft rond de toepassingen die toegelaten zijn van de kennis die verkregen werd op grond van de analyse-handelingen die zij uitdrukkelijk vrijstelt.

Tot slot, vestigen we er hier dus echter ook de aandacht op dat het chipsrecht de mogelijkheid om de specifieke ‘reverse engineering’-beperking in te roepen rond analyse-handelingen niet afhankelijk maakt van de volgende factoren: 1.) de hoedanigheid waarin een persoon deze analyse-handelingen stelt en 2.) wat precies het voorwerp uitmaakt van de betrokken analyse-handelingen. Met name in vergelijking met het computerprogramma-auteursrecht valt op dat het chipsrecht niet stelt dat de ‘reverse engineering’-beperking enkel kan ingeroepen worden rond de analyse-handelingen van een ‘rechtmatige gebruiker’ dan wel van een persoon die het recht heeft om een belichaming van de beschermde topografie te gebruiken. We stellen ook vast dat het chipsrecht het genot van de ‘reverse engineering’-beperking rond bepaalde analyse-handelingen niet afhankelijk maakt van de vereiste dat de analyse-handelingen beperkt zouden blijven tot die delen van een halfgeleiderproduct waarrond de analyse onmisbaar is voor het tot stand brengen van interoperabiliteit.

4.1.2. Analyse-handelingen in het licht van de ‘reverse engineering’-regeling binnen het computerprogramma-auteursrecht

Ook de specifieke voorschriften rond ‘reverse engineering’ in het computerprogramma-auteursrecht geven telkens uitdrukkelijke preciseringen rond het soort analyse-handelingen dat zij vrijstellen. De aanwijzingen die we in dit verband aantreffen (A.) in de regeling rond ‘reverse engineering’ door louter observeren, zonder decompilatie²⁰⁹⁵, verschillen van de aanwijzingen die terug te vinden zijn (B.) in de regeling rond ‘reverse engineering’ via decompilatie²⁰⁹⁶.

A. ‘Reverse engineering’ door louter observeren

Opdat een analyse-handeling zou vrijgesteld zijn op grond van de regeling die het computerprogramma-auteursrecht voorziet rond ‘reverse engineering’ door louter observeren, zonder decompilatie, moeten opnieuw verschillende voorwaarden vervuld zijn²⁰⁹⁷. In dit verband is met name rekening te houden met voorwaarden op het vlak van: 1.) de inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken van de betrokken analyse-handelingen, 2.) de concrete doelstelling van deze analyse-handelingen en 3.) de hoedanigheid van de persoon die deze analyse-handelingen stelt.

Ten eerste, voorziet de beperking rond ‘reverse engineering’ via louter observeren immers enkel een vrijstelling rond analyse-handelingen die welbepaald inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken vertonen. Deze beperking stelt namelijk enkel analyse-handelingen vrij die een ‘observeren’, ‘bestuderen’ of ‘uittesten’ uitmaken in zoverre deze plaatsvinden bij de handelingen van het laden of in beeld brengen, de uitvoering, de transmissie of de opslag van het programma, die ‘rechtmatig’ zijn voor de rechtmatige gebruiker van dit programma²⁰⁹⁸. In dit

²⁰⁹⁵ Zie: art. 5.3. Richtlijn Computerprogramma’s en art. XI.299., §3 WER (oud art. 6, §3 Wet Computerprogramma’s).

²⁰⁹⁶ Zie: art. 6.1. Richtlijn Computerprogramma’s art. XI.300., §1 WER (oud art. 7, §1 Wet Computerprogramma’s).

²⁰⁹⁷ Zie in dit verband met name: art. 5.3. Richtlijn Computerprogramma’s (“*De rechtmatige gebruiker van een kopie van een programma is gemachtigd om zonder toestemming van de rechthebbende de werking van het programma te observeren, te bestuderen en uit te testen, ten einde vast te stellen welke ideeën en beginselen aan een element van het programma ten grondslag liggen, indien hij dit doet bij het rechtmatig laden of in beeld brengen, de uitvoering, transmissie of opslag van het programma.*”) en art. XI.299., §3 WER (oud art. 6, §3 Wet Computerprogramma’s).

²⁰⁹⁸ In dit verband is op te merken dat de Nederlandse versie van art. 5.3. Richtlijn Computerprogramma’s en art. XI.299. WER (oud art. 6, §3 Wet Computerprogramma’s) op het eerste gezicht aanleiding kunnen geven tot een lezing waarbij de notie rechtmatig enkel het laden of in beeld brengen van het computerprogramma kwalificeert en niet de uitvoering, transmissie of opslag van het computerprogramma. In beide gevallen luidt het betrokken artikel immers: “*De rechtmatige gebruiker van een kopie van een computerprogramma is gemachtigd om zonder toestemming van de rechthebbende de werking van het programma te observeren, te bestuderen en uit te testen, ten einde vast te stellen welke ideeën en beginselen aan een element van het programma ten grondslag liggen,*

verband is, volgens ons, dus op te merken dat de betrokken beperking rond ‘reverse engineering’ via louter observeren hiermee dus, in beginsel, een basis biedt om bepaalde zintuiglijk waarneembare analyse-handelingen ‘vrij te stellen’, ongeacht of deze analyse-handelingen, op grond van hun inherente of contextgebonden kenmerken, hadden kunnen kwalificeren als een ‘reproducen’, ‘distribueren’ of ‘publiek mededelen’. Omgekeerd stellen we echter ook vast dat de beperking rond ‘reverse engineering’ via louter observeren, ook uitdrukkelijke grenzen stelt rond het soort zintuiglijk waarneembare analyse-handelingen waarrond ze een ‘vrijstelling’ verleent. Dit doet deze beperking met name net door te stellen dat ze enkel toepassing vindt op analyse-handelingen die kwalificeren als een ‘observeren’, ‘bestuderen’ of ‘uittesten’ dat plaatsvindt bij de handelingen van het laden of in beeld brengen, de uitvoering, de transmissie of de opslag van het programma, die ‘rechtmatig’ zijn voor de rechtmatige gebruiker van dit programma. Hoe deze uitdrukkelijke grenzen precies verlopen in het licht van analyse-handelingen die inherent gepaard gaan met het dupliceren van een computerprogramma is daarbij niet altijd even duidelijk. Met name de precisering dat de betrokken beperking enkel een ‘observeren’, ‘bestuderen’ of ‘uittesten’ vrijstelt dat plaatsvindt bij een ‘rechtmatig’ laden, in beeld brengen, uitvoeren, doorsturen of opslaan van een computerprogramma doet daarbij dan de vraag rijzen of het ‘rechtmatig’ karakter van de opgesomde handelingen vast te stellen is: 1.) in het licht van objectieve criteria, in het bijzonder dan de inherente, technische kenmerken van de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie van het computerprogramma, dan wel 2.) in het licht van de handelingen rond het computerprogramma waarrond de rechthebbende zijn toestemming gaf in het kader van een overeenkomst²⁰⁹⁹. Deze vraagstelling is in die zin dus, *mutatis mutandis*, gelijk aan de hierboven besproken vraagstelling rond de reikwijdte van de notie ‘gebruik voor het beoogde doel’ in het kader van de uitdrukkelijke beperking die het computerprogramma-auteursrecht voorziet rond een dergelijk ‘gebruik voor het beoogde doel’²¹⁰⁰. In elk geval geldt dat bij het dupliceren van een computerprogramma dat het ‘rechtmatig’ laden, in beeld brengen, uitvoeren, doorsturen of opslaan ervan te buiten gaat, bijvoorbeeld bij het maken van een papieren afdruk van het computerprogramma, de beperking rond ‘reverse engineering’ via louter observeren geen toepassing kan vinden²¹⁰¹. Daarnaast geldt, in het licht van het naast elkaar bestaan van de beperking rond ‘reverse engineering’

indien hij dit doet bij het rechtmatig laden of in beeld brengen, de uitvoering, transmissie of opslag van het computerprogramma.” De Franse, Engelse en Duitse versie van art. 5.3. Richtlijn Computerprogramma’s geven echter aan dat een te nemen is dat de notie ‘rechtmatig’ een precisering inhoudt zowel rond het laden of in beeld brengen van het computerprogramma als rond de uitvoering, transmissie of opslag van het computerprogramma. De Franse, Engelse en Duitse versie van art. 5.3. Richtlijn Computerprogramma’s luiden immers respectievelijk: “*La personne habilitée à utiliser une copie d'un programme d'ordinateur peut, sans l'autorisation du titulaire du droit, observer, étudier ou tester le fonctionnement de ce programme afin de déterminer les idées et les principes qui sont à la base de n'importe quel élément du programme, lorsqu'elle effectue toute opération de chargement, d'affichage, de passage, de transmission ou de stockage du programme d'ordinateur qu'elle est en droit d'effectuer.*”; “*The person having a right to use a copy of a computer program shall be entitled, without the authorisation of the rightholder, to observe, study or test the functioning of the program in order to determine the ideas and principles which underlie any element of the program if he does so while performing any of the acts of loading, displaying, running, transmitting or storing the program which he is entitled to do.*” en “*Die zur Verwendung einer Programmkopie berechtigte Person kann, ohne die Genehmigung des Rechtsinhabers einholen zu müssen, das Funktionieren dieses Programms beobachten, untersuchen oder testen, um die einem Programmelement zugrundeliegenden Ideen und Grundsätze zu ermitteln, wenn sie dies durch Handlungen zum Laden, Anzeigen, Abläufen, Übertragen oder Speichern des Programms tut, zu denen sie berechtigt ist.*”.

²⁰⁹⁹ Vergelijk op dit vlak bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 66 (“*Weiter verlangt § 69 d Abs. 3, dass eine Handlung vorliegt, zu welcher der Handelnde berechtigt ist. § 69 d Abs. 3 erweitert also nicht etwa die Nutzungsrechte des Berechtigten, sondern sichert i. V. m. § 69 g Abs. 2 nur ab, dass diese nicht beschränkt werden (...). Verhindert werden soll, dass der Berechtigte unter dem Vorwand des Reverse Engineerings seine Nutzungsbefugnisse unzulässig erweitert; lizenzvertragliche Einschränkungen der Programmnutzung sind also auch bei Testläufen und sonstigen Handlungen i. S. v. § 69 d Abs. 3 zu beachten (...)*”); Anders: T. DREIER, “UrhG § 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 1.

²¹⁰⁰ Zie: art. 5.1. Richtlijn Computerprogramma’s en art. XI.299., §3 WER (oud art. 6, §3 Wet Computerprogramma’s).

²¹⁰¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 64 (“*Nicht erlaubt ist die Vervielfältigung des Programms über das zum*

via louter observeren en de beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie die uitdrukkelijk spreekt van “*de reproductie van de code en de vertaling van de codevorm*”²¹⁰², ook het volgende: dat analyse-handelingen *niet* onder de uitzondering rond ‘reverse engineering’ via louter observeren kunnen vallen indien zij resulteren in een beschrijving van de geanalyseerde, quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma in een hogere programmeertaal dan objectcode²¹⁰³. Rond het observeren van een computerprogramma dat de weergave inhoudt van de objectcode van dit computerprogramma op een beeldscherm is het bijvoorbeeld nog vrij gebruikelijk om aan te nemen dat dit onder de beperking rond ‘reverse engineering’ via louter observeren kan vallen²¹⁰⁴. Van zodra een analyse-handeling echter inhoudt dat met een ‘disassembler’ of een ‘decompiler’ een beschrijving gemaakt wordt van de quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma in, respectievelijk, een ‘assembly’-taal of een ‘high level programming’-taal²¹⁰⁵, geldt dat deze analyse-handeling buiten de beperking rond ‘reverse engineering’ via louter observeren valt²¹⁰⁶.

Om de vrijstelling te genieten van de beperking rond ‘reverse engineering’ via louter observeren, moeten analyse-handelingen, ten tweede, ook gericht zijn op de volgende doelstelling: vaststellingen doen rond de ideeën en beginselen die aan een element van het programma ten grondslag liggen²¹⁰⁷. Belangrijk hierbij is opnieuw dat aangenomen wordt dat de ‘vrijstelling’ van de beperking rond ‘reverse engineering’ via observeren dus *niet* beperkt is tot analyse-handelingen die kennis proberen te verwerven rond de ideeën en beginselen die aan de basis liggen van een element van een computerprogramma met het oog op het tot stand brengen van interoperabiliteit. Er geldt integendeel dat de ‘vrijstelling’ die de beperking rond ‘reverse engineering’ voorziet zich in het algemeen uitstrekt tot analyse-handelingen met het oog op het verwerven van kennis rond de ideeën en beginselen die aan een element van een computerprogramma ten grondslag liggen, ongeacht de achterliggende drijfveer om deze kennis te verwerven²¹⁰⁸. Hierbij mogen we dan echter wel niet uit het oog verliezen dat de beperking rond ‘reverse

Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern normale Maß hinaus (...). ... Ebenso sind zusätzliche Papierausdrucke des Programms nicht gestattet (...).”

²¹⁰² Zie: art. 6.1. Richtlijn Computerprogramma’s en art. XI.300., §1 WER (oud art. 7, §1 Wet Computerprogramma’s). Vergelijk op dit punt ook: H.v.J. 2 mei 2012, C-324/09 (SAS Institute v. World Programming), r.o. 60-61.

²¹⁰³ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. DREIER, “UrhG § 69 e Dekompilierung” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 1 (“§ 69 e regelt, in welchem Umfang Software- und Hardwarehersteller im Wege des Dekompilierens des Objektcodes eines fremden urheberrechtlich geschützten Programms auf dessen Quellcode Zugriff nehmen dürfen,...”) en M.-C. JANSSENS en S. VAN DE MOSSELAER, “Het arrest SAS Institute: een toepassing van de idee-expressie dichotomie op computerprogrammatuur”, *SEW* 2013, p. 238.

²¹⁰⁴ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. VINJE, “Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität”, *GRURInt* 1992, p. 254 (“Art. 5 Abs. 3 erlaubt dem Softwareentwickler sodann “das Funktionieren dieses Programms (zu) beobachten, untersuchen oder (zu) testen”. Das sind genau diejenigen Handlungen, die ein Entwickler vornimmt, wenn er im Wege der “black box“-Analyse vorgeht. Protokolliert er lediglich die Signalkommunikation, so schickt der Entwickler Nachrichten vom analysierten Programm zu einem anderen Programm oder Apparat und benutzt eine Vorrichtung, den sog. “line tracer”, um festzustellen, wie die beiden Programme zusammenarbeiten. Ebenso beobachtet und studiert der Entwickler Bildschirmanzeigen des hexadezimalen Objektcodes eines Programms, um herauszufinden, wie das Programm mit anderen Programmen oder Apparaten zusammenarbeitet.”) Anders echter: J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, p. 600 (Die aangeven dat het de ‘rechtmatige gebruiker’ ook niet toegestaan is om op een beeldscherm de objectcode van een computerprogramma te bekijken.).

²¹⁰⁵ Zie rond de technische aspecten van het gebruik van ‘disassemblers’ of ‘decompilers’, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: E. EILAM, *Reversing. Secrets of reverse engineering*, Indianapolis, Wiley, 2005, p. 459; P. SHARMA, *Software Engineering*, New Dheli, APH Publishing, 2004, p. 256; A. HUANG, *Hacking the Xbox: an introduction to reverse engineering*, San Francisco, No Starch Press, 2003, p. 42 en M. WEIK, *Computer Science and Communications Dictionary*, Berlijn, Springer, 2000, p. 372

²¹⁰⁶ M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 e Dekompilierung” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 4.

²¹⁰⁷ Zie: art. 5.3. Richtlijn Computerprogramma’s en art. XI.299., §3 WER (oud art. 6, §3 Wet Computerprogramma’s).

²¹⁰⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 65 (“Weiter müssen die Handlungen der Ermittlung der einem

engineering' via louter observeren, zoals zo net aangegeven, geen vrijstelling verleent rond analyse-handelingen die erop gericht zijn om tot een beschrijving te komen van de geanalyseerde, quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma in een hogere programmeertaal dan objectcode²¹⁰⁹.

Ten derde, stelt de beperking rond 'reverse engineering' via observeren ook dat ze enkel een uitzondering voorziet rond analyse-handelingen die gesteld worden door personen die over de hoedanigheid beschikken van 'rechtmatige gebruiker van een kopie van een programma'²¹¹⁰. In dit verband is het dan met name gebruikelijk om aan te nemen dat de hoedanigheid van 'rechtmatige gebruiker' in het kader van de beperking rond 'reverse engineering' via observeren overlapt met de hoedanigheid van 'rechtmatige verkrijger' in het kader van de hierboven besproken, uitdrukkelijke beperking die het computerprogramma-auteursrecht voorziet rond 'gebruik voor het beoogde doel'²¹¹¹. Dit betekent dus echter ook dat de hierboven beschreven discussie rond de vereisten die moeten vervuld zijn opdat een persoon de hoedanigheid zou verwerven van een 'rechtmatige verkrijger' en de daaraan gekoppelde mogelijkheid om de uitdrukkelijke beperking in te roepen rond 'gebruik voor het beoogde doel', zich, mutatis mutandis, eveneens voordoet in het kader van de uitdrukkelijke beperking de beperking rond 'reverse engineering' via observeren²¹¹².

Programmelement zugrunde liegenden Ideen und Grundsätze einschließlich der Schnittstelleninformationen dienen. ... Die zugrunde liegenden Ideen und Grundsätze dürfen zu unterschiedlichen Zwecken genutzt werden. Insofern macht § 69 d Abs. 3 anders als § 69 e im Grundsatz keine Einschränkung. Die zugrunde liegenden Ideen und Grundsätze können etwa der Herstellung der Kompatibilität und Programmierung von Schnittstellen, möglicherweise auch dem Nachweis der Übernahme von Programmcode in Verletzungsprozessen dienen (...). Die Ergründung der Ideen und Grundsätze kann allein aus Neugier, Wissensdurst oder zur Know-how-Gewinnung erfolgen, zur Ermittlung inoffizieller und undokumentierter Schnittstellen oder auch zur Dokumentation von Alt-Programmen dienen sowie schließlich bei der Fehlersuche helfen (...)."

²¹⁰⁹ Zie uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: M.-C. JANSSENS en S. VAN DE MOSSELAER, "Het arrest SAS Institute: een toepassing van de idee-expressie dichotomie op computerprogrammatuur", *SEW* 2013, p. 238 ("De uitzondering in artikel 5.3 Software-richtlijn heeft betrekking op de zogenaamde 'black-box'-analyse. ... Via 'black-box'-analyse mag de gebruiker het programma analyseren tot in de verst mogelijke details, maar met beperkte middelen: hij mag bijvoorbeeld de doelcode niet omzetten in broncode wat een meer exhaustieve analyse zou opleveren (tenzij onder de voorwaarden van de uitzondering van decompilatie in artikel 6 Software-richtlijn)").

²¹¹⁰ Zie: art. 5.3. Richtlijn Computerprogramma's en art. XI.299., §3 WER (oud art. 6, §3 Wet Computerprogramma's).

²¹¹¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. DREIER, "UrhG § 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen" in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 21 en B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 70.

²¹¹² Vergelijk op dit vlak, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, "UrhG § 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen" in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 66 ("Weiter verlangt § 69 d Abs. 3, dass eine Handlung vorliegt, zu welcher der Handelnde berechtigt ist. § 69 d Abs. 3 erweitert also nicht etwa die Nutzungsrechte des Berechtigten, sondern sichert i. V. m. § 69 g Abs. 2 nur ab, dass diese nicht beschränkt werden (...). Verhindert werden soll, dass der Berechtigte unter dem Vorwand des Reverse Engineerings seine Nutzungsbefugnisse unzulässig erweitert; lizenzvertragliche Einschränkungen der Programmnutzung sind also auch bei Testläufen und sonstigen Handlungen i. S. v. § 69 d Abs. 3 zu beachten (...)."); Anders: T. DREIER, "UrhG § 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen" in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 1; Zie in dit verband ook, naar aanleiding van een prejudiciële vraag in dit verband: H.v.J. 2 mei 2012, C-324/09 (*SAS Institute v. World Programming*), r.o. 62 ("In die omstandigheden moet op de zesde en de zevende vraag worden geantwoord dat artikel 5, lid 3, van richtlijn 91/250 aldus moet worden uitgelegd dat degene die onder licentie een kopie van een computerprogramma heeft verkregen, zonder de toestemming van de auteursrechthebbende de functionaliteit van dit programma kan observeren, bestuderen of uittesten teneinde vast te stellen welke ideeën en beginselen aan een element van dat programma ten grondslag liggen, wanneer deze persoon door die licentie gedekte handelingen verricht, alsook handelingen waarbij dit programma wordt geladen en uitgevoerd en die voor het gebruik van het computerprogramma noodzakelijk zijn, op voorwaarde dat hij geen afbreuk doet aan de exclusieve rechten van de rechthebbende van dit programma.") Terecht merken JANSSENS en VAN DE MOSSELAER naar aanleiding van dit arrest op: "De uitzondering kan enkel worden ingeroepen door een 'rechtmatige gebruiker'. Het Hof heeft deze SAS-zaak helaas niet aangegrepen om te verduidelijken wat onder deze notie moet worden verstaan en welke relevantie toekomt aan de verschillende terminologie die gehanteerd wordt in lid 1 van artikel 5 Software-richtlijn ('rechtmatige verkrijger'). In de rechtsleer bestaat hierover

Ten slotte, is dan op te merken dat de beperking rond ‘reverse engineering’ via louter observeren, de mogelijkheid om haar vrijstelling in te roepen rond bepaalde analyse-handelingen, niet afhankelijk maakt van vereisten rond het precieze voorwerp van deze analyse-handelingen binnen het geanalyseerde computerprogramma²¹¹³. Met name in vergelijking met de beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie valt op dat deze beperking rond ‘reverse engineering’ via louter observeren voor het verlenen van haar vrijstelling niet vereist dat analyse-handelingen zouden beperkt blijven tot die delen van een computerprogramma die echt noodzakelijk zijn om kennis te verkrijgen rond de ideeën en beginselen die aan een element van het programma ten grondslag liggen en al evenmin dat analyse-handelingen zich zouden beperken tot die delen van een computerprogramma die noodzakelijk zijn voor het tot stand brengen van interoperabiliteit²¹¹⁴.

Uiteindelijk stellen we vast dat de rechtsleer soms relatief negatief staat tegenover de beperking rond ‘reverse engineering’ via observeren en haar vrijstelling rond analyse-handelingen. VERKADE, SPOOR en VISSER bestempelen de betrokken beperking zelf uitdrukkelijk als “*een morsdode mus, zo niet erger*”. De kritiek van deze auteurs is met name dat de betrokken beperking in wezen enkel een vrijstelling verleent rond analyse-handelingen waartoe de ‘rechtmatige gebruiker’ op grond van andere bepalingen reeds bevoegd is en deze rechtmatige gebruiker dus geen extra rechten verleent. Volgens deze auteurs is het vooral belangrijk om op te merken dat de betrokken beperking rond ‘reverse engineering’ via observeren in wezen bevestigt dat zelfs de ‘rechtmatige gebruiker’ van een computerprogramma niet in het computerprogramma mag kijken om te achterhalen hoe het werkt²¹¹⁵.

B. ‘Reverse engineering’ door decompilatie

In het kader van de regeling die het computerprogramma-auteursrecht voorziet rond ‘reverse engineering’ via decompilatie, treffen we, zoals aangehaald, een erg uitgebreide opsomming aan van de voorwaarden die analyse-handelingen moeten vervullen om ‘vrijgesteld’ te zijn onder deze regeling²¹¹⁶. Ook hier kunnen we echter stellen

onzekerheid (...)” M.-C. JANSSENS en S. VAN DE MOSELAER, “Het arrest SAS Institute: een toepassing van de idee-expressie dichotomie op computerprogrammatuur”, *SEW* 2013, p. 238.

²¹¹³ Zie in die zin ook: T. DREIER, “UrhG § 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 22 (“*Im Gegensatz zu § 69 e ist die Ausnahme des § 69 d Abs. 3 nicht auf einzelne Programmteile beschränkt, sondern erfasst das gesamte Programm (...)*”); Vergelijk ook: M.-C. JANSSENS en S. VAN DE MOSELAER, “Het arrest SAS Institute: een toepassing van de idee-expressie dichotomie op computerprogrammatuur”, *SEW* 2013, p. 238.

²¹¹⁴ Zie: art. 6.1. Richtlijn Computerprogramma’s en art. XI.300., §1 WER (oud art. 7, §1 Wet Computerprogramma’s).

²¹¹⁵ Zie rond deze punten van kritiek: J. SPOOR, D. VERKADE en D. VISSER, *Auteursrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, p. 600; In die zin ook: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 66; Vergelijk: T. DREIER, “UrhG § 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 22 (“*Dennoch hat § 69 d Abs. 3 auch einen eigenständigen Anwendungsbereich. Denn da das Beobachten und Testen, sofern es mit einer Vielfältigung verbunden ist, nach § 69 c Nr. 1 der Zustimmung des Rechtsinhabers bedarf, § 69 d Abs. 1 insoweit jedoch nur eine Ausnahme im Rahmen der bestimmungsgemäßen Programmnutzung vorsieht, bedurfte es der gesonderten Freistellung zugunsten desjenigen, der ein Programm allein zu Test- und Beobachtungszwecken laufen lässt sowie zugunsten desjenigen, der ein fremdes Programm im Zuge des Ladens usw. auf die ungeschützten Ideen und Grundsätze hin beobachten, untersuchen und testen will()*”).

²¹¹⁶ Zie in dit verband: art. 6.1. Richtlijn Computerprogramma’s (“*Er is geen toestemming van de rechthebbende vereist indien de reproductie van de code en de vertaling van de codevorm in de zin van artikel 4, lid 1, onder a) en b), onmisbaar zijn om de informatie te verkrijgen die nodig is om de interoperabiliteit van een onafhankelijk gecreëerd computerprogramma met andere programma’s tot stand te brengen, op voorwaarde dat: a) deze handelingen worden verricht door de licentiehouder of door een ander die het recht heeft om een kopie van het programma te gebruiken, of voor hun rekening door een daartoe gemachtigde persoon; b) de gegevens die nodig zijn om de interoperabiliteit tot stand te brengen nog niet eerder snel en gemakkelijk beschikbaar zijn gesteld voor de onder a) bedoelde personen, en c) deze handelingen beperkt blijven tot die onderdelen van het oorspronkelijke programma die voor het tot stand brengen van interoperabiliteit noodzakelijk zijn.*”) en art. XI.300., §1 WER (oud art. 7, §1 Wet Computerprogramma’s).

dat in dit verband, in wezen, rekening te houden is met voorwaarden op het vlak van: 1.) de zintuiglijk waarneembare kenmerken van de betrokken analyse-handelingen, 2.) de concrete doelstelling van deze analyse-handelingen, 3.) het voorwerp van deze analyse-handelingen en 4.) de hoedanigheid van de persoon die deze analyse-handelingen stelt.

Ten eerste, geeft de beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie immers aan dat de vrijstelling die ze verleent enkel toepassing kan vinden op analyse-handelingen die: 1.) kwalificeren als het ‘reproducen’ van de code of het ‘vertalen’ van de codevorm van het computerprogramma én 2.) onmisbaar zijn om de informatie te verkrijgen die nodig is om de interoperabiliteit van een onafhankelijk gecreëerd computerprogramma met andere programma's tot stand te brengen²¹¹⁷.

De beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie biedt dus enkel een ‘vrijstelling’, voor het geval dat analyse-handelingen, met name op grond van hun inherente en contextgebonden zintuiglijk waarneembare kenmerken, in beginsel, zouden kunnen kwalificeren als een aan de betrokken rechthebbende voorbehouden ‘reproducen’ van de code of ‘vertalen’ van de codevorm. De uitdrukkelijke verwijzing naar ‘code’ en ‘codevorm’ geldt daarbij als aanwijzing dat de beperking rond ‘reverse engineering’ enkel aan de orde is voor het vrijstellen van analyse-handelingen die resulteren in een beschrijving van de geanalyseerde, quasi-direct uitvoerbare manifestaties van een computerprogramma in een hogere programmeertaal dan objectcode, met name een beschrijving in doelcode in een ‘assembly’-taal of een ‘high level programming’-taal²¹¹⁸. In zoverre, zoals aangegeven, aan te nemen is dat de reikwijdte van de categorie voorbehouden handelingen ‘reproducen’ en ‘vertalen’ een breed gamma aan zintuiglijk waarneembare handelingen omvat die resulteren in duplicaties, is, volgens ons, dan opnieuw rekening te houden met het volgende: dat de ‘vrijstelling’ die de betrokken beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie biedt, door een uitzondering te formuleren rond een dergelijk ‘reproducen’ van de code of ‘vertalen’ van de codevorm, zich, in beginsel, uitstrekt tot hetzelfde brede gamma aan zintuiglijk waarneembare handelingen rond ‘code’ en de ‘codevorm’ dat onder de betrokken categorieën voorbehouden handelingen ‘reproducen’ of ‘vertalen’ valt. Om die reden geldt volgens ons dan ook dat de beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie, in beginsel, ruim genoeg is om het tijdelijk en permanent dupliceren vrij te stellen dat plaatsvindt in het kader van de courante ‘white box’-analyse van computerprogramma's aan de hand van de inzet van ‘disassemblers’ of ‘decompilers’²¹¹⁹. De daadwerkelijke vrijstelling van het zonet aangehaalde dupliceren door de beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie, vraagt daarbij dus wel opnieuw dat dit dupliceren inderdaad alle vereisten vervult die de beperking daartoe stelt, met inbegrip van de vereisten die we zo meteen bespreken rond de toegelaten toepassingen van de kennis die verkregen werd op grond van de uitdrukkelijk vrijgestelde analyse-handelingen. Waar, zoals aangegeven, aanvaard wordt dat de rechthebbende in het kader van het computerprogramma-auteursrecht, ook een exclusieve bevoegdheid toekomt rond de categorie voorbehouden handelingen ‘publiek mededelen’²¹²⁰, is volgens ons dus wel op te merken dat de beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie, door specifiek te refereren naar

²¹¹⁷ Zie: art. 6.1. Richtlijn Computerprogramma's en art. XI.300., §1 WER (oud art. 7, §1 Wet Computerprogramma's).

²¹¹⁸ Zie rond de technische aspecten van het gebruik van ‘disassemblers’ of ‘decompilers’, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: E. EILAM, *Reversing. Secrets of reverse engineering*, Indianapolis, Wiley, 2005, p. 459; P. SHARMA, *Software Engineering*, New Delhi, APH Publishing, 2004, p. 256; A. HUANG, *Hacking the Xbox: an introduction to reverse engineering*, San Francisco, No Starch Press, 2003, p. 42 en M. WEIK, *Computer Science and Communications Dictionary*, Berlijn, Springer, 2000, p. 372.

²¹¹⁹ Zie in die zin ook: T. VINJE, “Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität”, *GRURInt* 1992, p. 257 e.v..

²¹²⁰ Bij het computerprogramma-auteursrecht is het ‘publiek medelen’, bij gebrek aan uitdrukkelijke bepalingen hierrond in de betrokken regelgeving, in de regel, aan de orde in het licht van de aanvullende werking van het algemene auteursrecht die aanvaard wordt ten aanzien van het computerprogramma-auteursrecht. Zie in die zin bijvoorbeeld: M.-C. JANSSENS, “Bescherming van computerprogramma's: oude wijn in nieuwe vaten?”, *DAOR* 2011, p. 215 en A. STROWEL en E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données multimedia. Droit belge, européen et comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, p. 216-217; Vergelijk echter ook: § 69c Duitse Auteurswet: “Der Rechtsinhaber hat das ausschließliche Recht, folgende Handlungen vorzunehmen oder zu gestatten: ... 4. die drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Wiedergabe eines Computerprogramms einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung in der Weise, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist.”.

‘reproducen’ en ‘vertalen’, dus in principe geen basis biedt om analyse-handelingen vrij te stellen waarvan de intellectueelrechtelijk relevantie, op grond van hun inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken, te beoordelen is in het licht van de betrokken categorie voorbehouden handelingen ‘publiek mededelen²¹²¹’.

Daarnaast geldt de vrijstelling op grond van de beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie dus ook enkel voor analyse-handelingen die ‘onmisbaar’ zijn om de informatie te verkrijgen die nodig is om de interoperabiliteit van een onafhankelijk gecreëerd computerprogramma met andere programma's tot stand te brengen. De uitdrukking ‘onmisbaar’ moet hierbij in de eerste plaats aangeven dat een persoon enkel een beroep kan doen op deze beperking om over te gaan tot analyse-handelingen die zouden kunnen kwalificeren als een ‘reproducen’ van de code of ‘vertalen’ van de codevorm, indien het in het concrete geval niet mogelijk is om langs een andere weg de kennis te verwerven die nodig is om de interoperabiliteit van een onafhankelijk gecreëerd computerprogramma met andere programma's tot stand te brengen. Welke drempel precies te hanteren is om analyse-handelingen als onmisbaar te beschouwen is in de zonet beschreven zin en context is niet eenvoudig vast te leggen. In de rechtsleer is het in dit verband wel gebruikelijk om aan te nemen dat een dergelijk ‘onmisbaar’ zijn vraagt dat de betrokken informatie met het oog op het bereiken van interoperabiliteit nog niet eerder snel en gemakkelijk beschikbaar is gesteld en dat deze informatie zich al evenmin liet verkrijgen aan de hand van analyse-handelingen die de vrijstelling genieten van de beperking rond ‘reverse engineering’ via louter observeren²¹²². Daarbij is er, volgens ons, ook rekening mee te houden dat het vereiste rond het ‘onmisbaar’ zijn van de analyse-handelingen niet alleen als een aanwijzing kan gezien worden om de gevallen te kwalificeren waarin een beroep mogelijk is op de beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie maar ook als een verdere precisering van het ‘reproducen’ van de code of ‘vertalen’ van de codevorm dat in een concreet geval inderdaad de vrijstelling geniet van deze beperking.

Om vrijgesteld te zijn onder de beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie, moeten analyse-handelingen ten tweede gericht zijn op de volgende doelstelling: informatie verkrijgen die nodig is om de interoperabiliteit van een onafhankelijk gecreëerd computerprogramma tot stand te brengen met andere programma's²¹²³. We kunnen stellen dat de betrokken beperking deze doelstelling daarbij ook verder preciseert, met name dan het element ‘nodig zijn’, door uitdrukkelijk aan te geven dat ze enkel een uitzondering voorziet rond

²¹²¹ Vergelijk op dit punt, *mutatis mutandis*, de observaties, bij: M. GRÜTZMACHER, “§ 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 12 (“Schwierigkeiten bereitet, dass § 69 d Abs. 1 im Grundsatz nicht für das Recht zur öffentlichen Wiedergabe (...) gilt, so dass für den Netzwerkbetrieb nicht die Erlaubnis aufgrund von § 69 d reichte. Da der Gesetzgeber dieses Problem augenscheinlich übersehen hat, erscheint eine analoge Anwendung des § 69 d Abs. 1 gerechtfertigt (...).”); T. DREIER, “§ 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 10 (“Keine Ausnahme enthält § 69 d demgegenüber hinsichtlich des Verbreitungsrechts nach § 69 c Nr. 3 und des später eingefügten Rechts der öffentlichen Wiedergabe in § 69 c Nr. 4(...).”).

²¹²² Zie in die zin bijvoorbeeld: T. DREIER, “UrhG § 69 e Dekompilierung” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 10 (“Die Unerlässlichkeit setzt voraus, dass die Interoperabilität nicht auch auf andere Weise erzielt werden kann, sei es, dass der Betreffende die Informationen also insbesondere nicht bereits im Wege des nach § 69 d Abs. 3 zulässigen Beobachtens, Untersuchens oder Testens des fremden geschützten Programms und dessen Laufs hat in Erfahrung bringen können, sei es, dass ihm die zur Interoperabilität notwendigen Informationen bereits auf andere Weise zugänglich gemacht sind (...).”); Vergelijk ook: T. VINJE, “Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität”, *GRURInt* 1992, p. 257 (“Man kann erwarten, daß sie z.B. nicht verlangen, daß Entwickler erst eine Unzahl von “black box” reverse analysis-Versuchen vornehmen, ehe die Dekompilierung erlaubt sein soll. Andernfalls würde wirtschaftlicher Ineffizienz Vorschub geleistet und es würden die europäischen Softwareentwickler ihren überseeischen Wettbewerbern gegenüber in erheblicher Weise benachteiligt. In der Praxis sollte die Voraussetzung der Unerläßlichkeit kein Problem darstellen, da die Dekompilierung eine erhebliche Versiertheit, Zeit und Kosten erfordert und nicht leichthin vorgenommen wird.”) en B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 77.

²¹²³ Zie: art. 6.1., aanhef Richtlijn Computerprogramma's en art. XI.300., §1, aanhef WER (oud art. 7, §1, aanhef Wet Computerprogramma's).

analyse-handelingen met het oog op het tot stand brengen van interoperabiliteit die gericht zijn op het verkrijgen van gegevens die nog niet eerder snel en gemakkelijk beschikbaar gesteld zijn²¹²⁴.

De zonet aangehaalde precisering dat analyse-handelingen voor het genot van de beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie gericht moeten zijn op gegevens die nog niet eerder snel en gemakkelijk beschikbaar gesteld zijn vormt daarbij geen al te grote drempel. Gegevens zullen immers inderdaad beschouwd worden als ‘eerder snel en gemakkelijk beschikbaar gesteld’ in de zonet vermelde zin als zij bijvoorbeeld algemeen bekend zijn of door de rechthebbende van het bestaande computerprogramma gratis ter beschikking gesteld werden²¹²⁵. Er wordt echter reeds aangenomen dat gegevens in de zonet vermelde zin ‘nog niet eerder snel en gemakkelijk beschikbaar gesteld zijn’ indien deze gegevens enkel tegen betaling te verkrijgen zijn of indien, al staat dit ter discussie, zij enkel te verkrijgen zijn door specifiek navraag te doen bij de rechthebbende van het bestaande computerprogramma²¹²⁶.

Ook de zonet aangehaalde, eigenlijke doelstelling van het verkrijgen van informatie “*die nodig is om de interoperabiliteit van een onafhankelijk gecreëerd computerprogramma met andere programma's tot stand te brengen*”²¹²⁷, is, als parameter die de reikwijdte bepaalt van de beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie, al evenmin al te eng op te vatten. De overwegingen bij de Richtlijn Computerprogramma’s stellen namelijk dat interoperabiliteit te verstaan is als “*het vermogen om informatie uit te wisselen en om deze uitgewisselde informatie onderling te gebruiken*”²¹²⁸. In het licht van deze omschrijving van de notie interoperabiliteit geldt dat de doelstelling van het verwezenlijken van interoperabiliteit binnen de beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie, analyse-handelingen dekt ten belope van het streven om een volstrekt ‘twee richtingsverkeer’ teweeg te brengen in de interactie tussen het onafhankelijk gecreëerde computerprogramma en het bestaande computerprogramma²¹²⁹. Waar de beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie in algemene zin spreekt van de doelstelling om interoperabiliteit tot stand te brengen “*met andere programma's*”,

²¹²⁴ Zie: art. 6.1., b) Richtlijn Computerprogramma’s en art. XI.300., §1, b) WER (oud art. 7, §1, b) Wet Computerprogramma’s).

²¹²⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “§ 69 e Dekompilierung” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 14.

²¹²⁶ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “§ 69 e Dekompilierung” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 14-15; T. DREIER, “§ 69 e Dekompilierung” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 15 en T. VINJE, “Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität”, *GRURInt* 1992, p. 257.

²¹²⁷ Zie: art. 6.1., aanhef Richtlijn Computerprogramma’s en art. XI.300., §1, aanhef WER (oud art. 7, §1, aanhef Wet Computerprogramma’s).

²¹²⁸ Richtlijn Computerprogramma’s, overweging 10.

²¹²⁹ Vergelijk op dit punt met name: G.v.E.A., 17 september 2007, T-201/04, (Microsoft v. Commissie), r.o. 108 (“*Microsoft verdedigt sinds het begin van de administratieve procedure het standpunt dat het begrip „compatibiliteit” dat de Commissie in het onderhavige geval gebruikt, niet overeenstemt met het begrip „volledige compatibiliteit” als bedoeld in richtlijn 91/250, en niet overeenstemt met de wijze waarop ondernemingen in de praktijk hun computernetwerken organiseren (zie met name punten 151 157 van het antwoord van 16 november 2001 op de tweede mededeling van punten van bezwaar en bladzijden 29 en 30 van het antwoord van 17 oktober 2003 op de derde mededeling van punten van bezwaar). Microsoft stelt in het bijzonder dat „een ontwerper van besturingssystemen voor servers volledige compatibiliteit bereikt wanneer het mogelijk is om vanuit een Windows-besturingssysteem voor client-pc’s toegang te krijgen tot alle functionaliteiten van zijn programma” (punt 143 van het antwoord van 17 november 2000 op de eerste mededeling van punten van bezwaar; zie in dezelfde zin tevens bladzijden 29 en 63 van het antwoord van 17 oktober 2003 op de derde mededeling van punten van bezwaar). Microsoft gebruikt dus, in de woorden van de Commissie, een definitie die „éénrichtingsverkeer” inhoudt, terwijl zij zich juist baseert op een „verhouding die tweerichtingsverkeer inhoudt” (punt 758 van de bestreden beschikking).”) en r.o. 226 (“*Zoals de Commissie uitlegt in de punten 752 tot en met 754, 759 en 760 van de bestreden beschikking, leent de tiende overweging van de considerans van richtlijn 91/250 – in de Engelse dan wel de Franse versie – zich dus niet voor de door Microsoft bepleite „éénrichtingsverkeer”-uitlegging. Integendeel, zoals de Commissie terecht benadrukt in punt 758 van de bestreden beschikking, blijkt uit die overweging duidelijk dat compatibiliteit naar haar aard een verhouding in twee richtingen impliceert, aangezien daarin wordt aangegeven dat „een computerprogramma de communicatie en wisselwerking met andere componenten van een computersysteem [...] moet verzorgen”. In dezelfde zin wordt in de twaalfde overweging van de considerans van richtlijn 91/250 compatibiliteit gedefinieerd als „het vermogen om informatie uit te wisselen en om deze uitgewisselde informatie onderling te gebruiken”.*”).*

geldt dit bovendien als aanwijzing dat deze beperking zowel analyse-handelingen kan dekken ten aanzien van een bestaand computerprogramma die erop gericht zijn om interoperabiliteit te verwezenlijken met dit bestaande computerprogramma als analyse-handelingen ten aanzien van een bestaand computerprogramma die erop gericht zijn om interoperabiliteit te verwezenlijken met een ander, bestaand computerprogramma²¹³⁰. Dit impliceert dus ook dat de beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie in principe een vrijstelling kan verlenen rond het decompileren van een bestaand computerprogramma met het oog op het creëren van een computerprogramma dat een concurrerend aanbod vormt voor dit bestaande computerprogramma, althans indien dit decompileren van het betrokken bestaande computerprogramma onmisbaar is om de informatie te verkrijgen die nodig is om het gecreëerde, concurrerende computerprogramma interoperabel te maken met een derde computerprogramma waarmee dit te decompileren, bestaande computerprogramma interageert²¹³¹. Hierbij is er dus echter wel rekening mee te houden dat de beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie uitdrukkelijk aangeeft dat ze enkel een vrijstelling verleent voor analyse-handelingen die erop gericht zijn om de interoperabiliteit tot stand te brengen van een “*onafhankelijk gecreëerd computerprogramma*”²¹³². Deze beperking biedt met andere woorden dus niet zomaar een vrijstelling rond het één op één kopiëren van een bestaand computerprogramma dat zich laat verantwoorden door een streven naar interoperabiliteit²¹³³.

Ten derde, is ook op te merken dat de beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie enkel een vrijstelling verleent rond analyse-handelingen met een welbepaald voorwerp, met name analyse-handelingen die beperkt blijven tot die onderdelen van het oorspronkelijke programma die voor het tot stand brengen van compatibiliteit noodzakelijk zijn²¹³⁴. In het licht van dit vereiste wordt niet *per se* verwacht dat een persoon het decompileren van een computerprogramma beperkt tot die delen van een computerprogramma waarvan hij, op grond van aanwijzingen van de betrokken rechthebbende dan wel analyse-handelingen in het kader van de beperking rond ‘reverse engineering’ via louter observeren, reeds weet dat zij interfaces vormen voor het verwezenlijken van interoperabiliteit. Dit vereiste vraagt veeleer dat een persoon de mate waarin hij delen van het bestaande computerprogramma decompileert steeds als volgt kan verantwoorden: in het licht van de nagestreefde interoperabiliteit en de concrete omstandigheden was aannemelijk dat die delen van het bestaande computerprogramma te decompileren waren²¹³⁵. Indien dit *in concreto* te rechtvaardigen is in het licht van het

²¹³⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. VINJE, “Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität”, *GRURInt* 1992, p. 255 e.v. en B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 78 (“*The next point of interest is that interoperability is not restricted to any particular program. Thus, the independently created program may interoperate with the one which has been decompiled, or with others in a system.*”).

²¹³¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “§ 69 e Dekompilierung” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 8 (“*Die Interoperabilität mit anderen Programmen muss bezweckt werden. Nach dem Wortlaut des § 69 e und des Art. 6 der Computerprogramm-Richtlinie ist es also gleichgültig, ob das zu schaffende Programm mit dem dekompileerten oder mit einem dritten Programm interoperabel sein soll. Es darf, worum im Gesetzgebungsverfahren lange gerungen wurde, im Rahmen des § 69 e also auch eine Dekompilierung stattfinden, wenn ein konkurrierendes, ersetzendes Programm geschaffen werden soll.*”); B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, 83 (“*A more accurate statement is that a program developed by the application of Article 6, i.e. by decompiling other programs, may compete with those programs provided that the decompilation is done for the purpose of achieving interoperability. This means that decompilation may not be carried out in order to make a competing product which is not required to interoperate in any way with the programs which are the source of the information on which it is based.*”); T. VINJE, “Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität”, *GRURInt* 1992, p. 255 e.v. en M. LEHMANN, “Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen”, *GRURInt* 1991, p. 334.

²¹³² Zie: art. 6.1., aanhef Richtlijn Computerprogramma’s en art. XI.300., §1, aanhef WER (oud art. 7, §1, aanhef Wet Computerprogramma’s).

²¹³³ Vergelijk in die zin bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “§ 69 e Dekompilierung” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 11.

²¹³⁴ Zie: art. 6.1., c) Richtlijn Computerprogramma’s en art. XI.300., §1, c) WER (oud art. 7, §1, c) Wet Computerprogramma’s).

²¹³⁵ Zie bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “§ 69 e Dekompilierung” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 16 (“*Die Dekompilierung ist weiter nur*

streven om informatie verkrijgen die nodig is om de interoperabiliteit van een onafhankelijk gecreëerd computerprogramma tot stand te brengen met andere programma's, verhindert het zonet vermelde vereiste om het decompileren te beperken tot wat noodzakelijk is, dus niet om een bestaand computerprogramma in zijn geheel te decompileren²¹³⁶.

Ten vierde, stellen we ook vast dat de beperking rond 'reverse engineering' via decompilatie enkel een uitzondering voorziet rond analyse-handelingen die gesteld worden door personen die over een specifieke hoedanigheid beschikken: 1.) de hoedanigheid van licentiehouders, 2.) de hoedanigheid van persoon die het recht heeft om een kopie van het programma te gebruiken of 3.) de hoedanigheid van een persoon die gemachtigd is om voor rekening te handelen van de zonet vermelde licentiehouders of persoon met het recht om een kopie van het programma te gebruiken²¹³⁷. In dit verband is het dan met name opnieuw gebruikelijk om aan te nemen dat de hoedanigheid van 'persoon die het recht heeft om een kopie van het programma te gebruiken' in het kader van de beperking rond 'reverse engineering' via decompilatie uiteindelijk overlapt met de hoedanigheid van 'rechtmatige verkrijger' in het kader van de hierboven besproken, uitdrukkelijke beperking die het computerprogramma-auteursrecht voorziet rond 'gebruik voor het beoogde doel'²¹³⁸. Ook hier betekent dit dan echter dat de hierboven beschreven discussie rond de vereisten die moeten vervuld zijn opdat een persoon de hoedanigheid zou verwerven van een 'rechtmatige verkrijger' en de daaraan gekoppelde mogelijkheid om de uitdrukkelijke beperking in te roepen rond 'gebruik voor het beoogde doel', zich, mutatis mutandis, eveneens voordoet in het kader van de uitdrukkelijke beperking de beperking rond 'reverse engineering' via decompilatie²¹³⁹.

Ten slotte, is ook op te merken dat de vrijstelling die de beperking rond 'reverse engineering' via decompilatie verleent rond analyse-handelingen nog eens uitdrukkelijk onderworpen is aan een bijkomende toetsing: de uitlegging van deze beperking mag geen aanleiding geven tot een toepassing ervan die ongerechtvaardigd nadeel oplevert voor de rechtmatige belangen van de rechthebbende of het normale gebruik belemmert van het computerprogramma. Volgens de rechtsleer is de expliciete verwijzing naar deze toetsing vooral te verstaan als een benadrukken dat de betrokken beperking rond 'reverse engineering' via decompilatie er naar streeft om een passende belangenafweging door te voeren in het licht van 'reverse engineering'²¹⁴⁰.

soweit unerlässlich, wie Programmteile dekompiert werden, welche Informationen zur Herstellung der Interoperabilität enthalten. Das ist eine Frage des Einzelfalles, die aber nicht ausschließlich ex post zu beurteilen ist (...). Richtigerweise kann der Dekompilierende die Frage zwar ex ante nicht beurteilen. Entscheidend muss daher aber sein, was er angesichts der ihm bekannten Tatsachen ex ante für erforderlich halten durfte.") en B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 81 ("He must merely justify the scope of his decompilation in relation to the objective he pursues.").

²¹³⁶ In die zin bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, "§ 69 e Dekompilierung" in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 16 en T. VINJE, "Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität", *GRURInt* 1992, p. 257.

²¹³⁷ Zie: art. 6.1., a) Richtlijn Computerprogramma's en art. XI.300., §1, a) WER (oud art. 7, §1, a) Wet Computerprogramma's).

²¹³⁸ Zie in die zin bijvoorbeeld: T. DREIER, "UrhG § 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen" in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 21 en B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 70.

²¹³⁹ In die zin bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, "§ 69 e Dekompilierung" in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 12.

²¹⁴⁰ In die zin bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, "§ 69 e Dekompilierung" in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 24; ("Ein konkreter Inhalt ist Abs. 3 nicht zu entnehmen; vielmehr wird noch einmal das Ziel der Vorschrift betont, einen angemessenen Interessenausgleich herbeizuführen") Zie in deze zin ook: B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 80-81 (Waar deze auteurs overigens ook uitdrukkelijk aangeven dat de betrokken toetsing geen argument vormt om te verhinderen dat een beroep gedaan wordt op de beperking rond 'reverse engineering' via decompilatie, om tot bijkomende, interoperabele computerprogramma's te komen die concurreren met het gedecompileerde computerprogramma.).

De rechtsleer blijkt nu opnieuw niet onverdeeld positief te staan tegenover de beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie en haar hierboven besproken vrijstelling rond analyse-handelingen. Verschillende auteurs hebben reeds aangegeven dat de vele vereisten die deze beperking stelt rond een toegelaten ‘decompileren’ naar ‘overregulering’ neigen waaruit vooral blijkt hoe moeilijk het was om, tegen de achtergrond van het lobbywerk van de betrokken belanghebbenden, tot een compromis-regeling te komen rond ‘reverse engineering’ via decompilatie²¹⁴¹. VINJE maakte daarbij overigens ook reeds de analyse dat aan te nemen is dat de vele vereisten die de beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie stelt rond een toegelaten ‘decompileren’ uiteindelijk vrij weinig invloed hebben op de praktijk rond ‘decompileren’²¹⁴². Waar de beperking om ‘decompilatie’ vrij te stellen sterk hamert op de doelstelling van het tot stand brengen van interoperabiliteit met andere computerprogramma’s, benadrukt deze auteur immers dat deze doelstelling uiteindelijk, zoals ook hierboven aan bod kwam, erg breed op te vatten is²¹⁴³. De vele vereisten die in wezen vragen om het ‘decompileren’ van een bestaand computerprogramma te beperken tot wat onmisbaar of noodzakelijk is met het oog op het bereiken van interoperabiliteit, zullen, volgens VINJE, trouwens in de regel vanzelf vervuld worden in de praktijk, aangezien ‘decompileren’ ook tijd en geld vraagt²¹⁴⁴.

4.1.3. Analyse-handelingen binnen de ‘basisregeling’ geïnterpreteerd in het licht van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’

Vervolgens bespreken we dan ook in welke mate zintuiglijk waarneembare analyse-handelingen voorbehouden zijn aan de betrokken rechthebbende op grond van de ‘basisregeling’ rond het afbakenen van de toegekende bescherming, zonder specifieke ‘reverse engineering’-voorschriften dus, die we aantreffen binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, het octrooirecht, auteursrecht en het ingrijpen van ‘parasitaire mededinging’. Zoals aangegeven, bouwen we daarbij verder op de hierboven besproken, mogelijke interpretatie van de ‘basisregeling’ die de betrokken beschermingsregimes voorzien rond het afbakenen van hun bescherming, in het licht van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’.

Bij de hierboven besproken, *mogelijke* interpretatie conform de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, is de bevoegdheid over analyse-handelingen die de rechthebbende ontleent aan de ‘basisregeling’ binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, het octrooirecht, auteursrecht en het ingrijpen van ‘parasitaire mededinging’, in wezen telkens beheerst door het volgende principe: deze beschermingsregimes verlenen de rechthebbende of belanghebbende producent enkel een bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare handelingen van andere personen die aanleiding geven tot een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die in wezen mogelijk gemaakt zijn door te steunen op (de positieve

²¹⁴¹ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. LEHMANN, “Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen”, *GRURInt* 1991, p. 334 (“Wenn man ansonsten den Wortlaut von Art. 6 im Detail betrachtet, drängt sich fast der Gedanke einer “overregulation” auf, denn nach der minutiösen Festlegung der eingeschränkten Voraussetzungen (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. a - c als kumulative Bedingungen) für die Zulässigkeit einer Rückwärtsanalyse, die sich allein aus urheberrechtlichen Erwägungen nicht mehr rechtfertigen lassen,...”) Vergelijk op dit punt ook: Evaluatie Richtlijn Computerprogramma’s, p. 21 (“De richtlijn en met name de decompilatiebepalingen waren het resultaat van uitvoerig overleg tussen alle belanghebbende kringen en het toen gevonden evenwicht lijkt nu nog steeds stand te houden; bij de instellingen van de Gemeenschap werd er immers op aangedrongen “de sluizen van de discussie over deze richtlijn niet weer open te zetten”).

²¹⁴² T. VINJE, “Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität”, *GRURInt* 1992, p. 258 (“Mögen auch einige argumentieren, daß Art. 6 unnötige Einschränkungen enthält, so scheint er doch im Ergebnis die bestehende Praxis der reverse analysis nicht zu beeinträchtigen.”).

²¹⁴³ T. VINJE, “Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität”, *GRURInt* 1992, p. 255 e.v..

²¹⁴⁴ T. VINJE, “Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität”, *GRURInt* 1992, p. 257 (“In der Praxis sollte die Voraussetzung der Unerläßlichkeit kein Problem darstellen, da die Dekompilierung eine erhebliche Versiertheit, Zeit und Kosten erfordert und nicht leichthin vorgenommen wird. Wie auch die EG-Kommission in ihrer Begründung des ursprünglichen Richtlinienvorschlages festgestellt hat, ist, “obwohl es technisch möglich ist, ein Programm auseinanderzunehmen, um Informationen über Zugangsprotokolle und Schnittstellen herauszufinden,... das ein langwieriges, kostspieliges und ineffizientes Verfahren”. Softwareentwickler werden daher kaum zur Dekompilierung Zuflucht nehmen, es sei denn dies ist tatsächlich “unerläßlich.”).

effecten van) zijn ‘resultaat’ van inspanningen, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen, die deze rechthebbende of belanghebbende producent met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende of belanghebbende producent deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken. Volgens het zonet vermelde principe is de bevoegdheid die beschermingsregimes binnen het intellectuele eigendomsrecht verlenen, dus, ook zonder uitdrukkelijke uitzonderingen rond ‘reverse engineering’, reeds telkens zo te verstaan dat rond analyse-handelingen ten aanzien van die specifieke incorporaties van het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen die met toestemming van de betrokken rechthebbende of belanghebbende producent ‘in het verkeer’ kwamen (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), het volgende geldt: deze beschermingsregimes geven de rechthebbende of belanghebbende producent geen bevoegdheid om analyse-handelingen te verbieden die geen alternatieve ‘consumptieketen’ doen ontstaan of voortzetten rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van de specifieke incorporaties van dit bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen die met toestemming van de betrokken rechthebbende of belanghebbende producent ‘in het verkeer’ kwamen (= *initiële afgifte van feitelijke macht*).

4.1.4. Overzicht van de ‘specialisatie’ doorgevoerd door de bijzondere ‘reverse engineering’-voorschriften

Op dit punt kunnen we dan besluiten in welke mate de bijzondere voorschriften rond ‘reverse engineering’ binnen het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht, op het vlak van het verlenen van een bevoegdheid aan de rechthebbende over analyse-handelingen, blijk geven van een verschillende aanpak in vergelijking met de ‘basisregeling’ rond het afbakenen van de toegekende bescherming die we aantreffen binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, het octrooirecht, auteursrecht en het ingrijpen van ‘parasitaire mededinging’. Als leidraad voor deze vergelijking richten we ons dan met naar de mate waarin deze bijzondere ‘reverse engineering’-voorschriften en de betrokken ‘basisregeling’, voor het vrijstellen van analyse-handelingen vereisten stellen op het vlak van: 1.) de inherente zintuiglijk waarneembare kenmerken van de betrokken analyse-handelingen, 2.) de hoedanigheid van de persoon die deze analyse-handelingen stelt, 3.) het voorwerp van deze analyse-handelingen en 4.) de concrete doelstelling van deze analyse-handelingen. Ten eerste is er dan met name rekening mee te houden dat de ‘reverse engineering’-beperking binnen het chipsrecht en de decompilatie-beperking binnen het computerprogramma-auteursrecht, in vergelijking met de hierboven aangehaalde ‘basisregeling’ rond het afbakenen van de toegekende bescherming, het aanknopingspunt kunnen bieden om verder te gaan in het soort analyse handelingen dat ze vrijstellen. In het licht van de betrokken ‘basisregeling’, geïnterpreteerd conform de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, ligt de grens voor het vrijstellen van analyse-handelingen immers in wezen bij het feit dat ze niet mogen resulteren in een bijkomende of gewijzigde zintuiglijk waarneembare manifestatie die een genot toelaat van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel de geanalyseerde incorporatie van dit ‘resultaat’ van inspanningen. Afhankelijk van de gehanteerde interpretatie van de beperking die het computerprogramma-auteursrecht voorziet rond ‘reverse engineering’ via louter bestuderen, menen we te kunnen stellen dat de zonet beschreven grens ook min of meer het soort analyse-handelingen afbakt dat een vrijstelling kan genieten in het licht van deze beperking. Hierbij is dan bijvoorbeeld te denken aan het feit dat aangenomen wordt dat het afdrukken van een computerprogramma op papier en het opslaan ervan op bijkomende geheugendragers *buiten* de vrijstelling vallen op grond van de beperking rond ‘reverse engineering’ via louter bestuderen²¹⁴⁵. In het kader van de ‘reverse engineering’-beperking binnen het chipsrecht en de decompilatie-beperking binnen het computerprogramma-auteursrecht, menen we daarentegen te kunnen besluiten dat zij ook analyse-handelingen kunnen vrijstellen die wel resulteren in een bijkomende of gewijzigde zintuiglijk waarneembare manifestatie die een genot toelaat van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, *buiten* de ruimtelijke en temporele

²¹⁴⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 64.

limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel de geanalyseerde incorporatie van dit ‘resultaat’ van inspanningen. Zo is bijvoorbeeld aan te nemen dat het afdrukken van een computerprogramma op papier en het opslaan ervan op bijkomende geheugendragers wel onder de ‘decompilatie’-beperking binnen het computerprogramma-auteursrecht kan vallen, indien dit onmisbaar blijkt te zijn voor het verkrijgen van de nodige informatie om interoperabiliteit tot stand te brengen met andere computerprogramma’s²¹⁴⁶.

Ten tweede is er rekening mee te houden dat de ‘reverse engineering’-beperkingen binnen het computerprogramma-auteursrecht restrictiever zijn op het vlak van de personen waaraan ze hun vrijstelling verlenen rond het stellen van analyse-handelingen. De ‘reverse engineering’-beperking binnen het chipsrecht stelt zoals aangegeven immers geen vereisten op het vlak van de hoedanigheid waarover een persoon moet beschikken om haar te kunnen invoeren. In het kader van de hierboven vermelde ‘basisregeling’ rond het afbakenen van de toegekende bescherming, geïnterpreteerd conform de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, geldt in wezen dat een persoon een vrijstelling kan genieten rond analyse-handelingen, van zodra deze persoon handelingen stelt rond zintuiglijk waarneembare manifestaties die met de toestemming van de betrokken rechthebbende of belanghebbende producent ‘in het verkeer’ kwamen (= *initiële afgifte van feitelijke macht*). In het kader van de ‘reverse engineering’-beperkingen binnen het computerprogramma-auteursrecht geldt dat een persoon over de hoedanigheid van ‘rechtmatige gebruiker’ moet beschikken om een beroep te kunnen doen op deze beperkingen. In het licht van de hierboven besproken, uiteenlopende opvattingen rond de vereisten die moeten vervuld zijn om de hoedanigheid van ‘rechtmatige verkrijger’ of ‘rechtmatige gebruiker’ te verkrijgen, is het hierbij geen evidentie dat een persoon reeds een beroep kan doen op deze ‘reverse engineering’-beperkingen binnen het computerprogramma-auteursrecht louter omwille van het feit dat hij handelingen stelt rond zintuiglijk waarneembare manifestaties die met de toestemming van de betrokken rechthebbende of belanghebbende producent ‘in het verkeer’ kwamen (= *initiële afgifte van feitelijke macht*)²¹⁴⁷.

Ten derde, stellen we ook vast dat de decompilatie-beperking binnen het computerprogramma-auteursrecht als enige haar vrijstelling rond analyse-handelingen afhankelijk maakt van het voorwerp van deze handelingen. Dergelijke vereisten vinden we niet terug in de ‘reverse engineering’-beperking binnen het chipsrecht, de beperking die het computerprogramma-auteursrecht voorziet rond ‘reverse engineering’ via louter bestuderen en al evenmin in het kader van de hierboven vermelde ‘basisregeling’ rond het afbakenen van de toegekende bescherming, geïnterpreteerd conform de systematiek rond ‘imitatievoordeel’.

Ten slotte, blijkt uit de bespreking hierboven dat de uitdrukkelijke ‘reverse engineering’-beperkingen binnen het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht, voor hun vrijstelling rond analyse-handelingen telkens voorwaarden stellen rond het doel van deze analysehandelingen, terwijl dit niet het geval is bij de hierboven vermelde ‘basisregeling’ rond het afbakenen van de toegekende bescherming, geïnterpreteerd conform de systematiek rond ‘imitatievoordeel’. Voor een vrijstelling van ‘analyse-handelingen’ peilt de betrokken ‘basisregeling’ zoals aangegeven immers niet naar het doel van deze handelingen maar enkel naar het volgende feit: of zij resulteren in een bijkomende of gewijzigde zintuiglijk waarneembare manifestatie die een genot toelaat van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen, die deze rechthebbende of belanghebbende producent met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende of belanghebbende producent deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken.

²¹⁴⁶ Vergelijk op dit punt bijvoorbeeld: B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 77 (“*The code may be reproduced as many times as is necessary to arrive at a form which is sufficiently comprehensible to the decompiler. It may be that in reality he only requires to print out or dump machine readable code*”).

²¹⁴⁷ In dit verband is op te merken dat waar het Europees Hof van Justitie geoordeeld heeft dat een persoon de hoedanigheid van ‘rechtmatige verkrijger’ kan verwerven door te handelen ten aanzien van een incorporatie waarrond reeds uitputting intrad, het Hof dit enkel stelde in het licht van art. 5.1. Richtlijn Computerprogramma’s (= uitdrukkelijke beperking rond gebruik voor het beoogde doel) en bovendien vasthield aan het vereiste van een ‘eigendomsoverdracht’ voor het intreden van ‘uitputting’. Zie in dit verband: H.v.J. 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft GmbH t. Oracle International*), r.o. 80 en r.o. 38 e.v..

4.2. De toegelaten aanwending van de door ‘reverse engineering’ verkregen kennis

Doorheen de specifieke voorschriften die het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht voorzien om ‘reverse engineering’ te regelen, is er, zoals aangegeven, in de tweede plaats dus ook telkens rekening mee te houden dat zij het volgende doen: uitdrukkelijke aanwijzingen geven rond de toegelaten aanwendingen van de kennis die verkregen werd op grond van de analyse-handelingen die zij uitdrukkelijk vrijstellen in de betrokken ‘reverse engineering’-regelingen. In dit onderdeel gaan we daarom nu dieper in op de regeling rond de toegelaten aanwendingen van door vrijgestelde analyse-handelingen verkregen kennis die we terug vinden in: (4.2.1.) de specifieke ‘reverse engineering’-voorschriften binnen het chipsrecht, (4.2.2.) de specifieke ‘reverse engineering’-voorschriften binnen het computerprogramma-auteursrecht en (4.2.3.) de ‘basisregeling’, geïnterpreteerd in het licht van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, die voorzien is rond de afbakening van de toegekende bescherming, binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, het octrooirecht, auteursrecht en het ingrijpen van ‘parasitaire mededinging’. Daarna (4.2.4.) maken we dan opnieuw kort de balans op van de ‘specialisatie’ die de specifieke ‘reverse engineering’-voorschriften binnen het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht teweegbrengen, ditmaal, als het er op aankomt om de toegelaten aanwendingen te regelen van door analyse-handelingen verkregen kennis.

4.2.1. Aanwending van door ‘reverse engineering’ verkregen informatie binnen het chipsrecht

De specifieke ‘reverse engineering’-beperking binnen het chipsrecht omvat ook uitdrukkelijke aanwijzingen rond de aanwendingen die toegelaten zijn van de kennis die verkregen werd door die analyse-handelingen die deze ‘reverse engineering’-beperking uitdrukkelijk vrijstelt. Het chipsrecht geeft in dit verband, met name aan dat de exclusieve bevoegdheden die de rechthebbende ontleent aan het chipsrecht, niet gelden ten aanzien van het vervaardigen van een bijkomende topografie die ontworpen is op basis van de uitdrukkelijk vrijgestelde analyse-handelingen ten aanzien van een bestaande topografie, althans in zoverre deze bijkomende topografie het voortbrengsel is van de intellectuele inspanning van de maker en in de halfgeleiderindustrie niet algemeen bekend is²¹⁴⁸.

Het eerste belangrijke aspect van de regeling die de ‘reverse engineering’-beperking binnen het chipsrecht voorziet rond de aanwendingen van kennis die voortvloeit uit de analyse-handelingen die deze beperking uitdrukkelijk vrijstelt, is dan met name zijn toepassingsgebied, anders gezegd, het spectrum van aanwendingen dat onder deze regeling valt. Op dit punt is dan met name op te merken dat het zonet aangehaalde, specifieke ‘reverse engineering’-voorschrift in dit verband enkel een regeling treft rond aanwendingen van kennis uit analyse-handelingen die uitdrukkelijk vrijgesteld zijn via de betrokken ‘reverse engineering’-beperking, in zoverre deze aanwendingen ook aanleiding geven tot een ‘topografie’²¹⁴⁹. De specifieke ‘reverse engineering’-beperking binnen het chipsrecht voorziet dus geen regeling rond de aanwending van via ‘reverse engineering’ verkregen kennis voor andere doeleinden dan het vervaardigen van een bijkomende ‘topografie’.

Het tweede belangrijke kenmerk van de regeling die de ‘reverse engineering’-beperking binnen het chipsrecht treft rond de aanwendingen van kennis uit de analyse-handelingen die deze beperking uitdrukkelijk vrijstelt, is dan het concrete vereiste dat deze beperking stelt om de aanwendingen die het regelt ook inderdaad ‘vrij te stellen’ van de controle van de betrokken rechthebbende. In dit verband stellen we dan met name vast dat de ‘reverse engineering’-beperking het volgende vraagt van de aanwending in een bijkomende topografie, van de kennis die voortvloeit uit de analyse-handelingen die ze vrijstelt, om deze aanwending ook daadwerkelijk vrij te stellen: dat de bijkomende topografie het voortbrengsel is van de intellectuele inspanning van de maker en in de halfgeleiderindustrie niet algemeen bekend is²¹⁵⁰. Opdat een bijkomende ‘topografie’ die de kennis aanwendt uit de analyse-handelingen die

²¹⁴⁸ Zie: art 5.4. Richtlijn Chips en art. XI.328., b) WER (oud art. 10, b) Chipswet).

²¹⁴⁹ Zie: art 5.4. Richtlijn Chips (“De in lid 1 bedoelde exclusieve rechten gelden niet voor een topografie die aan de voorwaarden van artikel 2, lid 2, voldoet en die ontworpen is op basis van een analyse en evaluatie van een andere topografie als bedoeld in lid 3.”) en art. XI.328., b) WER (oud art. 10, b) Chipswet).

²¹⁵⁰ Zie: art 5.4. Richtlijn Chips (“De in lid 1 bedoelde exclusieve rechten gelden niet voor een topografie die aan de voorwaarden van artikel 2, lid 2, voldoet en die ontworpen is op basis van een analyse en evaluatie van een andere topografie als bedoeld in lid 3.” (Hierbij is op te merken dat art. 2.2. Richtlijn Chips, in zijn eerste zin stelt:

deze ‘reverse engineering’-beperking uitdrukkelijk vrijstelt, geen inbreuk zou maken op de bescherming die het chipsrecht verleent naar aanleiding van de geanalyseerde ‘topografie’, geeft deze beperking dus aan *niet* te vereisen dat de bijkomende ‘topografie’ geen inbreuk zou opleveren in het licht van de criteria die het chipsrecht voor het overige hanteert om het ‘object’ af te bakenen van de toegekende bescherming maar *integendeel* dat deze bijkomende ‘topografie’ op haar beurt de vereisten vervult om aanleiding te geven tot het toekennen van bescherming op grond van het chipsrecht.

In de rechtsleer was er reeds veel discussie rond de vraag of het wel wenselijk is om de ‘reverse engineering’-beperking zo te verstaan dat deze de toegelaten toepassingen in bijkomende topografieën, van kennis verkregen via vrijgestelde ‘reverse engineering’-handelingen, determineert door binnen het chipsrecht te refereren aan de gebruikelijk criteria voor het toekennen van bescherming in plaats van de gebruikelijke criteria voor het afbakenen van de toegekende bescherming²¹⁵¹. Het uitgangspunt bij deze discussie is dan dat het voor een ‘topografie’ die voortbouwt op toegelaten ‘reverse engineering’-handelingen moeilijker is om op haar beurt aan de beschermingsvoorwaarden te voldoen van het chipsrecht, met name dus om op haar beurt blijf te geven van een eigen intellectuele inspanning en niet algemeen bekend te zijn in de halfgeleiderindustrie, dan het is voor deze bijkomende ‘topografie’ om louter niet-inbreukmakend te zijn²¹⁵².

In de eerste plaats is er dan de opvatting dat de ‘reverse engineering’-beperking binnen het chipsrecht er heel goed aan doet om, door te refereren aan de beschermingsvoorwaarden, hoge vereisten te stellen om een ‘vrijstelling’ te verlenen rond toepassingen in bijkomende topografieën, van kennis verkregen via uitdrukkelijk toegelaten ‘reverse engineering’-handelingen²¹⁵³. Het idee blijkt hierbij dan met name te zijn dat vereisen dat de bijkomende ‘topografie’ die steunt op toegelaten ‘reverse engineering’, niet alleen niet-inbreukmakend is maar integendeel op haar beurt alle beschermingsvoorwaarden vervult, als het ware als compensatie dient voor het gegeven dat het chipsrecht een stap opzij zette om de betrokken ‘reverse engineering’ mogelijk te maken. In dit verband stellen we dan met name vast dat auteurs de betrokken referentie aan de beschermingsvoorwaarden als aanknopingspunt voor een test die nagaat of de bijkomende ‘topografie’ die steunt op toegelaten ‘reverse engineering’ zichzelf rechtvaardigt door de geanalyseerde chip daadwerkelijk te verbeteren²¹⁵⁴.

In de tweede plaats is er integendeel ook de analyse dat het net wenselijk zou zijn dat de ‘reverse engineering’-beperking binnen het chipsrecht, niet alleen de verwijzing naar de beschermingsvoorwaarden zou achterwege

“De topografie van een halfgeleiderprodukt wordt slechts beschermd voor zover zij voldoet aan de voorwaarden dat zij het voortbrengsel is van de eigen intellectuele inspanning van de maker en in de halfgeleiderindustrie niet algemeen bekend is.”) en art. XI.328., b) WER (oud art. 10, b) Chipswet).

²¹⁵¹ Zie in dit verband bijvoorbeeld: L. HSU, “Reverse Engineering under the Semiconductor Chip Protection Act: Complications for Standard of Infringement”, *Alb. L.J. Sci. & Tech.* 1994-1996, p. 249 e.v.; A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 138 e.v.; J. KEUSTERMANS, “Recente ontwikkelingen in de juridische bescherming van computerprogramma's, chips en databanken”, *R.W.* 1994-1995, p. 148; K. FUGERE, “Reverse Engineering under the Semiconductor Chip Protection Act: an Argument in Favor of a ‘Value-added’ Approach”, *Golden Gate U.L. Rev.* 1992, p. 515-527; R. STERN, “Determining Liability for Infringement of Mask Work Rights Under the Semiconductor Chip Protection Act”, *Minnesota Law Review* 1985-1986, p. 271 e.v.; L. RASKIND, “Reverse Engineering, Unfair Competition, and Fair Use”, *Minnesota Law Review* 1985-1986, p. 385-416.

²¹⁵² Zie bijvoorbeeld: A. CHRISTIE, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 143 e.v.; Vergelijk ook: R. STERN, “Determining Liability for Infringement of Mask Work Rights Under the Semiconductor Chip Protection Act”, *Minnesota Law Review* 1985-1986, p. 336 (“This is an unusual infringement test for intellectual property law. Having any merit or qualifying for any kind of intellectual property protection is neither necessary nor a sufficient condition to avoid infringement liability in patent or copyright law.”).

²¹⁵³ Zie in die zin bijvoorbeeld: L. RASKIND, “Reverse Engineering, Unfair Competition, and Fair Use”, *Minnesota Law Review* 1985-1986, p. 402.

²¹⁵⁴ Uitgebreid in dit verband: K. FUGERE, “Reverse Engineering under the Semiconductor Chip Protection Act: an Argument in Favor of a ‘Value-added’ Approach”, *Golden Gate U.L. Rev.* 1992, p. 515 e.v.; Zie ook: L. RASKIND, “Reverse Engineering, Unfair Competition, and Fair Use”, *Minnesota Law Review* 1985-1986, p. 402 (“The legislative history makes clear that an original mask work within the meaning of section 906(a)(2) cannot infringe a protected work. The requirement of originality in section 906(a)(2) is according to the legislative history, to be met by a showing of nonsimilarity, corroborated by the objective evidence of toil and investment; the proof of improvement therefore, becomes the ultimate issue in establishing the defense of reverse engineering.”).

laten, maar zelfs minder strenge inbreukcriteria zou hanteren om te bepalen wat toegelaten toepassingen in bijkomende ‘topografieën’ zijn, van kennis verkregen via uitdrukkelijk toegelaten ‘reverse engineering’-handelingen. Volgens deze opvatting is het met name wenselijk om het volgende aan te nemen, indien uit documentatie, een zogeheten ‘paper trail’, blijkt dat een bijkomende ‘topografie’ inderdaad voortvloeit uit eigen onderzoek en inspanningen in het kader van de ‘reverse engineering’ van een bestaande chip en niet uit het eenvoudig namaken van deze chip: dat deze bijkomende ‘topografie’ nog geen inbreuk oplevert ten aanzien van de geanalyseerde ‘topografie’ indien deze ‘substantieel gelijkend’ maar pas als deze ‘substantieel identiek’ is aan de geanalyseerde ‘topografie²¹⁵⁵’. De achterliggende redenering hierbij is dan met name dat het net de beleidsafweging was in het kader van het chipsrecht om het aanbod van substitueerbare chips te verzekeren en dat een ‘paper trail’ rond de eigen inspanningen in het kader van ‘reverse engineering’ een passende aanknopingspunt vormt om een onderscheid te maken tussen wenselijke vormen van ‘reverse engineering’ enerzijds en onwenselijk kopiëren dat steunt op het zich toe-eigenen van de inspanningen van eerdere producenten.

Ten slotte, is er ook de opvatting dat de ‘reverse engineering’-beperking alsnog zo te verstaan is dat deze de toegelaten toepassingen in bijkomende topografieën, van kennis verkregen via uitdrukkelijk toegelaten ‘reverse engineering’-handelingen, afbakt in het licht van de gebruikelijke inbreuk-criteria binnen het chipsrecht voor het afbakenen van de toegekende bescherming²¹⁵⁶. Binnen deze analyse blijkt het idee te overheersen dat het gegeven dat een persoon inderdaad *kennis* heeft van de interne werking van een chip van de rechthebbende, nog geen reden is om een andere beleidsafweging te maken rond de omvang van de bescherming die het chipsrecht deze rechthebbende verleent ten aanzien van daadwerkelijk *gerealiseerde* halfgeleiderproducten waarvan de ‘topografie’ een voldoende gelijkenis vertoont met de ‘topografie’ van een halfgeleiderproduct die uit zijn eigen intellectuele schepping volgt. Het feit dat de ‘reverse engineering’-beperking refereert aan de beschermingsvoorwaarden, zou volgens sommigen eerder teruggaan op een onzorgvuldigheid van de Amerikaanse wetgever bij het redigeren van de Semiconductor Chip Act die zoals aangegeven wereldwijd model stond voor regelgeving rond de intellectueelrechtelijke bescherming rond chips²¹⁵⁷. Wat dit steunen op de gebruikelijke inbreukcriteria betreft, is overigens ook op te merken dat sommige rechtsleer er, volgens ons terecht, voor waarschuwt om niet al te veel belang te hechten aan het bewijs van een ‘paper trail’ rond de eigen inspanningen in het kader van de ‘reverse engineering’ van een bestaande chip, als het erop aankomt om te beoordelen of al dan niet sprake is van inbreuk op de intellectueelrechtelijke chipsbescherming naar aanleiding van deze bestaande chip. Aannemen dat het bewijs van een ‘paper trail’ er toe leidt om minder snel intellectueelrechtelijke inbreuk te aanvaarden, creëert volgens deze rechtsleer immers vooral een aansporing om desnoods op kunstmatige wijze documentatie te produceren rond al dan niet zinvolle ‘reverse engineering’-inspanningen²¹⁵⁸.

Uiteindelijk stellen we dus vast dat de specifieke ‘reverse engineering’-beperking binnen het chipsrecht niet meteen duidelijkheid gebracht heeft op het vlak van de toepassingen die toegelaten zijn van de kennis die verkregen werd door die analyse-handelingen die deze beperking uitdrukkelijk vrijstelt. De uitdrukkelijke aanwijzingen die deze specifieke ‘reverse engineering’-beperking biedt in dit verband, hebben eerder aanleiding gegeven tot discussie dan dit punt daadwerkelijk beslecht.

²¹⁵⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld: J. KEUSTERMANS, “The Intellectual Effort Requirement in Chip Protection Laws compared to the Originality Requirement in Copyright Law” in W.F. KORTHALS ALTES, E.J. DOMMERING, P.B. HUGENHOLTZ, J.J.C. KABEL (eds.), *Information Law towards the 21st Century*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 316.

²¹⁵⁶ Zie in die zin bijvoorbeeld: R. STERN, “Determining Liability for Infringement of Mask Work Rights Under the Semiconductor Chip Protection Act”, *Minnesota Law Review* 1985-1986, p. 333; Vergelijk op dit punt: United States Court of Appeals (Federal Circuit) 9 oktober 1992, (*Brooktree Corporation v. Advanced Micro Devices*), 977 F.2d 1555, p. 1564 (“*Although the Semiconductor Chip Protection Act does not use the word “copy” to describe infringement, the parallel language reflects the incorporation of the well-explicated copyright principle of substantial similarity into the Semiconductor Chip Protection Act, as discussed infra.*”).

²¹⁵⁷ In die zin: R. STERN, “Determining Liability for Infringement of Mask Work Rights Under the Semiconductor Chip Protection Act”, *Minnesota Law Review* 1985-1986, p. 330 e.v..

²¹⁵⁸ Zie uitdrukkelijk in die zin bijvoorbeeld: L. HSU, “Reverse Engineering under the Semiconductor Chip Protection Act: Complications for Standard of Infringement”, *Alb. L.J. Sci & Tech* 1994-1996, p. 264; Vergelijk ook: United States Court of Appeals (Federal Circuit) 9 oktober 1992, (*Brooktree Corporation v. Advanced Micro Devices*), 977 F.2d 1555, p. 1570 (“*The paper trail is evidence of independent effort, but it is not conclusive or incontrovertible proof of either originality or the absence of copying.*”).

4.2.2. Aanwending van door ‘reverse engineering’ verkregen informatie binnen het computerprogramma-auteursrecht

Bij de regelingen die het computerprogramma-auteursrecht voorziet rond ‘reverse engineering’ is er eveneens rekening mee te houden dat zij aanwijzingen inhouden rond de toepassingen die toegelaten zijn van de kennis die verkregen werd op grond van de analyse-handelingen die ze vrijstellen. Ook op dit punt is hierbij dan een onderscheid te maken tussen (A.) de regeling rond ‘reverse engineering’ door louter observeren, zonder decompilatie²¹⁵⁹ en (B.) de regeling rond ‘reverse engineering’ via decompilatie²¹⁶⁰.

A. ‘Reverse engineering’ door louter observeren

De regeling binnen het computerprogramma-auteursrecht rond ‘reverse engineering’ via louter observeren, bevat geen uitdrukkelijke aanwijzingen rond de toepassingen die al dan niet toegelaten zijn, van de kennis die verkregen is door de analyse-handelingen die deze regeling vrijstelt²¹⁶¹. In dit verband is er volgens ons echter wel rekening mee te houden dat de beperking rond ‘reverse engineering’ via louter observeren, zoals besproken, enkel een vrijstelling voorziet rond analyse-handelingen die een ‘observeren’, ‘bestuderen’ of ‘uittesten’ uitmaken bij een laden, in beeld brengen, uitvoeren, doorsturen of opslaan van het programma dat reeds ‘rechtmatig’ is voor de rechtmatige gebruiker van dit programma en dan ook nog eens enkel in zoverre deze analyse-handelingen gericht zijn op het vaststellen van de ideeën en beginselen die aan de basis liggen van een element van het geanalyseerde computerprogramma²¹⁶². Dit impliceert volgens ons dan met name dat de beperking rond ‘reverse engineering’ via louter observeren in beginsel geen basis biedt om toepassingen vrij te stellen van de kennis die voortvloeit uit de door haar uitdrukkelijk vrijgestelde analyse-handelingen, indien deze toepassingen resulteren in een bijkomende zintuiglijk waarneembare manifestatie die binnen het ‘object’ valt van de exclusieve bevoegdheid van de betrokken rechthebbende²¹⁶³.

²¹⁵⁹ Zie: art. 5.3. Richtlijn Computerprogramma’s en art. XI.299., §3 WER (oud art. 6, §3 Wet Computerprogramma’s).

²¹⁶⁰ Zie: art. 6.2. Richtlijn Computerprogramma’s en art. XI.300., §2 WER (oud art. 7, §2 Wet Computerprogramma’s).

²¹⁶¹ Zie: art. 5.3. Richtlijn Computerprogramma’s en art. XI.299., §3 WER (oud art. 6, §3 Wet Computerprogramma’s).

²¹⁶² Zie in dit verband: M. GRÜTZMACHER, “UrhG § 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 65.

²¹⁶³ Zie bijvoorbeeld: T. DREIER, “UrhG § 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen” in T. DREIER en G. SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, Nr. 22 (“Nicht zulässig ist dagegen die Anfertigung weiterer Vervielfältigungen, auch nicht der Ausdruck oder die Abspeicherung auf dem Bildschirm oder sonst sichtbar gemachter Programmstrukturen (...). Ohne gesonderte Zustimmung des Rechteinhabers unzulässig ist auch der Einsatz der Testergebnisse zur Entwicklung nahezu identischer Konkurrenzprodukte (...).”).

B. 'Reverse engineering' via decompilatie

De regeling die het computerprogramma-auteursrecht voorziet rond 'reverse engineering' op grond van decompilatie, omvat daarentegen wel expliciete aanwijzingen rond de toepassingen die toegelaten zijn van de kennis die verkregen is door de analyse-handelingen die deze regeling vrijstelt. Rond het 'decompileren' dat de betrokken regeling uitdrukkelijk toelaat zonder toestemming van de betrokken rechthebbende stelt deze regeling immers, zoals aangegeven, ook meteen dat dit niet de mogelijkheid biedt: *“dat de op grond daarvan verkregen informatie: a) voor een ander doel dan het tot stand brengen van de interoperabiliteit van het onafhankelijk gecreëerde programma wordt gebruikt; b) aan derden wordt meegedeeld, tenzij dat noodzakelijk is met het oog op de interoperabiliteit van het onafhankelijk gecreëerde programma, of c) wordt gebruikt voor de ontwikkeling, productie of het in de handel brengen van een qua uitdrukkingswijze in grote lijnen gelijk programma, of voor andere handelingen waarmee inbreuk op het auteursrecht wordt gemaakt.”*²¹⁶⁴

Het eerste belangrijke kenmerk van de zonet aangehaalde regeling die de beperking rond 'reverse engineering' via decompilatie, voorziet rond de aanwending van de kennis die voortvloeit uit een 'decompileren' dat deze beperking vrijstelt, is dan opnieuw het toepassingsgebied van deze regeling, anders gezegd, het spectrum van toepassingen dat onder deze regeling valt. In dit verband stellen we dan met name vast dat deze beperking rond 'reverse engineering' via decompilatie een regeling voorziet, niet alleen rond de aanwending van de via 'decompileren' verkregen informatie om een bijkomend computerprogramma te ontwikkelen of in de handel te brengen, maar ook, meer algemeen, rond het gebruik en het mededelen van de informatie die voortvloeide uit dit 'decompileren'²¹⁶⁵. Dat het computerprogramma-auteursrecht op dit punt 'informatie' als aanknopingspunt neemt om gedragingen te regelen, is hierbij opmerkelijk te noemen. In het kader van de afbakening van het 'object' van de exclusieve bevoegdheid die de rechthebbende kan ontlenen aan het computerprogramma-auteursrecht, stelt bijvoorbeeld de Richtlijn Computerprogramma's zoals aangegeven immers het volgende: *“De ideeën en beginselen die aan enig element van een computerprogramma ten grondslag liggen, met inbegrip van de ideeën en beginselen die aan de interfaces daarvan ten grondslag liggen, worden niet krachtens deze richtlijn auteursrechtelijk beschermd.”*²¹⁶⁶ Verschillende auteurs geven in dit verband echter aan dat het net de bedoeling was om in het kader van de beperking rond 'reverse engineering' via decompilatie de rechthebbende een knowhow bescherming te geven, als het ware om te compenseren dat het computerprogramma-auteursrecht tot op zekere hoogte buiten spel gezet wordt om het decompileren mogelijk te maken²¹⁶⁷. Daartegenover staat echter de analyse dat het gegeven dat een persoon inderdaad kennis heeft van de interne werking van een computerprogramma, onvoldoende reden is om de beleidsafweging bij te sturen die er voor het overige voor opteert om het computerprogramma-auteursrecht geen bescherming te laten verlenen rond ideeën en beginselen, met name aangezien de 'basisregeling' rond de afbakening van de bescherming op grond van het computerprogramma-auteursrecht de rechthebbende standaard reeds een controle biedt over het volgende: de aanwending die de betrokken persoon zou maken van zijn kennis rond de interne werking bij het vervaardigen van bijkomende computerprogramma's of onderdelen daarvan die voldoende gelijkenis vertonen met de belichaming van zijn eigen intellectuele schepping in computerprogramma's²¹⁶⁸.

²¹⁶⁴ Zie: art. 6.2. Richtlijn Computerprogramma's en art. XI.300., §2 WER (oud art. 7, §2 Wet Computerprogramma's).

²¹⁶⁵ Zie: art. 6.2., aanhef Richtlijn Computerprogramma's en art. XI.300., §2, aanhef WER (oud art. 7, §2, aanhef Wet Computerprogramma's).

²¹⁶⁶ Art. 1.2. Richtlijn Computerprogramma's.

²¹⁶⁷ Zie in die zin bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, “§ 69 e Dekompilierung” in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 20 (“Denn § 69 e dient, wenn auch urheberrechtlich systemfremd, dem Know-how-Schutz (...), und zwar insb. auch dann, wenn eine Dekompilierung in größerem Umfang erforderlich ist (...), um die Schnittstelleninformationen zu erlangen.”) en B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 81 (“It has been argued by some commentators that the use made of 'information' is not a copyright issue. However, the access to the information contained in the program cannot be given without change in the normal rules of copyright. Therefore, it is necessary to ensure that the removal of that 'copyright barrier' to access does not lead to abuses which undermine the very protection which the Directive seeks to give.”).

²¹⁶⁸ Zie: M. WALTER en S. VON LEWINSKI, *Europäisches Urheberrecht: Kommentar: insbesondere Software-, Vermiet- und Verleih-, Satelliten- und Kabel-, Schutzdauer-, Datenbank-, Folgerecht-, Informationsgesellschaft-*

Het tweede belangrijke aspect van de regeling die de beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie voorziet rond de aanwending van kennis die verkregen is door een uitdrukkelijk vrijgesteld ‘decompileren’, zijn dan opnieuw de concrete vereisten die de betrokken voorschriften stellen aan de aanwendingen die ze regelen om deze aanwendingen geoorloofd te achten. Binnen het computerprogramma-auteursrecht hebben deze vereisten dan met name betrekking op, in essentie, de volgende punten: 1.) het *doel* waarvoor informatie verkregen door decompilatie mag gebruikt of meegedeeld worden aan derden en 2.) de *afstand*, de mate van verschillen, die een bijkomend computerprogramma, dat de informatie verkregen door decompilatie gebruikt, dient te bewaren tegenover het gedecompileerde computerprogramma²¹⁶⁹.

Ten eerste geeft de beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie immers, in wezen, aan dat de informatie verkregen door het ‘decompileren’ van een bestaand computerprogramma enkel mag gebruikt of meegedeeld worden aan derden met het oog op het tot stand brengen van de interoperabiliteit van een onafhankelijk gecreëerd computerprogramma²¹⁷⁰. Wat de bespreking van deze doelstelling betreft van het verwezenlijken van interoperabiliteit, kunnen we verwijzen naar de bespreking hierboven rond diezelfde doelstelling als leidraad voor het afbakenen van de analyse-handelingen die onder de ‘vrijstelling’ vallen van de beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie.

Ten tweede stelt de beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie ook uitdrukkelijk dat de informatie die voortvloeit uit het ‘decompileren’ van een bestaand computerprogramma niet mag gebruikt worden: “voor de ontwikkeling, productie of het in de handel brengen van een qua uitdrukkingswijze in grote lijnen gelijk programma, of voor andere handelingen waarmee inbreuk op het auteursrecht wordt gemaakt.”²¹⁷¹ In dit verband stellen we dus vast dat de beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie er geen twijfel over laat bestaan dat zij de toegelaten aanwendingen in bijkomende computerprogramma’s, van kennis verkregen via uitdrukkelijk toegelaten ‘reverse engineering’-handelingen, afbakt in het licht van de gebruikelijke inbreuk-criteria binnen het computerprogramma-auteursrecht voor het afbakenen van de toegekende bescherming, met inbegrip van de focus die deze criteria leggen op de uitdrukkingswijze van de bescherming motiverende eigen intellectuele schepping rond een computerprogramma. Hierbij is te vermelden dat dit punt duidelijk stellen niet zonder belang was gezien de pogingen om bij de totstandkoming van de Richtlijn Computerprogramma’s het volgende te verkrijgen: dat de beperking voor ‘reverse engineering’ via decompilatie geen gebruik toelaat van via ‘decompilatie’ verkregen informatie voor het vervaardigen van een wezenlijk gelijkend bijkomend computerprogramma, wat dus zou ook zou slaan op een bijkomend computerprogramma dat enkel gelijkenissen vertoont met het gedecompileerde computerprogramma op het vlak van zijn functioneren maar niet op het vlak van zijn ‘uitdrukkingswijze’ om tot dit functioneren te komen²¹⁷². Daarnaast is het ook belangrijk om op te merken dat de betrokken referentie binnen de beperking rond ‘reverse engineering’ via decompilatie, naar de gebruikelijke inbreuk-criteria binnen het computerprogramma-auteursrecht, het volgende bevestigt: dat, ook met het oog op het verwezenlijken van de interoperabiliteit van een onafhankelijk gecreëerd computerprogramma met andere programma’s via decompilatie slechts de gebruikelijke ruimte bestaat om letterlijk vormkenmerken en concrete code over te nemen uit een bestaand computerprogramma dat aanleiding gaf tot bescherming op grond van het computerprogramma-auteursrecht. Hierbij is, volgens ons, dan met name aan te nemen dat de ruimte voor een dergelijk één op één kopiëren van vormkenmerken en concrete code ook bij dit streven naar interoperabiliteit met name beperkt is tot: 1.) de mogelijkheid om zintuiglijk waarneembare kenmerken over te nemen die niet relevant zijn voor het motiveren van de bescherming op grond van het computerprogramma-auteursrecht, volgens de gebruikelijke opvatting, met name bijvoorbeeld omdat deze zintuiglijk waarneembare kenmerken noodzakelijk

richtlinie, Produktpiraterie-verordnung, Wien, Springer, 2001, p. 205 e.v. (in het bijzonder Nr 34 e.v.); Vergelijk ook: M. LEHMANN, "Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen", *GRURInt* 1991, p. 334.

²¹⁶⁹ Zie: art. 6.2. Richtlijn Computerprogramma’s en art. XI.300., §2 WER (oud art. 7, §2 Wet Computerprogramma’s).

²¹⁷⁰ Zie: art. 6.2., a) en b) Richtlijn Computerprogramma’s en art. XI.300., §2, a) en b) WER (oud art. 7, §2, a) en b) Wet Computerprogramma’s).

²¹⁷¹ Zie: art. 6.2., c) Richtlijn Computerprogramma’s en art. XI.300., §2, c) WER (oud art. 7, §2, c) Wet Computerprogramma’s).

²¹⁷² Zie uitdrukkelijk in die zin: T. VINJE, “Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität”, *GRURInt* 1992, p. 258.

zijn om computerprogramma's een bepaalde functie te laten vervullen²¹⁷³ en 2.) de mogelijkheid om ten aanzien van zintuiglijk waarneembare kenmerken die wel relevant zijn voor het motiveren van de bescherming op grond van het computerprogramma-auteursrecht, in het licht van een *de minimis* overname, slechts een niet-substantiële gelijkennis teweeg te brengen, beoordeeld op het relevant niveau van abstractie voor het afbakenen van het 'object'²¹⁷⁴. In dit verband menen we binnen het computerprogramma-auteursrecht overigens ook de tendens vast te stellen om documentatie, een 'paper trail', rond de geleverde 'reverse engineering'-inspanningen weliswaar relevant te achten om na te gaan of een concreet geval van 'reverse engineering' alle vereisten vervult van de relevante uitdrukkelijke 'reverse engineering'-beperking, maar niet meteen als een grond om ten aanzien van het resultaat van deze 'reverse engineering' andere inbreuk-criteria te hanteren²¹⁷⁵.

Ten slotte, is ook opnieuw op te merken dat de vrijstelling die de beperking rond 'reverse engineering' via decompilatie verleent rond de aanwending van uit 'decompilatie' verkregen kennis, nog eens uitdrukkelijk onderworpen is aan een bijkomende toetsing: de uitlegging van deze beperking mag geen aanleiding geven tot een toepassing ervan die ongerechtvaardigd nadeel oplevert voor de rechtmatige belangen van de rechthebbende of het normale gebruik belemmert van het computerprogramma²¹⁷⁶. Volgens de rechtsleer is de expliciete verwijzing naar deze toetsing daarbij, zoals aangegeven, vooral te verstaan als een benadrukken dat de betrokken beperking rond 'reverse engineering' via decompilatie er naar streeft om een passende belangenafweging door te voeren in het licht van 'reverse engineering'²¹⁷⁷.

In het licht van de zonet besproken regeling die de 'decompilatie'-beperking treft rond de toegelaten toepassingen van kennis die verkregen is via het 'decompileren' dat ze vrijstelt, komen we dan opnieuw tot de vaststelling dat

²¹⁷³ Zie in die zin bijvoorbeeld: B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 81-82.

²¹⁷⁴ Zie in dit verband: T. VINJE, "Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität", *GRURInt* 1992, p. 259 ("Zunächst dürfte die lediglich "de minimis"-Übernahme selbst identischer Codebestandteile unter keinem der europäischen Urheberrechtsgesetze eine Verletzung darstellen. Dazu ein Beispiel: Die Version, 2.0 von Microsoft Word benutzte ein ungewöhnliches Mittel, um bei einem PC das Vorhandensein eines Enhanced Graphics Adapter (EGA) festzustellen. Es suchte nämlich innerhalb von IBM's EGA BIOS danach, ob die Buchstaben "IBM" im Copyrightvermerk erscheinen. ... Mag die Bezeichnung "IBM" möglicherweise auch Ausdruck sein, so sollte die Übernahme derart kleiner Teile selbst identischen Codes ein kompatibles Programm nicht im urheberrechtlichen Sinne "im wesentlichen ähnlich" machen.") en High Court of Justice (Chancery Division) 15 April 1999, (*Cantor Fitzgerald International v. Tradition*), R.P.C. 2000, p. 95 (r.o. 74-75: "A program expressed in a computer language must not contain any errors of syntax (or it will not compile) and it must contain no semantic errors. These considerations might suggest that every part of a computer program is essential to its performance, and so every part, however small, is a "substantial part" of the program. There is some authority that such an approach is correct. ...It seems to me, with all respect, that this reasoning would result in any part of any computer program being substantial since without any part the program would not work, or at best not work as desired. It seems to me with all respect that such an approach is simplistic."); Vergelijk echter ook: B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 82 ("There may, of course, be insubstantial similarities between code based on information derived by decompilation and the original code, since those parts of the two programs will be achieving the same function. However, the similarities must be insubstantial and the result, not of copying protectable expression, but as a consequence of the 'merger doctrine' explained above, or merely co-incident similarity.").

²¹⁷⁵ Zie op dit punt bijvoorbeeld het belang dat gehecht wordt aan een documentatie, een 'paper trail', rond de geleverde 'reverse engineering'-inspanningen in het licht van de beperking rond 'reverse engineering' via decompilatie, bij: B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 80.

²¹⁷⁶ Zie: art. 6.3. Richtlijn Computerprogramma's en art. XI.300., §3 (oud art. 7, §3 Wet Computerprogramma's).

²¹⁷⁷ In die zin bijvoorbeeld: M. GRÜTZMACHER, "§ 69 e Dekompilierung" in A. WANDTKE en W. BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, Nr. 24; ("Ein konkreter Inhalt ist Abs. 3 nicht zu entnehmen; vielmehr wird noch einmal das Ziel der Vorschrift betont, einen angemessenen Interessenausgleich herbeizuführen") Zie in deze zin ook: B. CZARNOTA en R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, p. 80-81 (Waar deze auteurs overigens ook uitdrukkelijk aangeven dat de betrokken toetsing geen argument vormt om te verhinderen dat een beroep gedaan wordt op de beperking rond 'reverse engineering' via decompilatie, om tot bijkomende, interoperabele computerprogramma's te komen die concurreren met het gedecompileerde computerprogramma.).

deze regeling niet vrij is van kritiek. Ook hier rijst immers de vraag of de vele voorwaarden die de betrokken beperking stelt in dit verband niet te analyseren zijn als overregulering²¹⁷⁸ die, ten eerste, ongerechtvaardigd veel bescherming toekent door direct de aanwending van ‘kennis’ te willen regelen²¹⁷⁹ en, ten tweede, weinig bijdraagt aan de ‘basisregeling’ rond de afbakening van het ‘object’ als het er op aankomt om de aanwending van de betrokken ‘kennis’ te regelen in een concreet bijkomend computerprogramma²¹⁸⁰.

4.2.3. Aanwending van door analyse verkregen informatie binnen de ‘basisregeling’ geïnterpreteerd in het licht van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’

Vervolgens bespreken we dan ook in welke mate toepassingen van kennis uit vrijgestelde analyse-handelingen voorbehouden kunnen zijn aan de betrokken rechthebbende op grond van de ‘basisregeling’ rond het afbakenen van de toegekende bescherming, zonder specifieke ‘reverse engineering’-voorschriften dus, die we aantreffen binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, het octrooirecht, auteursrecht en het ingrijpen van ‘parasitaire mededinging’. Zoals aangegeven, bouwen we daarbij verder op de hierboven besproken, mogelijke interpretatie van de ‘basisregeling’ die de betrokken beschermingsregimes voorzien rond het afbakenen van hun bescherming, in het licht van de systematiek rond ‘imitatievoordeel’.

Bij de hierboven besproken, *mogelijke* interpretatie conform de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, is de bevoegdheid over toepassingen van kennis uit vrijgestelde analyse-handelingen die de rechthebbende of belanghebbende producent ontleent aan de ‘basisregeling’ binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, het octrooirecht, auteursrecht en het ingrijpen van ‘parasitaire mededinging’, in wezen telkens beheerst door het volgende principe: deze beschermingsregimes verlenen de rechthebbende of belanghebbende producent enkel een bevoegdheid over zintuiglijk waarneembare manifestaties die aanleiding geven tot een *genot* van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dat in wezen mogelijk gemaakt is door te steunen op (de positieve effecten van) zijn ‘resultaat’ van inspanningen, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel die specifieke incorporaties van het betrokken ‘resultaat’ van inspanningen, die deze rechthebbende of belanghebbende producent met zijn toestemming ‘in het verkeer’ bracht (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende of belanghebbende producent deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken. Volgens het zonet vermelde principe zijn beschermingsregimes binnen het intellectuele eigendomsrecht dus, zonder uitdrukkelijke uitzonderingen rond ‘reverse engineering’, telkens zo te verstaan dat zij, door hun aanwijzingen rond de groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties waarover zij een bevoegdheid verlenen, toepassingen van kennis uit vrijgestelde analyse-handelingen enkel onder de bevoegdheid laten vallen van de betrokken rechthebbende of belanghebbende producent, indien deze toepassingen resulteren in het volgende: zintuiglijk waarneembare manifestaties die aan de basis kunnen liggen van een alternatieve ‘consumptieketen’ rond behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, *naast* de ‘consumptieketen’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van de specifieke incorporaties van dit bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen die met toestemming van de betrokken rechthebbende of belanghebbende producent ‘in het verkeer’ kwamen (= *initiële afgifte van feitelijke macht*). Om daarbij na te gaan of aan te nemen is dat een zintuiglijk waarneembare manifestatie haar capaciteit tot het teweegbrengen van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, stuurt een interpretatie conform de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ daarbij zoals aan gegeven aan op de volgende test: of er, tussen de zintuiglijk waarneembare kenmerken die een relevante referentie-incorporatie van inspanningen dankt aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen en de zintuiglijk waarneembare kenmerken van een zintuiglijk waarneembare manifestatie, een gelijkenis bestaat die relevant is en, bekeken op

²¹⁷⁸ Zie in die zin, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: M. LEHMANN, “Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen”, *GRURInt* 1991, p. 334.

²¹⁷⁹ Zie: M. WALTER en S. VON LEWINSKI, *Europäisches Urheberrecht: Kommentar: insbesondere Software-, Vermiet- und Verleih-, Satelliten- und Kabel-, Schutzdauer-, Datenbank-, Folgerecht-, Informationsgesellschaftsrichtlinie, Produktpiraterie-verordnung*, Wien, Springer, 2001, p. 205 e.v. (in het bijzonder Nr 34 e.v.).

²¹⁸⁰ In die zin zoals aangegeven: T. VINJE, “Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität”, *GRURInt* 1992, p. 257 e.v..

het relevante niveau van abstractie en op het vlak van hun capaciteit om behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen, ook voldoende groot is om aannemelijk te maken dat de capaciteit om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen die de betrokken zintuiglijk waarneembare manifestatie dankt aan haar zintuiglijk waarneembare kenmerken die deze gelijkenis vertonen in wezen eveneens teruggaat op het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen.

4.2.4. Overzicht van de ‘specialisatie’ doorgevoerd door de bijzondere ‘reverse engineering’-voorschriften

Op dit punt kunnen we dan besluiten in welke mate de bijzondere voorschriften rond ‘reverse engineering’ binnen het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht, op het vlak van het regelen van de toegelaten toepassingen van kennis verkregen via niet-inbreukmakende analyse-handelingen, blijk geven van een verschillende aanpak in vergelijking met de ‘basisregeling’ rond het afbakenen van de toegekende bescherming die we aantreffen binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, het octrooirecht, auteursrecht en het ingrijpen van ‘parasitaire mededinging’. Als leidraad voor deze vergelijking richten we ons dan met name naar de invulling die deze bijzondere ‘reverse engineering’-voorschriften en de betrokken ‘basisregeling’, geven aan, in essentie, de volgende parameters: 1.) het spectrum van de geregelde toepassingen van kennis uit niet-inbreukmakende analyse-handelingen, 2.) vereisten rond de doelstelling van de geregelde toepassingen van kennis verkregen via niet-inbreukmakende analyse-handelingen en 3.) vereisten rond de mate van verschillen die een geregelde toepassingen van kennis uit niet-inbreukmakende analyse-handelingen moet aanhouden ten aanzien van de geanalyseerde incorporatie.

Ten eerste, stellen we dan met name vast dat de decompilatie-beperking binnen het computerprogramma-auteursrecht een veel breder spectrum aan toepassingen regelt van de kennis die verkregen is via de analyse-handelingen die ze vrijstelt, als het geval is voor de ‘reverse engineering’-beperking binnen het chipsrecht, voor de beperking rond ‘reverse engineering’ via louter observeren binnen het computerprogramma-auteursrecht en voor de hierboven aangehaalde ‘basisregeling’ rond het afbakenen van de toegekende bescherming. De betrokken decompilatie-beperking knoopt voor haar regeling rond de toegelaten toepassingen van kennis uit vrijgestelde analyse-handelingen immers, zoals aangegeven, rechtstreeks aan bij de betrokken kennis. De zonet aangehaalde andere ‘reverse engineering’ beperkingen en de betrokken ‘basisregeling’ regelen hoogstens de toepassingen van kennis uit vrijgestelde analyse-handelingen in dezelfde soort zintuiglijk waarneembare manifestaties die, ook buiten de context van ‘reverse engineering’, tot de groep zintuiglijk waarneembare manifestaties behoren, waarover de betrokken beschermingsregimes een bevoegdheid verlenen.

Ten tweede, observeren we ook dat de decompilatie-beperking binnen het computerprogramma-auteursrecht als enige haar toelating rond de geregelde toepassingen van kennis verkregen uit vrijgestelde analyse-handelingen, duidelijk laat afhangen van de doelstelling die met deze toepassing nagestreefd wordt. Dergelijke vereisten vinden we niet terug in de ‘reverse engineering’-beperking binnen het chipsrecht, niet als zodanig binnen de beperking die het computerprogramma-auteursrecht voorziet rond ‘reverse engineering’ via louter bestuderen en al evenmin in het kader van de hierboven vermelde ‘basisregeling’ rond het afbakenen van de toegekende bescherming, geïnterpreteerd conform de systematiek rond ‘imitatieoordeel’.

Ten slotte, is enkel bij het chipsrecht rekening te houden met de mogelijkheid dat de gebruikelijke inbreuk-criteria niet tevens de leidraad vormen voor de mate van verschillen die een geregelde toepassingen van kennis uit vrije analyse-handelingen moet aanhouden ten aanzien van de geanalyseerde incorporatie. De ‘reverse engineering’-beperkingen binnen het computerprogramma-auteursrecht vallen op dit punt immers uiteindelijk terug op de inbreuk-criteria die, ook buiten de context van ‘reverse engineering’, de afbakening beheersen van de toegekende bescherming. Hetzelfde geldt uiteraard in het kader van de hierboven aangehaalde ‘basisregeling’ rond het afbakenen van de toegekende bescherming, geïnterpreteerd conform de systematiek rond ‘imitatieoordeel’. Hierbij is dan overigens op te merken dat het ter discussie staat of inderdaad aan te nemen is dat de ‘reverse engineering’-beperking binnen het chipsrecht inderdaad afwijkt van de inbreuk-criteria die het chipsrecht buiten de context van ‘reverse engineering’ hanteert.

4.3. Wenselijkheid

Op grond van de vorige onderdelen, menen we dan nu te kunnen overgaan tot een besluit rond de volgende vraag: of de bijzondere ‘reverse engineering’-voorschriften binnen het chipsrecht en het computerprogramma-

auteursrecht, binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, te analyseren zijn als een mogelijk argument om de wenselijkheid te staven van de specialisatie die deze *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht. We gaan op dit punt dan met name over tot een conclusie rond de vraag of de bijzondere ‘reverse engineering’-voorschriften binnen het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht blijken geven van het volgende: een verschillende inhoud of mate van precisering van gedragsvoorschriften waarvan aannemelijk is dat deze een bijdrage levert tot een meer gerechtvaardigde regeling die opweegt tegen de juridische inspanningen die de betrokken *sui generis* intellectuele rechten veroorzaken door de hogere graad van differentiatie van gedragsvoorschriften die zij teweegbrengen binnen het intellectuele eigendomsrecht.

In de eerste plaats betwijfelen we dan met name of de betrokken ‘reverse engineering’-beperkingen binnen het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht dan inderdaad, in vergelijking met de ‘basisregelingen’ rond het afbakenen van de toegekende bescherming, geïnterpreteerd conform de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, die we aantreffen binnen de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, het octrooirecht, auteursrecht en het ingrijpen van ‘parasitaire mededinging’, blijken geven van het volgende: een verschillende aanpak rond het regelen van ‘reverse engineering’ die, binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, te analyseren is als een mogelijk argument om de wenselijkheid te staven van de specialisatie die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips en computerprogramma’s doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht.

Met name op de punten waar de betrokken ‘reverse engineering’-beperkingen binnen het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht niet verschillen van de ‘basisregelingen’ rond de afbakening van de toegekende bescherming binnen deze intellectuele rechten, vormen deze ‘reverse engineering’-beperkingen dan alvast geen afzonderlijk argument om de wenselijkheid te staven van de specialisatie door deze intellectuele rechten. Hierbij is dan bijvoorbeeld in het bijzonder te denken aan de gevallen waar de betrokken ‘reverse engineering’-beperkingen bij hun regeling rond de toegelaten toepassingen van kennis uit de analyse-handelingen die ze uitdrukkelijk vrijstellen, uiteindelijk terugvallen op de inbreuk-criteria die, ook buiten de context van ‘reverse engineering’, de afbakening beheersen van de door de betrokken intellectuele rechten toegekende bescherming.

Op de hierboven vermelde punten waar de betrokken ‘reverse engineering’-beperkingen binnen het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht er uiteindelijk toe leiden dat de betrokken rechthebbende een ruimere bevoegdheid toekomt specifiek in de context van ‘reverse engineering’ onder deze beperkingen, als het geval is buiten de context van deze beperkingen, stelt zich volgens ons telkens de vraag of deze bevoegdheid niet ongerechtvaardigd ruim is en, bijgevolg, dus geen argument kan vormen om een wenselijke specialisatie te motiveren. In dit verband is dan met name te denken aan de decompilatie-beperking binnen het computerprogramma-auteursrecht die er in wezen toe leidt de bevoegdheid van de rechthebbende in de specifieke context van ‘decompileren’ uit te breiden tot ‘informatie’ verkregen via ‘decompileren’. Geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ gaat het immers niet op om het computerprogramma-auteursrecht in deze context een bescherming te laten verlenen die aanknoopt bij een hoger niveau van abstractie dan de concrete vormgeving. Geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ past dit immers niet in de opdracht van het computerprogramma-auteursrecht om het theoretische model te implementeren van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving gebonden is aan een concrete vormgeving.

Indien de betrokken ‘reverse engineering’-beperkingen binnen het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht argumenten bieden om de wenselijkheid te staven van de specialisatie door deze intellectuele rechten dan zijn deze volgens ons veeleer te zoeken op de punten waar zij er toe leiden dat de betrokken rechthebbende een beperktere bevoegdheid toekomt specifiek in de context van ‘reverse engineering’ onder deze beperkingen, als het geval is, buiten de context van deze beperkingen, op grond van de betrokken ‘basisregeling’ rond de afbakening van de toegekende bescherming. In dit verband is dan met name te denken aan de hierboven besproken gevallen waar de betrokken ‘reverse engineering’-beperkingen een basis bieden om, in tegenstelling tot de ‘basisregeling’ rond de afbakening van de toegekende bescherming, geïnterpreteerd conform de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, het volgende toe te laten: een vrijstelling van sommige analyse-handelingen die wel resulteren in een bijkomende of gewijzigde zintuiglijk waarneembare manifestatie die een genot toelaat van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze

bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel de geanalyseerde incorporatie van dit ‘resultaat’ van inspanningen. In zoverre het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’, zoals aangegeven, de opdracht hebben om het theoretische model te implementeren van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving gebonden is aan een concrete vormgeving – een intellectueelrechtelijke bescherming dus die zich beperkt tot het niveau van abstractie van de concrete vormgeving als leidraad bij het toekennen en afbakenen van bescherming – valt immers te argumenteren dat het onder omstandigheden dan ook wenselijk is om het volgende te doen: die zintuiglijk waarneembare handelingen en manifestaties vrij te stellen in de mate dat dit praktisch gezien nodig is om de ideeën die vervat liggen in chips en computerprogramma’s te kunnen vaststellen, ook al vraagt dit dan bijvoorbeeld duplicaties die een genot toelaten van behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die mogelijk gemaakt zijn door het bescherming motiverende ‘resultaat’ van inspanningen, *buiten* de ruimtelijke en temporele limieten van het mogelijke genot van deze bewustzijnsfenomenen door het gebruik van enkel de geanalyseerde incorporatie van dit ‘resultaat’ van inspanningen.

In de tweede plaats – en in wezen veel belangrijker – menen we echter ook dat de betrokken ‘reverse engineering’-beperkingen binnen het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht, als ‘uitzonderingen’, niet in staat zijn om voor het geheel van het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht een verantwoording te bieden rond de specialisatie die deze *sui generis* intellectuele rechten doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht. De verklaring hiervoor is in wezen dat, zoals reeds aangehaald, het concrete toepassingsgebied en de reikwijdte van een specifieke ‘uitzondering’ zich vrij flexibel laten vaststellen ‘op maat’, zonder dat dit het noodzakelijkerwijze onmogelijk maakt om de betrokken ‘uitzondering’ op te nemen binnen een bestaand beschermingsregime. Meer concreet, indien een bescherming op maat van chips en computerprogramma’s bijvoorbeeld inderdaad enkel zou verschillen van een ander beschermingsregime binnen het intellectuele eigendomsrecht op het vlak van de specifieke ‘uitzonderingen’ rond ‘reverse engineering’, dan zou het uiteindelijk weinig problemen vormen om binnen het betrokken andere beschermingsregime de betrokken specifieke ‘uitzonderingen’ rond de ‘reverse engineering’ van chips en computerprogramma’s te voorzien. Vanuit die optiek menen wij dan ook dat de stap om binnen het intellectuele eigendomsrecht ook omvattende, afzonderlijke *sui generis* intellectuele rechten te voorzien rond chips en computerprogramma’s zich dus niet laat verantwoorden in het licht van specifieke ‘uitzonderingen’ rond ‘reverse engineering’ op zich.

5. Het resultaat van de comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen

Ten slotte, kunnen we dan ook de balans opmaken van de comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen die we hierboven uitvoerden om de wenselijkheid te beoordelen van de ‘specialisatie’ die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht. Bij deze toetsing gingen we op het vlak van de hierboven besproken, onderscheiden aspecten van het ingrijpen van de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken, telkens na of deze intellectuele rechten daarbij, tegenover elkaar en tegenover het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen rond ‘parasitaire mededinging’, blijken geven van een eigen, verschillende benadering die, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ ons referentiepunt voor de vaststelling van het theoretisch optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, als volgt te analyseren is: als een, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, wenselijke ‘specialisatie’ op het vlak van het verlenen van de specifieke soort investeringsbescherming die de rode draad vormt doorheen het intellectuele eigendomsrecht. Om de ‘specialisatie’, de onderscheiden aanpak, van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma’s en databanken daarbij als wenselijk of onwenselijk te beoordelen, gingen we dan met name na of deze *sui generis* intellectuele rechten op dit vlak blijken geven van een verschillende inhoud of mate van precisering van gedragsvoorschriften, waarvan aannemelijk is dat deze een bijdrage levert tot een meer gerechtvaardigde regeling die ook opweegt tegen de juridische inspanningen die deze *sui generis* intellectuele rechten veroorzaken door de hogere graad van differentiatie van gedragsvoorschriften die zij teweegbrengen binnen het intellectuele eigendomsrecht.

Rond het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht leidt de hierboven beschreven comparatieve toetsing ons dan met name tot het besluit dat, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, deze intellectuele rechten, mits een passende interpretatie, tot op zekere hoogte het aanknopingspunt kunnen vormen voor een wenselijke specialisatie binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht. Een dergelijke passende interpretatie, vraagt dan met name om de bepalingen en beginselen van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht consequent te verstaan als aanwijzingen om een bepaald theoretisch model te implementeren, met name het theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving, *gebonden* is aan een concrete vormgeving. Dit theoretische model verwijst daarbij zoals aangegeven met name naar een ingrijpen dat in beginsel het volgende doet indien de zintuiglijk waarneembare kenmerken en de daaraan gekoppelde capaciteit tot het teweegbrengen van bepaalde behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen die een relevante referentie-incorporatie dankt aan inspanningen, blijken geven van een ‘resultaat’ van *intellectuele arbeid* waarvan de toepassing in zintuiglijk waarneembare kenmerken met een *functionele* beleving *gebonden* is aan een concrete *vormgeving*: de rechthebbende een exclusieve bevoegdheid verlenen over alle zintuiglijk waarneembare handelingen van andere personen die een aanwending van ‘imitatievoordeel’ inhouden ten aanzien van het ‘object’, *i.e.* die groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties die, naast de betrokken relevante referentie-incorporatie, alle zintuiglijk waarneembare manifestaties omvat waarvan aannemelijk is dat zij hun capaciteit om gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen als de relevante referentie-incorporatie danken aan het betrokken resultaat van intellectuele arbeid, met name gezien hun door ‘ontlening’ te verklaren inzet van, bekeken op het niveau van abstractie van de concrete ‘vormgeving’, voldoende gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken als de relevante referentie-incorporatie om deze gelijkende behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen teweeg te brengen. Daarbij geldt binnen dit theoretisch model dan, zoals gezegd, dat zintuiglijk waarneembare handelingen van een andere persoon een aanwending inhouden van ‘imitatievoordeel’ indien deze bijdragen tot of resulteren in het *doen ontstaan* of het *voorzetten* van een *alternatieve* consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van intellectuele arbeid te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen het zonet omschreven ‘object’, *naast* de ‘consumptieketens’ rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen dit ‘object’ die ‘in het verkeer’ gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende deze ‘in het verkeer’ bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken.

Bij de zonet omschreven passende interpretatie van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht volgt de wenselijkheid van de specialisatie die zij doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht daarbij niet uit hun bepalingen en beginselen rond de categorieën voorbehouden handelingen en al evenmin, in het geval van het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht, op hun specifieke regeling rond 'reverse engineering'. Op het vlak van de categorieën voorbehouden handelingen, geldt immers, zoals aangegeven, dat de zintuiglijk waarneembare handelingen waarover beschermingsregelingen, binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de vanuit de systematiek rond 'imitatievoordeel', een bevoegdheid dienen te verlenen met het oog op het vermijden van 'imitatievoordeel' een constante is doorheen de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht. Met het oog op het vermijden van 'imitatievoordeel' is het voor de beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht, zoals besproken, immers in essentie steeds aan de orde om, rond de groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties die onder de toegekende bescherming vallen, een bevoegdheid te verlenen die toelaat om andere personen zintuiglijk waarneembare handelingen te verbieden die bijdragen tot of resulteren in het *doen ontstaan* of het *voorzetten* van een *alternatieve* consumptieketen rond aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen te danken behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van de groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties onder de toegekende bescherming, *naast* de 'consumptieketens' rond deze behoeftebevredigende bewustzijnsfenomenen ten aanzien van de zintuiglijk waarneembare manifestaties binnen deze groep die 'in het verkeer' gebracht werden met de toestemming van de rechthebbende (= *initiële afgifte van feitelijke macht*), zoals deze rechthebbende deze 'in het verkeer' bracht, dit wil zeggen met ongewijzigde zintuiglijk waarneembare kenmerken. Rond de specifieke 'reverse engineering'-regelingen binnen het chipsrecht en het computerprogramma-auteursrecht, geldt zoals aangegeven vooral dat zij als 'uitzonderingen' die zich soepel laten inpassen binnen bestaande beschermingsregelingen, op zich geen verantwoording kunnen bieden voor het opzetten van afzonderlijke beschermingsregelingen. Daarnaast is binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond 'imitatievoordeel', zoals gezegd, ook te betwijfelen of deze specifieke 'reverse engineering'-regelingen, een bijdrage leveren tot een meer gerechtvaardigde regeling die ook de juridisch inspanningen verantwoordt die zij teweegbrengen, in vergelijking met de regeling die volgt uit een interpretatie conform de systematiek rond 'imitatievoordeel' van de 'basisregelingen' rond het afbakenen van de toegekende bescherming, dit wil zeggen zonder specifieke 'reverse engineering'-regelingen.

De wenselijke specialisatie die het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, bij de zonet omschreven passende interpretatie van hun bepalingen en beginselen, doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht gaat, volgens ons, dan veeleer terug op hun aanpak van het sturen van de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming en het afbakenen van het 'object'. Het argument voor deze stelling steunt daarbij dan met name op de, hierboven vermelde, observatie dat bij chips, computerprogramma's en de structuur van databanken vaak sprake is van resultaten van *intellectuele* arbeid die gericht zijn op het bedenken van bepaalde vormkenmerken die hen geschikt moeten maken om hun functionele taak te vervullen. Om op passende wijze het risico op 'imitatievoordeel' te traceren en te neutraliseren rond dergelijke resultaten van *intellectuele* arbeid is, binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond 'imitatievoordeel', dan nood aan de implementatie van het hierboven vermelde theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving, *gebonden* is aan een concrete vormgeving. De implementatie van dit theoretische model laat dan immers toe om, met zo efficiënt mogelijk geformuleerde gedragsvoorschriften, dergelijke soort resultaten van intellectuele arbeid te traceren en rond deze resultaten van intellectuele arbeid een bescherming te verlenen die, met een zo beperkt mogelijke toekenning van bevoegdheden aan individuen en respect voor de 'basiscausaliteit' van het betrokken ingrijpen, 'imitatievoordeel' vermijdt. Belangrijk bij de implementatie van dit theoretische model zijn dan met name, zoals aangegeven, vooral de volgende punten: 1.) dat bij de beoordeling rond het toekennen van bescherming nagegaan wordt of sprake is van een resultaat van *intellectuele arbeid* waarvan het 'aanwendingsscala' in zintuiglijk waarneembare kenmerken met een *functionele* beleving, *gebonden* is aan een concrete vormgeving, en 2.) dat de afbakening van het 'object' gebeurt aan de hand van een toetsing rond, door 'ontlening' – *kennis* dus – te verklaren voldoende en relevante *gelijkenissen*, beoordeeld op het niveau van abstractie van de concrete vormgeving, zonder dat de gerichtheid en noodzaak, met het oog op het vervullen van een functionele taak, van de betrokken zintuiglijk waarneembare kenmerken, die te danken zijn aan het betrokken resultaat van *intellectuele arbeid*, daarbij *a priori* en in het algemeen een hindernis vormen voor het verlenen van bescherming. Met name in vergelijking met het octrooirecht, het auteursrecht en het

ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, stellen we dan zoals hierboven besproken vast dat de bepalingen en beginselen die binnen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht de beoordeling beheersen rond het toekennen van hun bescherming en het afbakenen van het ‘object’, consequenter en ‘ongestoorder’ door de bekommernis om ook andere soorten resultaten van inspanningen te beschermen tegen ‘imitatievoordeel’, het volgende toelaten: in deze bepalingen en beginselen de implementatie lezen van het zonet beschreven theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving, *gebonden* is aan een concrete vormgeving, om op passende wijze ‘imitatievoordeel’ te traceren en te neutraliseren rond resultaten van *intellectuele arbeid* waarvan de toepassing in de kenmerken die chips, computerprogramma’s dan wel de structuur van databanken hun functionele taak laten vervullen, *gebonden* is aan een bepaalde concrete vormgeving. In zoverre het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht dus, op het vlak van het sturen van de beoordeling rond het toekennen van hun bescherming en het afbakenen van het ‘object’, deze consequentere implementatie toelaten van het zonet vermelde theoretische model, in vergelijking met het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, is, volgens ons, zoals aangegeven dus ook het volgende aan te nemen: dat deze *sui generis* intellectuele rechten een wenselijke ‘specialisatie’, met name een *valabele* en *noodzakelijke* differentiatie, doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht.

Zelfs bij de zonet vermelde ‘passende interpretatie’ van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, is naar onze mening, zoals aangegeven, echter erg sterk te betwijfelen of de ‘specialisatie’ die zij tegenover elkaar doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, als wenselijk te beoordelen is. Waar het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht hun specialisatie tegenover het octrooirecht, het auteursrecht en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, zoals zonet vermeld, binnen de specifieke focus van ons onderzoek en geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ kunnen verantwoorden met het argument van het consequent implementeren van het theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving, *gebonden* is aan een concrete vormgeving, gaat deze argumentatie niet op voor de ‘specialisatie’ die deze *sui generis* intellectuele doorvoeren tegenover elkaar. Geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dienen het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, immers, op het vlak van het toekennen en afbakenen van hun bescherming, in wezen, telkens ditzelfde theoretische model te implementeren van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving, *gebonden* is aan een concrete vormgeving. Vanuit deze analyse is dan ook aan te nemen dat sterk te betwijfelen is of het naast elkaar bestaan van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht, als volgt te analyseren is: als een hogere differentiatie van gedragsvoorschriften waarvan een bijdrage te verwachten is tot een meer gerechtvaardigde investeringsbeschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht die hoger is als de toename van juridische inspanningen die zij teweegbrengt om beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht toepassing te laten vinden.

Een element dat eventueel, tot op zeker hoogte, in het voordeel spreekt van het naast elkaar bestaan van het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht is, volgens ons, het volgende: dat in zoverre deze intellectuele rechten, bij een passende interpretatie, niettemin een *valabele* differentiatie doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, eventueel aan te nemen is dat de hoge mate van precisering die deze intellectuele rechten hanteren door hun ingrijpen definitief af te stellen en vast te leggen in het licht van het al dan niet voorliggen van een door hen omschreven, specifiek feit, met name het feit dat een ‘eigen, intellectuele schepping’ blijkt specifiek uit de ‘topografie van een halfgeleiderproduct’, een ‘computerprogramma’ dan wel de ‘keuze of rangschikking van de elementen van een databank’, er uiteindelijk toe kan bijdragen om, in de praktijk, ook beter aan te zetten tot de nagestreefde coördinatie van gedragingen te komen. In dit verband is er met name aan te herinneren dat de rechtstheoretische analyse aangeeft dat naarmate gedragsvoorschriften een hogere ‘precisering’ of een hoger ‘regel’-karakter hebben, zij in de regel ook beter in staat zijn om individuen in concrete situaties aan te zetten tot die gedragingen, die conform zijn aan de coördinatie van gedragingen, waar hun inhoudelijke afstelling op aanstuurt. De verklaring hiervoor is, zoals gezegd, in wezen dat naarmate gedragsvoorschriften een hogere ‘precisering’ of een hoger ‘regel’-karakter hebben hun interpretatie, in de regel, ook minder inspanningen vraagt en individuen dus ook sneller en beter op de hoogte zullen zijn van het feit dat dit gedragsvoorschrift van toepassing is in een concrete situatie of van de concrete gedraging die dit

gedragsvoorschrift in de concrete situatie van hen verwacht²¹⁸¹. Hierbij is, volgens ons, dan echter op te merken dat dit gunstige effect van een hogere ‘precisering’ van gedragsvoorschriften hoogstens eventueel als argument kan dienen om te verdedigen waarom het niet onmiddellijk aan de orde is om het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht op te heffen en samen te voegen binnen één overkoepelende implementatie van het hierboven vermelde theoretische model van een intellectueelrechtelijke bescherming naar aanleiding van resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving, *gebonden* is aan een concrete vormgeving. Het zonet besproken gunstige effect van een hoger ‘precisering’ van gedragsvoorschriften laat zich immers ook verwezenlijken binnen één intellectueel recht dat in meer algemene bewoordingen een implementatie geeft aan het betrokken theoretische model en daarbij ook expliciet aangeeft dat zijn toepassing onder meer aan de orde is bij resultaten van intellectuele arbeid waarvan de toepassing in kenmerken met een *functionele* beleving, binnen de ‘topografie van een halfgeleiderproduct’, een ‘computerprogramma’ of de ‘keuze of rangschikking van de elementen van een databank’, *gebonden* is aan een concrete vormgeving.

Met betrekking tot het databankenrecht *sui generis* daarentegen doet de hierboven beschreven comparatieve toetsing ons dan besluiten dat, vanuit de specifieke focus van ons onderzoek, sterk te betwijfelen is dat dit beschermingsregime aan de basis ligt van een wenselijke specialisatie binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht. Geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ moeten we, zoals aangegeven, zelfs alle moeite doen om het databankenrecht *sui generis* te herinterpreteren zodanig dat in zijn bepalingen die getuigen van het streven om aansluiting te zoeken bij het concept van een intellectueelrechtelijke bescherming, alsnog een implementatie te lezen is van het theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’. Dit theoretische model van een ‘parasitair kopiëren’ verwijst daarbij dan zoals aangegeven, in essentie, naar een ingrijpen dat: 1.) alle personen verbiedt om zintuiglijk waarneembare handelingen te stellen die teruggaan op een ‘kopiëren’ van een incorporatie van het ‘resultaat’ van inspanningen van een andere persoon, indien deze handelingen, in het licht van het geheel van de concrete omstandigheden errond toelaten om ‘imitatievoordeel’ te realiseren en 2.) daarbij, belanghebbende personen een relatieve bevoegdheid geeft om de naleving af te dwingen van dit verbod.

De stelling dat het databankenrecht *sui generis* te herinterpreteren is, weg van een intellectueelrechtelijke bescherming en, integendeel, in de lijn van het theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’ steunt daarbij dan, zoals aangegeven, met name op de analyse dat dit nodig is om te verhinderen dat het databankenrecht *sui generis* een ongerechtvaardigd ruime bescherming zou verlenen. Deze analyse vertrekt daarbij zoals gezegd vanuit de observatie dat het databankenrecht *sui generis* terecht ingezet wordt om het risico op ‘imitatievoordeel’ te traceren en neutraliseren dat zich voordoet, ook bij de *handenarbeid* om tot het verzamelde geheel van elementen te komen dat de inhoud uitmaakt van een bepaalde ‘databank’. De volgende stap in de analyse is dan, zoals aangegeven, dat een intellectueelrechtelijke bescherming rond de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken, die teruggaat op *handenarbeid*, de rechthebbende ook een ongerechtvaardigd ruime exclusieve bevoegdheid zou verlenen, met name een exclusieve bevoegdheid die zich ook zou uitstrekken tot zintuiglijk waarneembare manifestaties die niet teruggaan op ‘imitatievoordeel’ ten aanzien van de betrokken aggregatie-prestatie. In dit verband is er, zoals aangegeven, immers rekening mee te houden dat de toetsing die intellectuele rechten typisch hanteren om het ‘object’ af te bakenen, een toetsing rond door ‘ontlening’ – *kennis* dus – te verklaren voldoende ‘gelijkenis’ met zintuiglijk waarneembare kenmerken die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen, een onbetrouwbare indicator is om gevallen te traceren van ‘imitatievoordeel’ ten aanzien van resultaten van *handenarbeid*. De verklaring hiervoor is zoals gezegd het fenomeen dat het nu eenmaal niet onmogelijk is om nog op eigen kracht ‘adequate inspanningen’ te leveren rond

²¹⁸¹ Zie in dit verband, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: KAPLOW, die met betrekking tot ‘regels’ stelt dat: “... *the ease of application suggests that rules will tend to produce behavior more in conformity with legal norms than would equivalent standards. Because parties will be able to learn the governing norms more cheaply and accurately in advance, they will tend to behave more in accord with such norms.*” L. KAPLOW, “General Characteristics of Rules” in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 510; KOROBKIN stelt in dit verband: “*However, the lack of ex ante clarity associated with standards will lead to some well-intentioned undesirable behavior on the part of citizens, and errors in applying standards might cause them to be over- or underinclusive as applied.*” R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 43.

het vervaardigen van *gelijkaardige*, reeds *gekende* kenmerken die te danken zijn aan *handenarbeid*. Om het databankenrecht *sui generis* op passende wijze ‘imitatievoordeel’ te laten traceren rond de aggregatie-prestatie in de inhoud van databanken, die teruggaat op *handenarbeid*, is het volgens deze analyse dus met name aangewezen om dit beschermingsregime als volgt te herinterpreteren, in de lijn van het theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’: als een beschermingsregime dat de groep van zintuiglijk waarneembare manifestaties waarover het een bevoegdheid verleent, afbakt door in het licht van het geheel van de betrokken feitelijke omstandigheden na te gaan of een voldoende en relevante gelijkenis met de zintuiglijk waarneembare kenmerken die te danken zijn aan het bescherming motiverende resultaat van inspanningen al dan niet tot stand kwam door te steunen op ‘imitatievoordeel’. Bij deze afbakening is het, volgens deze analyse, dan met name nodig om ook aandacht te hebben voor de concrete omstandigheden rond de werkwijze die een persoon hanteert om tot een overname of aanwending te komen van gelijkende zintuiglijk waarneembare kenmerken als deze die hij reeds kent van een incorporatie van het bescherming motiverend resultaat van inspanningen.

Zelfs bij de zonet beschreven, wenselijke herinterpretatie van het databankenrecht *sui generis* in de lijn van het theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’, blijft volgens ons dan nog altijd sterk te betwijfelen dat dit beschermingsregime aan de basis zou liggen van een wenselijke specialisatie binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht. Geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’ dienen het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ en het databankenrecht *sui generis*, immers, op het vlak van het toekennen en afbakenen van hun bescherming, in wezen, beiden ditzelfde theoretische model te implementeren van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’. Vanuit deze analyse is dan ook niet meteen aan te nemen dat het naast elkaar bestaan van het databankenrecht *sui generis* en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’ als volgt te analyseren is: als een hogere differentiatie van gedragsvoorschriften waarvan een bijdrage te verwachten is tot een meer gerechtvaardigde investeringsbeschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht die hoger is als de toename van juridische inspanningen die zij teweegbrengt om beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht toepassing te laten vinden.

Ook hier zijn er dan echter elementen die, tot op zeker hoogte, in het voordeel spreken van het huidige naast elkaar bestaan van het databankenrecht *sui generis* en het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’. Uit de bespreking hierboven, blijkt volgens ons immers dat ondertussen, zij het dan na veel discussie en onduidelijkheid in de rechtsleer en rechtspraak, gebleken is dat het inderdaad niet onmogelijk is en zelfs tot op zekere hoogte gebruikelijk geworden is om het databankenrecht *sui generis* een wenselijke herinterpretatie te geven, weg van een intellectueelrechtelijke bescherming en in de richting van een implementatie van het hierboven vermelde theoretische model van een ‘parasitair kopiëren’. In dat opzicht gaat er op dit moment dus geen acute dreiging meer uit van het databankenrecht *sui generis* als een, binnen de specifieke focus van ons onderzoek, *niet-valabele* differentiatie van het ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht, geredeneerd vanuit de systematiek rond ‘imitatievoordeel’. In zoverre het databankenrecht *sui generis* in het licht van de zonet beschreven herinterpretatie dan een *valabele* implementatie gaat uitmaken van het theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’, is dan opnieuw te denken aan het argument dat de hogere mate van precisering van gedragsvoorschriften die het databankenrecht *sui generis* daarbij alsnog hanteert in vergelijking met het ingrijpen tegen ‘parasitaire mededinging’, er uiteindelijk kan toe bijdragen om, in de praktijk, ook beter aan te zetten tot de nagestreefde coördinatie van gedragingen te komen. De redenering hierbij is dan met name ook hier dat, in zoverre het databankenrecht *sui generis*, meer elementen van zijn ingrijpen definitief afstelt en vastlegt in het licht van het al dan niet voorliggen van specifiek feiten die het omschrijft, de interpretatie van zijn gedragsvoorschriften minder inspanningen vraagt en individuen dus ook sneller en beter op de hoogte zullen zijn van het feit dat dit gedragsvoorschrift van toepassing is in een concrete situatie of van de concrete gedraging die dit gedragsvoorschrift in de concrete situatie van hen verwacht²¹⁸². Ook hier is, volgens ons, dan echter op te merken

²¹⁸² Zie in dit verband, zoals aangegeven, bijvoorbeeld: KAPLOW, die met betrekking tot ‘regels’ stelt dat: “... *the ease of application suggests that rules will tend to produce behavior more in conformity with legal norms than would equivalent standards. Because parties will be able to learn the governing norms more cheaply and accurately in advance, they will tend to behave more in accord with such norms.*” L. KAPLOW, “General Characteristics of Rules” in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 510; KOROBKIN stelt in dit verband: “*However, the lack of ex ante clarity associated with standards will lead to some well-intentioned undesirable behavior on the part of citizens, and errors in applying standards might cause them to be over- or*

dat dit gunstige effect van een hogere ‘precisering’ van gedragsvoorschriften hoogstens eventueel als argument kan dienen om te verdedigen waarom het niet onmiddellijk aan de orde is om het databankenrecht *sui generis* op te heffen en samen te voegen binnen één overkoepelende implementatie van het hierboven vermelde theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’. Het zonet besproken gunstige effect van een hoger ‘precisering’ van gedragsvoorschriften laat zich volgens ons ook in dit geval dan immers verwezenlijken binnen één beschermingsregime dat in meer algemene bewoordingen een implementatie geeft aan het betrokken theoretische model van een ingrijpen tegen ‘parasitair kopiëren’ en daarbij ook expliciet aangeeft dat zijn toepassing onder meer aan de orde is bij de aggregatie-prestatie in de inhoud van ‘databanken’, ook wanneer deze daarbij teruggaat op *handenarbeid*.

underinclusive as applied.” R. KOROBKIN, “Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited”, *Oregon Law Review* 2000, p. 43.

Besluit

In dit proefschrift gingen wij, in het licht van een normatieve, juridische analyse, na of de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken, met het oog op het bieden van een investeringsbescherming, een wenselijke 'specialisatie' inhouden binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht. De aanleiding om deze vraag te onderzoeken was met name dat er in de rechtsleer steeds verdeeldheid is blijven bestaan rond de wenselijkheid van deze beschermingsregimes 'op maat' van chips, computerprogramma's en databanken.

Veruit de grootste uitdaging om de 'specialisatie' te evalueren die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht, bekeken vanuit de optiek van het verlenen van een investeringsbescherming, bestond er dan in om geschikte parameters en referentiepunten vast te stellen met het oog op een dergelijke beoordeling. Deze parameters en referentiepunten dienden binnen ons onderzoek immers in staat te zijn om het volgende toe te laten, met het oog op een beoordeling van de wenselijkheid van de 'specialisatie' die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken doorvoeren binnen het huidige intellectuele eigendomsrecht: de uitvoering van een 'comparatieve toetsing rond de conformiteit met het theoretisch optimale ingrijpen'. Het concept van deze comparatieve toetsing bestond er met name in om na te gaan of het *concrete* ingrijpen van de betrokken *sui generis* intellectuele rechten, op het vlak van het verlenen van een investeringsbescherming rond respectievelijk chips, computerprogramma's en databanken, *nauwer of minder nauw aansluit* bij het relevante, *theoretisch* optimale ingrijpen rond deze soorten incorporaties van inspanningen op grond van het intellectuele eigendomsrecht, *dan* het geval is voor het *concrete* ingrijpen van de overige intellectuele rechten of het ingrijpen tegen 'parasitaire mededinging' dan wel voor het ontkennen van elke bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht. Om tot parameters en referentiepunten te komen die de uitvoering toelieten van deze comparatieve toetsing, dienden wij dan een gedetailleerde analyse door te voeren van de 'mechaniek' van het ingrijpen van intellectuele rechten en het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen 'parasitaire mededinging' en van de 'systematiek' van het theoretisch optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. In dit verband bleek het met name nodig om de theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten' uit te werken als alternatief voor de verklaring die de gebruikelijk theorie rond 'immateriële goederen' geeft rond de 'mechaniek' van het ingrijpen van intellectuele rechten. Daarnaast stelden we ook vast dat het theoretisch optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht zich correcter laat vaststellen in het licht van een 'systematiek' die dit ingrijpen specifiek afstelt op het verhinderen van 'imitatievoordeel', in plaats van daartoe een beroep te doen op de gebruikelijke 'systematiek' die vraagt om het intellectuele eigendomsrecht zo af te stellen dat de te verwachten 'verdiensten' van dit ingrijpen maximaal de 'tekortkomingen' ervan overstijgen.

Naar aanleiding van onze concrete toetsing rond de 'specialisatie' die de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken doorvoeren binnen het intellectuele eigendomsrecht, met het oog op het bieden van een investeringsbescherming, komen we dan met name tot de vaststelling dat deze 'specialisatie' geen onverdeeld succes is. Het chipsrecht, het computerprogramma-auteursrecht en het databanken-auteursrecht kunnen, mits een passende interpretatie, inderdaad het aanknopingspunt bieden voor een wenselijk soort intellectueelrechtelijke bescherming die door de overige beschermingsregelingen binnen het intellectuele eigendomsrecht niet of onvoldoende consequent verschaft wordt: een intellectueelrechtelijke investeringsbescherming specifiek rond vormkenmerken die ontleend zijn aan intellectuele arbeid en die gericht zijn op een andere functie dan het louter zich tonen en appelleren aan de zin voor esthetiek. Met het oog op het verschaffen van het zonet vermelde soort intellectueelrechtelijke bescherming blijkt de inzet van drie afzonderlijke intellectuele rechten daartoe eerder een bron te zijn van onnodige verschilpunten en interpretatievragen dan daadwerkelijk bij te dragen tot een meer gerechtvaardigde regeling. Rond het databankenrecht *sui generis* stellen we vast dat het onwaarschijnlijk is dat dit aan de basis ligt van een wenselijke 'specialisatie' binnen het intellectuele eigendomsrecht, met het oog op het bieden van een investeringsbescherming. Het blijkt immers net noodzakelijk om het databankenrecht *sui generis* zoveel mogelijk te herinterpreteren in het licht van de principes die het ingrijpen van het recht inzake oneerlijke mededinging tegen 'parasitaire mededinging' beheersen.

De belangrijkste vaststelling van ons onderzoek is, naar onze mening, echter hoe weinig precies de heersende inzichten vaak zijn rond de 'mechaniek' en de 'systematiek' van het theoretisch optimale ingrijpen van het

intellectuele eigendomsrecht. In zoverre wetgevers er met de *sui generis* intellectuele rechten rond chips, computerprogramma's en databanken toe overgingen om een onwenselijke specialisatie door te voeren binnen het intellectuele eigendomsrecht vindt dit volgens ons vooral zijn verklaring in een gebrek aan duidelijk houvast rond de 'mechaniek' en de 'systematiek' van het theoretisch optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht. Dit gebrek aan inzicht rond deze 'mechaniek' en 'systematiek' manifesteert zich echter doorheen het ganse intellectuele eigendomsrecht en blijft een ernstig tekort om het intellectuele eigendomsrecht passend te laten reageren op nieuwe situaties en uitdagingen. In dit proefschrift hebben we daarom, met name met het uitwerken van de theorie rond 'intellectueelrechtelijke lasten' en de systematiek rond 'imitatievoordeel', gepoogd om een meer fundamentele bijdrage te leveren tot het begrijpen van de 'mechaniek' en de 'systematiek' van het theoretisch optimale ingrijpen van het intellectuele eigendomsrecht.

Bibliografie

- ADLER, P., "Market, Hierarchy, and Trust: The Knowledge Economy and the Future of Capitalism", *Organization Science* 2001, p. 215-234.
- AGARWAL, B., TAYAL, S. en GUPTA, M., *Software Engineering & Testing: An Introduction*, Sudbury (Mass.), Jones and Bartlett, 2009, 516 p..
- AGGARWAL, K., *Software engineering*, New Dehli (o.a.), New Age International, 2005, 494 p..
- AHARONIAN, G., "Why All Business Methods Achieve A Technical Effect?", *The Journal of Information, Law and Technology (JILT)* 2003 (1), (http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2003_1/aharonian.html).
- ANDERS, W., "Erfindungsgegenstand mit technischen und nichttechnischen Merkmalen", *GRUR* 2004, p. 461-468.
- ANDERS, W., "Die unwesentlichen Merkmale im Patentanspruch - Die wesentlichen Merkmale der Erfindung", *GRUR* 2001, p. 867-873
- ANN, C., "Identität und Lebensdauer' - Patentverletzung durch Instandsetzung patentierter Vorrichtungen" in ANN, C. et al. (eds.), *Materielles Patentrecht. Festschrift für Reimar König zum 70. Geburtstag*, Keulen, Berlin, Bonn, München, C. Heymanns Verlag, 2003, p. 17-32.
- ARNOLD, R., *Microeconomics*, Mason (Ohio), South-Western Cengage Learning, 2008, 551 p..
- ARNOLD, R., *Macroeconomics*, Mason (Ohio), Thomson/South-Western, 2007, 348 p..
- ARROW, K., "Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention" in NBCER et al. (eds), *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors* Princeton, Princeton University Press, 1962, p. 609-626.
- ASSFALG, R., GOEBELS, U. en WELTER, H., *Internet-Databanken. Konzepte, Modelle, Werkzeuge*, Bonn, Addison-Wesley-Longman, 1998, 389 p..
- AUGUSTO, J. (et al.), "On chip property verification using assertion processors" in GLESNER, M. (ed.), *VLSI-SOC: From systems to chips/IFIP TC 10/WG 10.5, twelfth International Conference on Very Large Scale Integration of System on Chip (VLSI-SoC 2003)*, New York, Springer, 2006, p. 101-118.
- AUSTERBERRY, D., *The technology of video and audio streaming*, Burlington, Focal Press, 2013, 360 p..
- BACKHAUS, J., *The Elgar companion to law and economics*, Cheltenham, Elgar, 2005, 763 p..
- BAINBRIDGE, D., *Intellectual Property*, Harlow, Pearson 2007, 838 p..
- BAKELS, R., "Van software tot erger: op zoek naar de grenzen van het octrooirecht", *IER* 2003, p. 213-221.
- BAKELS, R., "Software: werkwijze of voortbrengsel?", *B.I.E.* 2003, p. 428-434.
- BAKELS, R. en HUGENHOLTZ, P., *The Patentability of Computer Programs, Discussion of European-level legislation in the field of patents for software* (Studie in opdracht van het Europees Parlement), Luxemburg, Europees Parlement, 2002, 48 p..
- BALANÍA, S., "Urheberrechtsschutz für Parfüms", *GRURInt* 2005, p. 979-991.
- BARRON, A., "Copyright Infringement, 'Free-Riding', and the Lifeworld", *LSE Legal Studies Working Paper No 17/2008* (<http://ssrn.com/abstract=1280893>), 29 p..

- BAUMOL, W. en BLINDER, A., *Microeconomics: principles and policy*, Londen (o.a.), Cengage Learning, 2008, 514 p..
- BAUMOL, W. en BLINDER, A., *Macroeconomics : principles and policy*, Mason (Ohio), South-Western Cengage Learning, 2009, 420 p..
- BAUMOL, W. en OATES, W., *The theory of environmental policy*, Cambridge, Cambridge university press, 1988, 299 p..
- BECKER, L., “Deserving to Own Intellectual Property”, *Chi.-Kent L. Rev.* 1992-1993, p. 609-630.
- BEIER, F.-K., “Exclusive Rights, Statutory Licenses and Compulsory Licenses in Patent and Utility Model Law”, *IIC* 1999, p. 251-274.
- BEIER, F.-K., “The Inventive Step in Its historical Development”, *IIC* 1986, p. 301-323.
- BENKARD, G., *Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz. Kurz-Kommentar*, München, C.H. BECK, 2006, 1654 p.
- BENKARD, G. *Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz. Kurz-Kommentar*, München, Verlag C.H. BECK, 2006, 1654 p..
- BENTHAM, J., “A Manual of Political Economy” in BOWRING, J. (ed.), *The works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, Tait, 1838, *Vol. 3*, 622 p..
- BENTLEY, L. en SHERMAN, B., *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 1131 p..
- BERENBOOM, A., *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Brussel, Larcier, 2005, 512 p..
- BERESFORD, K., *Patenting Software under the European Patent Convention*, London, Sweet & Maxwell, 2000, 225 p..
- BERGER, C., “Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie”, *GRUR* 2002, p. 198-203.
- BERGER, C., “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach der EG-Richtlinie vom 11. 3. 1996”, *GRUR* 1997, p. 169-179.
- BERGSTRÖM, S., *Uteslutande rätt att förfoga över verket*, Uppsala, A.-B. Lundequistska Bokhandeln, 1954, 183 p.
- BERKING, C., “Die Unterscheidung von Inhalt und Form im Urheberrecht” in Reh binder, M. (ed.) *Schriftenreihe des Archivs für Urheber- und Medienrecht (UFITA)*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, 261 p..
- BERSANI, F. (et al.) , “Rapport du groupe de travail interministériel: ‘Quelles protections pour les logiciels’”, Parijs, 13 juli 2001, (<http://www.energie.minefi.gouv.fr/observat/innov/carrefour/rapgrtravail.pdf>).
- BERTRAMS, H., *Equivalentie in het Octrooirecht*, Deventer, Kluwer, 1998, 345 p..
- BERTRAND, A., *Le droit d'auteur et les droit voisins*, Parijs, Dalloz, 1999, 951 p..
- BESANKO, D., BRAEUTIGAM, R. en GIBBS, M., *Microeconomics*, Hoboken, John Wiley and Sons, 2010, 786 p..
- BESEN, S. en RASKIND, L. “An introduction to the Law and Economis of Intellectual Property”, *The Journal of Economic Perspectives* 1991, p. 3-27.

- BEUNEN, A., *Protection for databases: the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, 436 p..
- BEYER, H., “Der Begriff der Information als Grundlage für die Beurteilung des technischen Charakters von programmbezogenen Erfindungen”, *GRUR* 1990, p. 399-410.
- BLACHIAN, H., *Die Lehre von der Erschöpfung der Verbreitungsrechts im Urheberrecht*, München, Ch. Schön, 1964, 99 p..
- BLIND, K., EDLER, J. en FRIEDEWALD, M., *Software Patents. Economic Impacts and Policy Implications*, Cheltenham – Northampton, Edward Elgar Publishing, 2005, 204 p..
- BLIND, K., EDLER, J., NACK, R. en STRAUS, J., *Mikro- und makroökonomische Implikationen der Patentierbarkeit von Softwareinnovationen - Geistige Eigentumsrechte in der Informationstechnologie im Spannungsfeld von Wettbewerb und Innovation*, Karlsruhe – München, Fraunhofer Institut / Max-Planck-Institut, 2001, 312 p..
- BLOK, P. en DE WEERD, T., “Shrink-wrap en click-wraplicenties zijn aanvaardbaar”, *Computerrecht* 2004, p. 126-128.
- BORGHI, M., “Chasing Copyright Infringement in the Streaming Landscape”, *IIC* 2011, p. 316-343.
- BOWERS, C., “Semiconductor Chip Design Protection: - A New Intellectual Property Right”, *Oregon Law Review* 1986, p. 789-808.
- BOWLES, S., *Microeconomics: behavior, institutions, and evolution*, New York, Russell Sage, 2004, 584 p..
- BOYES, W. en MELVIN, M., *Microeconomics*, Boston, Houghton Mifflin, 2008, 534 p..
- BOYES, W. en MELVIN, M., *Macroeconomics*, Mason (Ohio), South-Western Cengage Learning, 2008, 539 p..
- BOYLE, J., “Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property”, *Vanderbilt Law Review* 2000, p.2029; *J. XXXVanderbilt Law Review* 2000, p. 2007-2039.
- BRINKHOF, J., “Is There a European Doctrine of Equivalence?”, *IIC*. 2002, p. 911-923.
- BRISON, F. en VANHEES, H. (eds.), *Huldeboek Jan Corbet. De Belgische auteurswet. Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2012, 676 p..
- BRISON, F., *Het naburige recht van de uitvoerende kunstenaar*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2001, 726 p..
- BRISON, F. en TRIAILLE, J.-P., “La nouvelle loi sur la protection des programmes d'ordinateur, dans le sillage de la loi sur le droit d'auteur”, *J.T.* 1995, p. 141-144.
- BRONZO, N., *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, Parijs, Editions L'Harmattan, 2007, 180 p..
- BROOKSHEAR, G., *Inleiding informatica*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2005, 571 p..
- BÜHLER, L., *Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet*, Freiburg, 1999, 431 p..
- BUNNIN, N. en YU, J., *The Blackwell Dictionary of Western Philosophy*, Malden (Mass.), Blackwell Publishing, 2004, 766 p..
- BURK, D. en LEMLEY, M., “Policy Levers in Patent Law”, *Virginia Law Review* 2003, p. 1575-1696.
- BURKE, T., “Software Protection: Patents, Copyrights, and Trade Secrets”, *Albany Law Review* 1970-1971, p. 695-716.

- BUSSERT, C., "Copyright law: a review of the 'separability test' and a proposal for new design protection", *Rutgers Computer & Technology Law Journal* 1983-1984, p. 59-101.
- BUYDENS, M., "Droit d'auteur et hasard: réflexions sur le cas de la double création indépendante", *Auteurs & Media* 2004, p. 477-483.
- BUYDENS, M., *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Brussel, Larcier, 1999, 421 p..
- BUYDENS, M., "Produktpiraterie und unlauterer Wettbewerb - Die Situation in Belgien und Frankreich mit Hinweisen auf die Rechtslage in Deutschland", *GRUR Int* 1995, p. 15-25.
- BUYDENS, M., *La Protection de la Quasi-Creation*, Brussel, Larcier, 1993, 825 p..
- BUYDENS, M., "La Sanction de la 'Piraterie de produits' par le Droit de la Concurrence Déloyale", *J.T.* 1993, p. 117-127.
- CADUFF, M., *Die urheberrechtlichen Konsequenzen der Veräußerung von Computerprogrammen*, Bern, Stämpfli, 1997, 184 p..
- CALLENS, P., "Leiden nieuwe cumulregels automatisch tot aanhaking wanneer auteursrechtelijke namaak wordt vastgesteld?" *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2008, p. 679-692.
- CAMPBELL-KELLY, M. en VALDURIEZ, P., "A technical critique of fifty software patents", *Marquette Intellectual Property Law Review* 2005, p. 249-306.
- CARON, C., "Les interfaces graphiques des logiciels à la mode communautaire", *Communication Commerce électronique*, n° 5, Mai 2011, p. 26-28.
- CARON, C., "Droit de distribution rime avec transfert de propriété", *Communication Commerce électronique* n° 7, Juillet 2008, p. 25-27.
- CAUHAN, S., *Microeconomics: An Advanced Treatise*, New Dehli, PHI Learning, 2009, 907 p..
- CAUTHEN, K., *The Passion for Equality*, New Jersey, Rowman & Littlefield, 1987, 193 p..
- Ch. GIELEN (et al.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 683 p..
- Ch. GIELEN, "Bescherming tegen nodeloos verwarringsgevaar, ook bekend als bescherming tegen slaafse nabootsing" in VISSER, D en VERKADE, D. (eds), *Een eigen, oorspronkelijk karakter. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor*, Amsterdam, DeLex, 2007, p. 99-109.
- CHAKRAVARTY, S., *Microeconomics*, New Dehli, Allied Publishers, 2009, 783 p..
- CHALTON, S., "The Copyright and Rights in Databases Regulations 1997: Some Outstanding Issues on Implementation of the Database Directive", *E.I.P.R.*, 1998, p. 178-183.
- CHRISTIE, A., *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London, Sweet & Maxwell, 1995, 394 p..
- CLARK, S., "Just browsing? An analysis of the reasoning underlying the Court of Appeal's decision on the temporary copies exemption in Newspaper Licensing Agency Ltd v Meltwater Holding BV", *E.I.P.R.* 2011, p. 725-728.
- COASE, R., "The Problem of Social Cost", *Journal of Law & Economics* 1960, p. 1-44.
- COENE, B., "Sui-generisbescherming voor databanken. Hof van Justitie interpreteert.", *NJW* 2005, p. 116-121.

- COHEN JEHORAM, H., “Hybrids on the borderline between copyright and industrial property law”, *R.I.D.A.* 1992, p. 75-145.
- COHEN JEHORAM, H., “De niet-harmoniserende Europese Richtlijn en het Nederlandse wetsontwerp chipsbescherming”, *NJB* 1987, p. 502-505.
- COHEN, J. en LEMLEY, M., “Patent Scope and Innovation”, *California Law Review* 2001, p.1-57.
- COHEN, J., “Copyright and the Perfect Curve”, *Vanderbilt Law Review* 2000, p. 1799-1819.
- CONDE CALLEGO, B., “The Principle of Exhaustion of Rights and Its Implications for Competition Law”, *IIC* 2003, p. 473-502.
- CONNOLLY, M. en BEGG, E., *Database systems: a practical approach to design, implementation, and management*, Harlow, Addison-Wesley, 2005, 1374 p.
- COOTER, R. en ULEN, T., *Law and Economics*, Glenview, Illinois, London, England, Scott, Foresman and Company, 1988, 644 p.
- COPINGER, W., (et al.), *Copinger and Skone James on Copyright*, London, Sweet & Maxwell, 2005, Nr. 7-19
- CORBET, J., *Auteursrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1997, 173 p.
- CORNISH, W. en LLEWELYN, D., *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied rights*, London, Sweet & Maxwell, 2007, 939 p..
- CORNISH, W., “The Expansion of Intellectual Property Rights” in SCHRICKER, G., DREIER, T. en KUR, A., (ed.), *Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, p. 9-22.
- CORNISH, W., “1996 European Community Directive on Database Protection”, *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts* 1996, p. 1-14.
- COUSY, H., STUYCK, J. en VAN GERVEN, W., *Beginselen van Belgisch privaatrecht XIII. Handels- en economisch recht. Deel 1: Ondernemingsrecht voorafgegaan door Economisch Grondslagenrecht*, Brussel Story-Scientia, 1989, p. 437-829.
- CUNNINGHAM, N., “Public Choice: the Economic Analysis of Public Law”, *Federal Law Review*, 1992-1993, p. 117-135.
- CZARNOTA, B. en HART, R., *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London, Butterworths, 1991, 218 p..
- CZYCHOWSKI, C. en BRÖCKER, K., “ASP - Ein Auslaufmodell für das Urheberrecht?”, *MMR* 2002, p. 81-84.
- DABIN, J., *Le Droit Subjectif*, Parijs, Dalloz, 1952, 313 p..
- DALE, N. en LEWIS, J., *Computer science illuminated*, London, Jones and Bartlett Publishers, 2007, 636 p..
- DALE, N. en WEEMS, C., *Introduction to Pascal and structured design*, Lexington (Mass.), D.C. Heath, 1994, 870 p..
- DAVIS, J., “Unfair Competition Law in the United Kingdom” in HILTY, R. en HENNING-BODEWIG, F. (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn, Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p. 183-198.

- DAVISON, M. en HUGENHOLTZ, P., “Football fixtures, horse races and spin-offs: the ECJ domesticates the database right”, *E.I.P.R.* 2005, p. 113-118.
- DAVISON, M., *The legal protection of databases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 316 p..
- DE VISSCHER, F. en MICHAUX, B., *Précis du Droit d'Auteur et des Droits Voisins*, Brussel, Bruylant, 2000, 1104 p..
- DE COCK BUNING, M. en NUMANN, E., “De gestage wildgroei van het auteursrecht. Een hoge snelheidstrein dreigt te ontsporen” in VISSER, D. en VERKADE, D. (eds), *Een eigen, oorspronkelijk karakter. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor*, Amsterdam, DeLex, 2007, p. 25-46.
- DE TRÉ, G., *Principes van databases*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2007, 424 p..
- DE BORGER, B. en VAN POECK, A., *Algemene economie*, Antwerpen, De Boeck, 2006, 540 p..
- DE VROEDE, P. en GORUS, J., *Inleiding tot het recht (9de herwerkte uitgave)*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 2007, 583 p..
- DE CLERQ, M., *Economie toegelicht*, Antwerpen, Garant, 2006, 721 p..
- DE VUYST, B., *Handboek Octrooien. Een kort begrip voor juristen en wetenschappers*, Brugge, die Keure, 2006, 266 p..
- DEMSETZ, H., “Toward a Theory of Property Rights II: The Competition between Private and Collective Ownership”, *Journal of Legal Studies* 2002, p. 653-672.
- DEMSETZ, H., “The private production of public goods”, *Journal of Law & Economics* 1970, p. 293-306.
- DEMSETZ, H., “Towards a Theory of Property Rights”, *The American Economic Review* 1967, p. 347-359.
- DEPOORTER, B., “The Several Lives of Mickey Mouse: The Expanding Boundaries of Intellectual Property Law”, *Virginia Journal of Law & Technology* 2004, Vol. 9, Nr. 4, p. 1-68.
- DEPREEUW, S., “De uitzondering voor ‘tijdelijke technische reproductiehandelingen’ na Infopaq I en II en Premier League”, *Auteurs & Media* 2013, p. 76-85.
- DERCLAYE, E., “L’arrêt Softwarová : une révolution en droit d’auteur ou une ‘erreur de jugement’?”, *Revue du Droit des Technologies de l’Information* 2011, p. 59-64.
- DERCLAYE, E., *The legal protection of databases: a comparative analysis*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2008, 362 p..
- DERCLAYE, E., “Intellectual Property Rights on Information and Market Power - Comparing European and American Protection of Databases”, *IIC* 2007, p. 275-298.
- DERCLAYE, E., “Database Sui Generis Right: What Is a Substantial Investment? A Tentative Definition”, *I.I.C.* 2005, p. 2-30.
- DERCLAYE, E., “What is a Database? – A Critical Analysis of the Definition of a Database in the European Database Directive and Suggestions for an International Definition”, *Journal of World Intellectual Property* 2002, p. 981-1011.
- DERCLAYE, E., “Software Copyright Protection: Can Europe learn from American case law?” *E.I.P.R.* 2000, p. 7-16 en p. 56-68.

- DETERMANN, A. en FELLMETH, A., “Don't Judge a Sale by It's License: Software Transfers under the First Sale Doctrine in the United States and the European Community”, *U.S.F. L. Rev.* 2001-2002, p. 1-108.
- DIETZ, A., “Der "design approach" als Entlastung des Urheberrechts” in STRAUS, J. (ed.), *Aktuelle Herausforderungen des geistigen Eigentums. Festgabe von Freunden und Mitarbeitern für Friedrich-Karl Beier zum 70. Geburtstag*, Keulen-München (o.a.), Heymann, 1996, p. 355-364.
- DIRIX, E., MONTAGNIE, Y. en VANHEES, H., *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 479 p..
- DOMMERING, E., “Auteursrecht op parfum: de definitieve verdamping van het werkbegrip” in VISSER, D. en VERKADE, D. (eds), *Een eigen, oorspronkelijk karakter. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor*, Amsterdam, DeLex, 2007, p. 65-77.
- DORF, R., *The electrical engineering handbook*, Boca Raton (o.a.), CRC Press (o.a.), 1997, 2719 p.
- DOUTRELEPONT, C., *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire : analyse en droit comparé et en droit européen*, Brussel, Bruylant, 1997, 629 p..
- DRAHOS, P., *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth Publishing Company, Aldershot, 1996, p. 257.
- DREIER, T. en SCHULZE, G. (eds.), *Urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2008, 2000 p..
- DREIER, T., “Perspektiven einer Entwicklung des Urheberrechts” in J. BECKER en T. DREIER, *Urheberrecht und digitale Technologie*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, p. 123-153.
- DREIER, T., “The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs”, *E.I.P.R.* 1991, p. 319-327.
- DREIER, T., “Development of the Protection of Semiconductor Integrated Circuits”, *IIC* 1988, p. 427-472.
- DREIER, T., “Die Entwicklung des Schutzes integrierter Halbleiterschaltkreise”, *GRUR Int* 1987, p. 645-663.
- DREXL, J., “Intellectual Property and Antitrust Law - IMS Health and Trinko - Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases”, *IIC* 2004, p. 788-808.
- DREXL, J., “What is protected in a computer program? Copyright Protection in the United States and Europe”, in BEIER, F-K. en SCHRICKER, G. (eds.), *IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law* (vol. 15), Weinheim en New York, VCH Verlagsgesellschaft, 1994, 124 p..
- DUSOLLIER, S., “Le droit de destination: une espèce franco-belge vouée à la disparition”, *Propriétés Intellectuelles*, 2006, p. 281-289.
- DUSOLLIER, S., *Droit d'Auteur et Protection des Oeuvres dans l'Univers Numérique. Droits et Exceptions à la Lumière des Dispositifs de Verrouillage des Oeuvres*, Brussel, Larcier, 2005, 582 p..
- DUSOLLIER, S., “L'utilisation légitime de l'oeuvre: un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur?”, *Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur – Communication – Commerce électronique*, 2005, p. 17-20.
- DWORKIN, G. en TAYLOR, R., *Blackstone's guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988: the law of copyright and related rights*, London, Blackstone, 1989, 454 p..
- PICARD, E. en D'HOFFSCHMIDT, N., (eds.) *Pandectes Belges : encyclopédie de législation, de doctrine et de jurisprudence belges*, Brussel, Larcier, 1879, 136 v..

- EASTERBROOK, F., "Intellectual Property is still Property", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 1990, p. 108-118.
- EBERSTEIN, G., *Den svenska författarrätten*, Stockholm, P.A. Norstedt, 1923, (2 vol.) 184 p..
- EHMANN, T., "Monopole für Sportverbände durch ergänzenden Leistungsschutz?", *GRUR Int* 2009, p. 659-664.
- EHMANN, T., "Datenbankurheberrecht, Datenbankherstellerrecht und die Gemeinschaft der Rechtsinhaber - Zugleich Besprechung von BGH „Gedichttitelliste I und II“", *GRUR* 2008, p. 474-478.
- EHRlich, I. en POSNER, R., "An Economic Analysis of Legal Rulemaking", *Journal of Legal Studies* 1974, p. 257-286.
- EICHMANN, H. en VON FALCKENSTEIN, R., *Geschmacksmustergesetz. Gesetz über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen*, München, Beck, 2010, 763 p..
- EILAM, E., *Reversing. Secrets of reverse engineering*, Indianapolis, Wiley, 2005, 595 p..
- ELAND, S., "The Abstraction-Filtration Test: Determining Non-Literal Copyright Protection for Software", *Vill. L. Rev.* 1994, p. 665-704.
- EUROPEES OCTROOIBUREAU, *Guidelines for Examination in the European Patent Office*, München, Europees Octrooibureau, 2012, 782 p.
- EUROPEES OCTROOIBUREAU, *Case Law of the Boards of Appeal of the European Patent Office, Sixth Edition*, München, Europees Octrooibureau, 2010, 1091 p..
- FERRIER, D., "Concurrence déloyale et concurrence illégale" in SERRA, Y. (ed), *La concurrence déloyale. Permanence et devenir*, Parijs, Dalloz, 2001, p. 47-55.
- FERRY, N. en HURSTEL, D., "La protection juridique des semi-conducteurs", *La Semaine Juridique. Cahiers de Droit de l'Entreprise* 1986, p. 673-681.
- FEZER, K-H (ed.), *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Verlag C.H. Beck München 2005, (Band 1) 1812 p..
- FISHER, W., "Theories of Intellectual Property" in MUNZER, S. (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 168-199.
- FISHER, W., "Property and Contract on the Internet", *Chicago-Kent Law Review* 1997-1998, p. 1203-1256.
- FLAMÉE, M., "Beschermmingsomvang van octrooien, Equivalentiemethode" in VANCRAESBEECK, P. (ed.), *Problemen van Octrooirecht*, Diegem, Kluwer, 1994, p. 293-374.
- FLAMÉE, M. en BRISON, F., "Auteursrecht toegepast op computerprogrammatuur: een grondslagenprobleem", *TBBR* 1992, p. 464-480.
- FLAMÉE, M. en VANHEES, H., "Une Approche Européenne de la protection des 'chips'", *R.I.D.E.* 1989, p. 51-95.
- FOSCHI, M., "Droit d'auteur et parfums: vers une protection des fragrances?", *Auteurs & Media* 2006, p. 309-317.
- FRANKEN, H. (et al), *Encyclopedie van de rechtswetenschap*, Deventer, Kluwer, 2003, 534 p..

- FRANZ, E., *Der Werkbegriff der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst. Zugleich ein Beitrag zum Problem der Werkqualität von Tonträgern*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, 292 p..
- FRENCH, C., *Oliver and Chapman's Data Processing and Information Technology*, London, DP Publications, 1996, 501 p..
- FRISCHMANN, B., "Evaluating the Demsetzian Trend in Copyright Law", *Review of Law and Economics*, 2007, p. 649-677.
- FRISCHMANN, B. en LEMLEY, M., "Spillovers", *Columbia Law Review* 2006, p. 257-302.
- FROMM, F. en NORDEMANN, W., *Urheberrecht. Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrmungsgesetz*, Stuttgart, Berlin, Keulen, Kohlhammer, 1994, 937 p..
- FUGERE, K., "Reverse Engineering under the Semiconductor Chip Protection Act: an Argument in Favor of a 'Value-added' Approach", *Golden Gate U.L. Rev* 1992, p. 515-527.
- GARNETT, K., DAVIES, G. en HARBOTTLE, G., *Copinger and Skone James on Copyright*, London, Sweet & Maxwell, 2005, 1850 p..
- GASTER, J., *Der Rechtsschutz von Datenbanken. Kommentar zur Richtlinie 96/6/EG mit Erläuterungen zur Umsetzung in das deutsche und österreichische Recht*, Keulen, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1999, 217 p..
- GASTER, J., "The EU Council of Ministers' common position concerning the legal protection of databases: a first comment", *Entertainment Law Review* 1995, p. 258-262.
- GEERTS, P., *Bescherming van de intellectuele eigendom*, Deventer, Kluwer, 2007, 194 p..
- GEIGER, C., "'Constitutionalising' Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union", *IIC* 2006, p. 371-406.
- GELLER, P., "Geistiges Eigentum auf dem Weltmarkt: Welche Bedeutung hat die Streitbeilegung nach TRIPS?", *GRUR Int* 1995, p. 935-944.
- GERVAIS, D., "Feist goes global: a comparative analysis of the notion of originality in copyright law", *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 2002, p. 949-982.
- GHIDINI, D. en AREZZO, E., "Patent and Copyright Paradigms vis-à-vis Derivative Innovation: The Case of Computer Programs", *IIC*. 2005, p. 159-173.
- GHOSH, S., "The Intellectual Property Incentive: Not So Natural As To Warrant Strong Exclusivity", *SCRIPT-ed* 2006, p. 97-108.
- GLÖKNER, J., *Europäisches Lauterkeitsrecht*, München, C.H. BECK, 2006, 668 p..
- GODENHIELM, B., "Ist die Erfindung etwas Immaterielles?", *GRURInt* 1996, p. 327-330.
- GOETHALS, P. en DUMORTIER, J., "Rechtsbescherming van databanken: het Belgische wetsontwerp", *Computerrecht* 1998, p. 127-135.
- GOLDMANN, M., "Anbieten und Verbreiten von Werken der angewandten Kunst nach der ‚Le-Corbusier-Möbel‘ Entscheidung des EuGH", *GRUR* 2009, p. 551-558.
- GOLDSTEIN, P., *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox*, Stanford, Stanford Law and Politics, 2003, 261 p..

- GOLDSTEIN, P., "Copyright in the new informaton age. The Brendan Brown Lecture.", *Catholic University Law Review*, 1990-1991, p. 829-838.
- GOODWIN, N., NELSON, J., ACKERMAN, F. en WEISSKOPF, Th., *Microeconomics in Context*, Armonk (N.Y.), Sharpe, 2008, 522 p..
- GORDON, W., "Intellectual Property" in CAN, P. en TUSHNET, M. (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 617-646.
- GORDON, W., "Intellectual Property as Price Discrimination: Implications for Contract", *Chicago-Kent Law Review* 1997-1998, p. 1367-1390.
- GORDON, W., "A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property", *The Yale Law Journal* 1993, p. 1540-1578.
- GORDON, W., "Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors", *Columbia Law Review* 1982, p. 1600-1657.
- GOTZEN, F., "Het Hof van Cassatie en het begrip 'oorspronkelijkheid' in het auteursrecht.", *I.R.D.I.* 2012, p. 203-204.
- GOTZEN, F., "De algemene beginselen van de vermogensrechten en van de morele rechten van de auteur volgens de wet van 30 juni 1994" in GOTZEN, F. (ed.), *Belgisch auteursrecht van oud naar nieuw*, Brussel, Bruylant, 1996, p. 67-98.
- GOTZEN, F., "De Norm van de Eerlijke Gebruiken en de Intellectuele Rechten" in WYTINCK, P. en STUYCK, J. (eds.), *De nieuwe wet handelspraktijken: wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, Brussel, Story-Scientia 1992, p. 259-276.
- GOTZEN, F., *Het Bestemmingsrecht van de auteur*, Brussel, Larcier, 1975, 404 p..
- GRABINSKI, K., "'Schneidmesser' versus 'Amgen' - Zum Sinn oder Unsinn patentrechtlicher Äquivalenz", *GRUR* 2006, p. 714-720.
- GRALLA, P., *How the Internet works*, Indianapolis, Que, 1998, 323 p..
- GRAVELLE, H. en REES, R., *Microeconomics*, Harlow (o.a.), Financial Times/Prentice Hall, 2004, 738 p..
- GROSHEIDE, F., "Grenzen aan de groei door te snoeien op maat" in VISSER, D en VERKADE, D. (eds), *Een eigen, oorspronkelijk karakter. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor*, Amsterdam, DeLex, 2007, p. 111-119.
- GROSHEIDE, F., "Hoe slaafs mag men nabootsen", *IER* 2005, p. 270-272.
- GROSHEIDE, F., *Auteursrecht op Maat*, Deventer, Kluwer, 1986, 350 p..
- GRÜTZMACHER, M., *Urheber-, Leistungs- und Sui-generis-Schutz von Datenbanken. Eine Untersuchung des europäischen, deutschen und britischen Rechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, 539 p..
- GÜNTHER, A., "Änderungsrechte des Softwarenutzers", *Computerrecht* 1994, p. 321-328
- GWARTNEY, J., STROUP, R., SOBEL, R. en MACPHERSON, D., *Macroeconomics: Public and Private Choice*, Mason (OH), South-Western Cengage Learning, 2009, 539 p..
- GYERTYÁNFY, P., "Expansion des Urheberrechts – und kein Ende?", *GRUR Int.*, 2002, p. 556-567.

HABERSTUMPF, H., “Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz”, *GRUR* 2003, p. 14-31.

HABERSTUMPF, H., “Urheberrechtlich geschützte Werke und verwandte Schutzrechte.” in BEIER, F.-K. (ed.), *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift*, Weinheim, VCH, 1991, p. 1125-1174.

HABERSTUMPF, H., “Zur urheberrechtlichen Beurteilung von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen”, *GRUR* 1982, p. 142-151.

HAHN, J., *Der Schutz von Erzeugnissen patentierter Verfahren. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Keulen (o.a.), Carl Heymann Verlag KG, 1968, 205 p.

HAINAUT, J.-L. (et. al), “Database Reverse Engineering: From Requirements to CARE Tools”, in WILLS, L. en NEWCOMB, P., *Reverse engineering*, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1996, p. 9-45.

HALL, R. en LIEBERMAN, M., *Microeconomics: Principles and Applications*, Mason (Ohio), Thomson/South-Western Cengage Learning, 2009, 520 p..

HALPERN, S., NARD, C., en PORT, K., *Fundamentals of United States Intellectual Property Law: Copyright, Patent, Trademark*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, 419 p..

HAMDIOUI, S., *Testing static random access memories: defects, fault models, and test patterns*, Boston (Mass.), Kluwer Academic, 2004, 221 p..

HART, R., HOLMES, P. en REID, J., *The Economic Impact of Patentability of Computer Programs – Report to the European Commission* (Studie Contract ETD/99/B5-3000/E/106), London, Intellectual Property Institute, 1999, 58 p..

HART, R., “Legally Protecting Semiconductor Chips in the UK”, *E.I.P.R.* 1985, p. 258-263.

HARTE-BAVENDAMM, H. en HENNING-BODEWIG, F. (eds.), *Gesetz gegen de unlauteren Wettbewerb (UWG). Kommentar*, München, C.H. Beck, 2004, 2424 p..

HEILEIN, E.-P., *Die Bedeutung des Rechtsschutzes für integrierte Halbleiterschaltkreise in der Praxis. Prognose und Probleme eines sondergesetzlichen Schutzes*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2003, 271 p..

HEINEMANN, A., “The contestability of IP-protected markets” in DREXL, J. (ed.), *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*, Cheltenham o.a., Edward Elgar Publishing, 2008, p. 54-79.

HENNING-BODEWIG, F., *Unfair Competition Law. European Union and Member*, Den Haag, Kluwer Law International, 2006, 251 p..

HILTY, R., “The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces” in HILTY, R. en HENNING-BODEWIG, F. (eds.), *Law Against Unfair Competition. Towards a new paradigm in Europe?*, Berlijn, Heidelberg, Springer-Verlag, 2007, p. 1-52.

HILTY, R. en GEIGER, C., “Patenting Software? A Judicial and Socio-Economic Analysis”, *IIC* 2005, p. 615-646.

HILTY, R., “Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch: Suche nach den Konsequenzen der tripolaren Interessenlage im Urheberrecht” in OHLY, A., BODEWIG, T., DREIER, T., GÖTTING, H.-P., HAEDICKE, M. en LEHMANN, M. (eds.), *Perspektiven des Geistiges Eigentums und Wettbewerbsrechts. Festschrift für GERHARD SCHRICKER zum 70. Geburtstag*, München, C.H. BECK, 2005, p. 325-352.

HILTY, R., “Der Softwarevertrag - ein Blick in die Zukunft - Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software”, *MMR* 2003, p. 3-15.

HILTY, R., *Lizenzvertragsrecht. Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Sicht*, Bern, Stämpfli Verlag, 2001, 1093 p..

HINMAN, L., *Ethics: a pluralistic approach to moral theory*, Belmont, Thomson/Wadsworth, 2008, 372 p..

HODGES, D., JACKSON, H. en SALEH, R., *Analysis and design of digital integrated circuits*, Boston, McGraw-Hill Higher Education, 2003, 580 p..

HODKINSON, K., *Protecting and exploiting new technology and designs*, London, Spon, 1987, 422 p..

HOEREN, T., “EuGH: Datenbankschutz” noot bij EuGH, Urteil vom 9.11.2004 - C-203/02 (The British Horseracing Board Ltd. u.a. v. William Hill Organization Ltd.), *MMR* 2005, p. 29-36.

HOEREN, T., *Der Schutz von Mikrochips in der Bundesrepublik Deutschland. Kritische Überlegungen zum Halbleiterschutzgesetz vom November 1987*, Münster, Waxmann Verlag, 1988, 118 p..

HOFFMANN, L., “Patent Construction”, *GRUR* 2006, p. 720-724.

HOFFMANN, W., “Neue Probleme der Berner konvention” in *Schriftenreihe des Archivs für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht (UFITA) Band 13*, Baden-Baden, Nomos-Verlag, 1940, p. 211-226.

HOLZHAUER, R. en TEIJL, R., “Inleiding rechtseconomie”, Arnhem, Gouda Quint, 1995, 335 p..

HSU, J., *Computer architecture: software aspects, coding, and hardware*, Florida, CRC Press, 2001, 427 p..

HSU, L., “Reverse Engineering under the Semiconductor Chip Protection Act: Complications for Standard of Infringement”, *Alb. L.J. Sci & Tech* 1994-1996, p. 249-275.

HUANG, A., *Hacking the Xbox: an introduction to reverse engineering*, San Francisco, No Starch Press, 2003, 272 p..

HUGENHOLTZ, P. (et al.), *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy. Final report*. Amsterdam, Institute for Information Law, Universiteit van Amsterdam, 2006, 254 p..

HUGENHOLTZ, P., “Over Cumulatie Gesproken”, *B.I.E.* 2000, p. 240-242.

HUGENHOLTZ, P., “De Databankrichtlijn eindelijk aanvaard. Een zeer kritisch commentaar”, *Computerrecht* 1996, p. 131-138.

HUGENHOLTZ, P., “Convergence and Divergence in Intellectual Property Law: The Case of the Software Directive” in KORTHALS ALTES, W., DOMMERING, E., HUGENHOLTZ, P. en KABEL, J. (eds.), *Information Law towards the 21st Century*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 319-324.

HUGENHOLTZ, P., *Auteursrecht op informatie: auteursrechtelijke bescherming van feitelijke gevens en gegevensverzamelingen in Nederland, de Verenigde Staten en West-Duitsland. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Deventer, Kluwer, 1989, 212 p..

HUGENHOLTZ, P., “Juridische bescherming van chips”, *B.I.E.* 1985, p. 127-134.

HUGHES, J., “The Philosophy of Intellectual Property”, *The Georgetown Law Journal* 1988, p. 287-366.

HUTTON, C., *Language, Meaning and the Law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2009, 244 p..

HUYDECOPER, J., “Waarom bescherming en waarom zoveel soorten?”, *B.I.E.* 1997, p. 33-35.

- HUYDECOPER, J., “Originaliteit of inventiviteit? Het technisch effect in het auteursrecht.”, *B.I.E.* 1987, p. 106-112.
- I. BAINBRIDGE, *Introduction to information technology law*, Harlow, Pearson Longman, 2008, 665 p..
- JAIN, T. en OHRI, V., *Principles of microeconomics*, New Dehli, V.K. Publications, 2009, 357 p..
- JAMES, K., *Software Engineering*, New Delhi, PHI Learning, 2009, 374 p..
- JÄNICH, V., “Sui Generis Rights for Business Methods”, *IIC* 2004, p. 376-391.
- JÄNICH, V., *Geistiges Eigentum – eine Komplementärererscheinung zum Sacheigentum?*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2002, 408 p..
- JANSSENS, M.-C. en VAN DE MOSSELAER, S., “Het arrest SAS Institute: een toepassing van de idee-expressie dichotomie op computerprogrammatuur”, *SEW* 2013, p. 234-239.
- JANSSENS, M.-C., “Bescherming van computerprogramma’s: oude wijn in nieuwe vaten?”, *DAOR* 2001, p. 205-221.
- JANSSENS, M.-C., “Bescherming van Computerprogramma's: (lang) niet alleen maar auteursrecht”, *T.B.H.*, 1998, p. 420-437.
- JOHNSTON, D., “A History of Consent in Western Thought” in MILLER, F. en WERTHEIMER, A. (eds.), *The Ethics of Consent : Theory and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 25-54.
- JOOS, U., *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, 256 p..
- KAMPERMAN SANDERS, A., *Unfair Competition Law. The Protection of Intellectual Creativity*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 232 p..
- KAPLOW, L., “General Characteristics of Rules” in BOUCKAERT, B. en DE GEEST, G. (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 502-528.
- KAPLOW, L., “A Model of the Optimal Complexity of Legal Rules”, *The Journal of Law, Economics, & Organization* 1995, p. 150-163.
- KAPLOW, L., “Rules versus Standards: an economic analysis”, *Duke Law Journal* 1992-1993, p. 557-629.
- KARJALA, D., “Distinguishing Patent and Copyright Subject Matter”, *Connecticut Law Review* 2003, p. 439-524.
- KARJALA, D., “A Coherent Theory for the Copyright Protection of Computer Software and Recent Judicial Interpretations”, *U.Cin.L.Rev.* 1997-1998, p. 53-117.
- KARNELL, G., “Protection of Layout Designs (Topographies) of Integrated Circuits - R.I.P.?””, *IIC* 2006, p. 648-658.
- KARNELL, G., “European Originality. A Copyright Chimera” in J. KABEL en G. MOM (eds.), *Intellectual Property and information Law. Essays in honour of Herman Cohen Jehoram*, Den Haag, Kluwer, 1998, p. 73-81.
- KARNELL, G., “The Nordic Catalogue” in DOMMERING, G. en HUGENHOLTZ, P. (eds), *Protecting works of fact. Copyright, freedom of expression and information*, Deventer, Kluwer, 1991, p.67-72.

- KASTENMEIER, R. en REMINGTON, M., “The Semiconductor Chip Protection Act of 1984: A Swamp or Firm Ground?”, *Minn. L. Rev.* 1985-1986, p. 417-470.
- KELSEN, H., *Pure Theory of Law*, Union (N.J.), Lawbook Exchange, 2002, 356 p..
- KENT, A. en WILLIAMS, J., *Encyclopedia of computer science and technology* (volume 32), New York, Dekker, 1995, 387 p..
- KEUSTERMANS, J., “Recente ontwikkelingen in de juridische bescherming van computerprogramma's, chips en databanken”, *R.W.* 1994-1995, p. 146-153.
- KEUSTERMANS, J., “The Intellectual Effort Requirement in Chip Protection Laws compared to the Originality Requirement in Copyright Law” in DOMMERING, E. en KORTHALS, W. (eds.), *Information law towards the 21st century*, Deventer, Kluwer, 1992, p 309-318.
- KEYES, B., “Alive and Well: The (Still) Ongoing Debate Surrounding Conceptual Separability in American Copyright Law”, *Ohio State Law Journal* 2008, p.109-145.
- KHURSHUDOV, A., *The essential guide to computer data storage: from floppy to DVD*, Upper Saddle River, Prentice Hall, 2001, 356 p..
- KILIAN, W. en HEUSSEN, B., *Computerrechtshandbuch. Informationstechnologie in Rechts- und Wirtschaftspraxis*, München, C.H. Beck, 2013, 2760 p..
- KIRCHNER, C., “Innovationsschutz und Investitionsschutz für immaterielle Güter”, *GRURInt* 2004, p. 603-607.
- KITCH, E., “Elementary and Persistent Errors in the Economic Analysis of Intellectual Property”, *Vanderbilt Law Review* 2000, p. 1727-1742.
- KLAUER, G. en MÖHRING, P., *Patentrechtskommentar*, München, Franz Vahlen, 1971, 986 p..
- KLAVER, F., “The Legal Problems of Video-Cassettes and Audio-Visual Discs”, *Bulletin of the Copyright Society of the USA* 1976, p. 152-185.
- KLEIN, A., “Die Zweitverwertung von Stellenanzeigen”, *GRUR* 2005, p. 377-383.
- KLOS, S., “Databankieren in een lawyer’s paradise. Enkele vragen rond het begrip Databank in de Databankenwet”, *IER* 2000, p. 1-8.
- KNIES, B., “Erschöpfung Online? - Die aktuelle Problematik beim On-Demand-Vertrieb von Tonträgern im Lichte der Richtlinie zur Informationsgesellschaft”, *GRUR Int.* 2002, p. 314-317.
- KNOPH, R., *Åndsretten*, Oslo, Nationaltrykkeriet, 1936, 643 p..
- KOCH, F., “Der Content bleibt im Netz – gesicherte Werkverwertung durch Streaming-Verfahren”, *GRUR* 2010, p. 574-578.
- KOEHLER, P., *Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich*, München, Verlag C.H. Beck, 2000, 183 p..
- KOELMAN, K., “Copyright Law and Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d’Auteur Passé?”, *IIC* 2004, p. 603-638.
- KOELMAN, K., *Auteursrecht en Technische Voorzieningen. Juridische en Rechtseconomische Aspecten van de Bescherming van Technische Voorzieningen* in ITeR-reeks, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2003, 309 p..

- KOHLER, J., *Urheberrecht an schriftwerken und verlagsrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1907, (nieuwe druk: Aalen, Scientia Verlag, 1980), 515 p..
- KOHLER, J., *Musterrecht. Geschmacks- und Gebrauchsmusterrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1909, 114 p..
- KOHLER, J., *Handbuch des Deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung*, Mannheim, Bensheimer, 1900, 971 p..
- KÖHLER, H. en BORNKAMM, J., *Wettbewerbsrecht. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz*, München, Beck, 2011, 2040 p..
- KOKTVEDGAARD, M., "The Universe of Intellectual Property", *GRUR Int.*, 1996, p. 296-298
- KOKTVEDGAARD, M., *Konkurrencepraegede Immaterialretspositioner. Bidrag til loeren om de lovsbestemte enerettigheder og ders forhold til den almene konkurrenceret*, Kopenhagen, Juristforbundets Forlag, 1965, 463 p.
- KOLBESEN, B., *Analytical and diagnostic techniques for semiconductor materials, devices, and processes: joint proceedings of the symposia on: ALTECH 99 : satellite symposium to ESSDERC 99: Leuven, Belgium: The Electrochemical Society Symposium on Diagnostic Techniques for Semiconductor materials and Devices*, Pennington, Electrochemical Society, 1999, 552 p..
- KOLLE, G., "Der Rechtsschutz der Computersoftware in der Bundesrepublik Deutschland", *GRUR* 1982, p. 443-461.
- KÖNIG, R., "Patentfähige Datenverarbeitungsprogramme - ein Widerspruch in sich", *GRUR* 2001, p. 577-584.
- KÖNIG, M., "Können Objektprogramme urheberrechtlich geschützt sein? - Zugleich eine Kritik an Kullmann, Berlin 1988", *GRUR* 1989, p. 559-577.
- KÖRNER, E., "Das allgemeine Wettbewerbsrecht des UWG als Auffangtatbestand für fehlgeschlagenen oder abgelaufenen Sonderrechtsschutz", in AHRENS, H.-J., BORNKAMM, J. en KUNZ-HALLSTEIN, H. (eds), *Festschrift für Eike Ullman*, Saarbrücken, Juris, 2006, p. 701-715.
- KOROBKIN, R., "Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited", *Oregon Law Review* 2000, p. 23-60.
- KOSCHTIAL, U., "Zur Notwendigkeit der Absenkung der Gestaltungshöhe für Werke der angewandten Kunst im deutschen Urheberrecht", *GRUR* 2004, p. 555-560.
- KRAMER, M., *Objectivity and the Rule of Law*, New York, Cambridge University Press, 2007, 247 p..
- KRAßER, R., *Patentrecht. Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht.*, München, C.H. Beck, 2009, 979 p..
- KRAßER, R., Boekbespreking "Hilty, Reto M.: Lizenzvertragsrecht. Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Sicht.", *GRURInt* 2002, p. 381-387.
- KRAßER, R., "Die Entwicklung des Gebrauchsmusterrechts" in BEIER, F.-K., KRAFT, A., SCHRICKER, G. en WADLE, E. (eds.), *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift*, Weinheim, VCH Verlagsgesellschaft, 1991, p. 617-655.
- KRAWCZYK, S., "Erschöpfungslehre und Vermietungsrechte im niederländischen Urheberrecht", *GRUR Int* 1990, p. 196-204.

- KROENKE, D., *Databases: beginselen, ontwerp en implementatie*, Amsterdam, Pearson education Benelux, 2007, 721 p..
- KUENNE, R., *Readings in Social Welfare: Theory and Policy*, Malden, Mass. (o.a.), Blackwell Publishing, 2000, 352 p..
- KUMMER, M., *Das urheberrechtlich schützbares Werk. Mit 48 Abbildungen*, Bern, 1968, 229 p..
- KÜNKEL, T., *Streaming media: technologies, standards, applications*, Chichester, Wiley, 2003, 227 p..
- KUR, A., HILTY, R., GEIGER, C. en LEISTNER, M., "First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases - Comment by the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, Munich", *IIC* 2006, p. 551-558.
- KUR, A., "Die Auswirkungen des neuen Geschmacksmusterrechts auf die Praxis", *GRUR* 2002, p. 661-670.
- KUR, A., "Further legal analysis and debate concerning the relationship of copyright and trademark exceptions: Does/should trademark law prohibit conduct to which copyright exceptions apply? – General Report" in GINSBURG, J. en BESEK, J. (ed.), *Adjuncts and Alternatives to Copyright. Proceedings of the ALAI Congress June 13-17, 2001*, New York, Columbia University, 2002, p. 594-613.
- KUR, A., "The Max Planck Draft for a European Design Law" in GOTZEN, F. (ed.), *The Green Paper on the legal protection of industrial design*, Brussel, Story-Scientia, 1992, p. 14-26.
- KUR, A., "Der wettbewerbliche Leistungsschutz Gedanken zum wettbewerbsrechtlichen Schutz von Formgebungen, bekannten Marken und „Characters“", *GRUR* 1990, p. 1-15.
- LADDIE, H., PRESCOTT, P. en VITORIA, M., *The Modern Law of Copyright and Designs*, London, Butterworths, 2011, 1017 p..
- LAI, S., *The copyright protection of computer software in the United Kingdom*, Oxford (o.a.), Hart, 2000, 250 p..
- LAI, S., "Database Protection in the United Kingdom: The New Deal and its Effects on Software Protection", *E.I.P.R.* 1998, p.32-35.
- LANDES, W. en POSNER, R., *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge, Massachusetts, and London, England, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, 442 p..
- LANDES, W. en POSNER, R., "An Economic Analysis of Copyright Law", *Journal of Legal Studies* 1989, p. 325-364.
- LAPLANTE, P., *Dictionary of computer science, engineering, and technology*, Boca Raton (o.a.), CRC Press, 2001, 543 p..
- LAUB, C., "Patentfähigkeit von Softwareerfindungen: Rechtliche Standards in Europa und in den USA und deren Bedeutung für den internationalen Anmelder", *GRURInt* 2006, p. 629-640.
- LEE, E., "Rules and Standards for Cyberspace", *Notre Dame Law Review* 2001-2002, p. 1275-1372.
- LEHMAN, B., *Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, DIANE Publishing, 1995, 238 p..
- LEHMANN, M., "The European Database Directive and Its Implementation into German Law", *IIC* 1998, p. 776-793.
- LEHMANN, M., "Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen", *GRURInt* 1991, p. 327-337.

- LEHMANN, M., “Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen”, *NJW* 1991, p. 2112-2117.
- LEHMANN, M., “The Theory of Property Rights and the Protection of Intellectual and Industrial Property – ‘Property rights develop to internalize externalities when the gains of internalization become larger than the cost of internalization’”, *IIC* 1985, p. 525-540.
- LEISTNER, M., *Richtiger Vertrag und Lauterer Wettbewerb: Eine grundlagenorientierte Studie unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Perspektive*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, 1145 p..
- LEISTNER, M., “Court of Justice of the European Communities Grand Chamber, Decision November 9, 2004 - Case No. C-203/02 (The British Horseracing Board Ltd and Others v. William Hill Organization Ltd, „British Horseracing“) – Comment”, *IIC* 2005, p. 581-595.
- LEISTNER, M., “Legal Protection for the Database Maker - Initial Experience from a German Point of View”, *IIC* 2002, p. 439-463.
- LEISTNER, M., *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 69/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche urheberrechtsgesetz*, München, Beck, 2000, 372 p..
- LEISTNER, M., “Der neue Rechtsschutz des Datenbankherstellers - Überlegungen zu Anwendungsbereich, Schutzvoraussetzungen, Schutzzumfang sowie zur zeitlichen Dauer des Datenbankherstellerrechts gemäß §§ 87a ff. UrhG”, *GRUR Int.* 1999, p. 819-839.
- LEMLEY, M., “Property, Intellectual Property, and Free Riding”, *Texas Law Review* 2005, p. 1031-1075.
- LEMLEY, M., “Romantic Authorship and the Rhetoric of Property”, *Texas Law Review* 1997, p. 873-906.
- LEVACIC, R., “Markets. Introduction” in THOMPSON, G., FRANCES, J., LEVACIC, R. en MITCHELL, J., *Markets, Hierarchies and Networks: The Coordination of Social Life*, Londen, SAGE, 1991, p. 21-23.
- LEWIS, R. en LEWIS, S., *The power of art*, Belmont, Thomson Wadsworth, 2009, 513 p..
- LIEBOWITZ, S., “Copyright Law, Photocopying, and Price Discrimination” in PALMER, J. en ZERBE, R. (eds.), *Research in Law and Economics: The Economics of Patents and Copyrights*, London, JAI Press, 1986, p. 181-200.
- LIGOT, J., VANBOSSELE, F., BATTARD, O. en TALLON A., *Les pratiques loyales*, Brussel, Larcier, 2012, 342 p..
- LINDENMAIER, F., *Das Patentgesetz*, Keulen (o.a.), Carl Heymann Verlag KG, 1973, 1593 p..
- LIPSEY, R. en LANCASTER, K., “The General Theory of Second Best”, *The Review of Economic Studies* 1956-1957, p. 11-32.
- LLEWELYN, M. en ADCOCK, M., *European Plant Intellectual Property*, Oxford, Hart, 2006, 551 p..
- LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, London, C. Baldwin, 1824, *Chapter V. Of Property*, 416 p..
- LONDERS, G., “Onrechtmatig imiteren, kopiëren en aanhaken” in J. STUYCK (ed.), *Handelspraktijken anno 2006*, Kluwer, Mechelen, 2006, p. 187-197.
- LUCAS, A. en LUCAS, H.-J., *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Paris, Litec, 2005, 1210 p..
- LUCAS, A., *Droit d’auteur et numérique*, Parijs, Litec, 1998, 355 p..

- LUCAS, A., "The Council Directive of 14 May 1991 concerning the Legal Protection of Computer Programs", *E.I.P.R.* 1992, p. 28-31.
- LUNNEY, G., "Reexamining Copyright's Incentives-Access Paradigm", *Vanderbilt Law Review* 1996, p. 483-656.
- LUNNEY, G., "Lotus v. Borland: Copyright and Computerprograms", *Tulane Law Review* 1995-1996, p. 2397-2436.
- MACHLUP, F., *An economic Review of the Patent System. Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks and Copyrights of the Committee on the Judiciary, United States Senate, Eighty-Fifth Congress, second session, pursuant to S. Res. 236*, Washington DC, US Government Printing Office, 1958, 89 p..
- MÄGER, S., "Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Veräußerung von Software", *Computer und Recht* 1996, p. 522-526.
- MAGNUSSEN, O., *Naboretlige Studier*, Kopenhagen, Gads, 1950, 303 p..
- MALKAN, J., "What is a copy?", *Cardozo Arts & Entertainment. Law Journal*, 2005-2006, p. 419-463.
- MALL, R., *Fundamentals of Software Engineering*, New Delhi, Prentice-Hall of India, 2004, 356 p..
- MALLET-POUJOL, N., "La directive concernant la protection juridique des bases de données: la gageure de la protection privative", *Droit de l'informatique et des télécoms* 1996, p. 6-16.
- MANKIWI, N., *Principles of economics*, Mason (o.a.), South-Western Cengage Learning, 2008, 872 p..
- MANKIWI, N. en TAYLOR, M., *Microeconomics*, London, Thomson Learning 2006, 474 p..
- MARLY, J., "Der Schutzgegenstand des urheberrechtlichen Softwareschutzes", *GRUR* 2012, p. 773-780.
- MARLY, J., "Der Urheberrechtsschutz grafischer Benutzeroberflächen von Computerprogrammen - Zugleich Besprechung der EuGH-Entscheidung ‚BSA/Kulturministerium‘", *GRUR* 2011, p. 204-208.
- MARLY, J., *Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der Europäischen Union*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995, 355 p..
- MARLY, J., *Softwareüberlassungsverträge*, München, C.H. Beck, 2004, 852 p..
- MASIYAKURIMA, P., "The Idea/Expression Dichotomy in UK Copyright Law", *IIC* 2007 p.548-572.
- MATHELY, P., *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, Parijs, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1991, 660 p..
- McCONNEL, C. en BRUE, S., *Microeconomics: Principles, Problems, and Policies*, McGraw-Hill Professional, 2005, 399 p..
- McCONVILLE, M. en HONG CHUI, W., *Research methods for law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2007, 239 p..
- McEACHERN, W., *Microeconomics: A Contemporary Introduction*, Mason, South-Western/Cengage Learning, 2011, 512 p..
- McEACHERN, W., *Macroeconomics: A Contemporary Introduction*, Mason, South-Western/Cengage Learning, 2009, 480 p..
- McGOWAN, D., "Copyright Nonconsequentialism", *Missouri Law Review* 2004, p. 1-72.

- MEADE, J., *The theory of economic externalities: the control of environmental pollution and similar social costs*, Alphen aan den Rijn (o.a.), Sijthoff en Noordhoff, 1979, 92 p..
- MEIJBOOM, A., “Das niederländische Gesetz über den Schutz von Halbleitertopographien”, *GRURInt* 1988, p. 923-931.
- MELULLIS, K., “Zur Patentfähigkeit von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen”, *GRUR* 1998, p. 843-853.
- MERGES, R., *Justifying Intellectual Property*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2011, 405 p..
- MERGES, R. en REYNOLDS, G., “The Proper Scope of the Copyright and Patent Power”, *Harvard Journal on Legislation* 2000, p. 45-68.
- MERTENS, D., “Het Hof van Cassatie over ‘parasitaire mededinging’ en ‘aanhaking’. Scherpstelling of genadeschot?” noot bij Cass. 29 mei 2009, *R.W.* 2010-2011, p.1562-1566.
- MES, P., (ed), *Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz: Kommentar*, München, Beck, 2005, 1014 p.
- MEURER, M., “Copyright law and price discrimination”, *Cardozo L. Rev* 2001-2002, p. 55-148.
- MICELI, T., “Property” in BACKHAUS, J., (ed.), *The Elgar companion to law and economics*, Cheltenham, Elgar, 2005, p. 246-260.
- MICHAUX, B., *Droit des bases de données*, Brussel, Wolters Kluwer Belgium, 2005, 211 p..
- MILLER, R. (et al), *Terrell on the Law of Patents*, London, Sweet & Maxwell 2005, 1250 p..
- MILLER, V., *Understanding digital culture*, Los Angeles, SAGE Publications, 2011, 254 p..
- MITCHELL, J., “DRM: The Good, the Bad, and the Ugly” in Colleges, *Code and Copyright: The Impact of Digital Networks and technological Controls on Copyright (Publications in Librarianship no. 56)*, Chicago, American Library Association, 2004, 62 p..
- MÖHRING, P., NICOLINI, K., AHLBERG, H. en KROITZSCH, H., *Urheberrechtgesetz. Kommentar*, München, Frans Vahlen, 2000, 1308 p..
- MOM, G., “Uitvoering in (strikt) besloten kring”, *AMI* 2010, p. 81-91.
- MOM, G., *Kabeltelevisie en Auteursrecht*, Lelystad, Koninklijke Vermande bv, 1990, 292 p..
- NACK, R., *Die Patentierbare Erfindung unter denn sich Wandelnden Bedingungen von Wissenschaft und Technologie*, Keulen, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns, 2002, 331 p..
- NEPPELENBROEK, E., “Verkrijgers en resellers: software distributie op het snijvlak van het vermogensrecht en het auteursrecht”, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2012, p. 203-213.
- NEPPELENBROEK, E., “De softwaregebruikslicentie bij de overdracht van het auteursrecht en in het faillissement van de licentiegever”, *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2011, p. 152-165.
- NEPPELENBROEK, E., “Software: De Auteur, de Verkrijger en Derden”, *AMI* 2006, p. 109-118.
- NEPPELENBROEK, E., “Software en de uitputtingsregel”, *AMI* 2001, p. 125-132.
- NOISHIKI, I., “The Scope of the Copyright Holder's Right to Adapt Computer Programs”, *IIC* 1993, p. 200-217.
- NORDELL, P., “Das Kriterium der Doppelschöpfung im schwedischen Recht - Theorie und Praxis”, *GRUR Int.* 1997, p. 110-116.

- NORDEMANN, J., "Neueinbindung von Büchern anderer Verlage. Urheberrecht, Preisbindungsrecht, Wettbewerbsrecht, Markenrecht.", *ZUM* 2009, p. 809-815.
- NORDEMANN, W., "Das Prinzip der Inländerbehandlung und der Begriff der ‚Werke der Literatur und Kunst‘ - Einige Bemerkungen zur Wechselwirkung der Art. 5 und 2 der Revidierten Berner Übereinkunft", *GRUR Int* 1989, p. 615-619.
- NORDEMANN, W., "Bundesgerichtshof 07.11.1980 I ZR 24/79 "Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten"", *GRUR* 1981, p. 413-418.
- NORDHAUS, W., "Theory of innovation. An Economic Theory of Technological Change", *The American Economic Review*, 1969, p. 18-28.
- NULL, L. en LOBUR, J., *The essentials of computer organization and architecture*, Sudbury (Mass.) (o.a.), Jones and Bartlett Publishers, 2006, 799 p..
- OGDEN, M., "Protection of Computer Software - A Hard Problem", *Drake Law Review* 1976-1977, p. 180-198.
- OHLY, A., SOSNITZA, O. en PIPER, H. (eds.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München, Beck, 2010, 1257 p..
- OHST, C., *Computerprogramm und Datenbank. Definition und Abgrenzung im Urheberrecht. Eine Untersuchung beider begriffe und ihrer Wechselbeziehung im Urheberrechtssystem der Informationsgesellschaft*, Frankfurt, Peter Lang, 2003, 308 p..
- OSTEN, W., *Optical inspection of microsystems*, Boca Raton, Taylor & Francis, 2007, 503 p..
- OSTERRIETH, C., *Patentrecht*, München, C.H. Beck, 2007, 339 p..
- OSTERTAG, F., "La Protection des Disques Etrangers en Suisse", *Le Droit d'Auteur* 1940, p. 41-44.
- OUALLINE, S., *Practical C++ programming*, Sebastopol (Calif.), O'Reilly, 2003, 549 p..
- PAGASO, C., DINIO, R. en VILLASIS, G., *Introductory Microeconomics*, Quezon City, Rex Printing Company, 1994, 309 p..
- PALMER, T., "Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects.", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 1990, p. 817-865.
- PARSON, J., *Illustrated Dictionary of Economics*, New Dehli, Lotus Press, 2006, 240 p..
- PATTERSON, D. en HENNESSY, J., *Computer organization and design: the hardware/software interface*, Amsterdam en Boston, Elsevier/Morgan Kaufmann, 2004, 621 p..
- PEETERS, R. en VANDERMEULEN, B., "De Equivalentieleer in de Belgische Octrooirechtspraak", *I.R.D.I* 2003, p. 131-137.
- PEUKERT, A., "Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut. Insbesondere: Die urheberrechtliche Relevanz des privaten Werkgenusses" in HILTY, R. en PEUKERT, A., *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, p. 11-46.
- PFLEEGER, S. en ATLEE, J., *Software Engineering: Theory and Practice*, Boston (o.a.), Pearson, 2009, 782 p..
- PILA, J., "Article 52(2) of the Convention on the Grant of European Patents: What Did the Framers Intend? A Study of the Travaux Préparatoires.", *IIC* 2005, p. 755-787.

- PILA, J., "Dispute over the Meaning of „Invention“ in Art. 52(2) EPC - The Patentability of Computer-Implemented Inventions in Europe", *IIC* 2005, p. 173-191.
- PINDYCK, R. en RUBINFELD, D., *Microeconomics*, New Jersey, Prentice-Hall 2001, 700 p..
- PLAISANT, R., "La protection du logiciel par le droit d'auteur (programma d'ordinateur)", *Gazette du Palais* 1983, p. 348-350.
- PLANT, A., "The Economic Aspects of Copyright in Books", *Economica* 1934, p. 167-195.
- PLANT, A., "The Economic Theory Concerning Patents for Inventions", *Economica* 1934, p. 30-51.
- PLASMANS, J., *Dynamic modeling of monetary and fiscal cooperation among nations*, Berlijn, Springer, 2006, 319 p..
- POLLAUD-DULIAN, F., "Das 'Bestimmungsrecht' (droit de destination) - Überlegungen zu den Möglichkeiten einer Kontrolle der Nutzung von Werkexemplaren durch die Urheber", *GRUR Int* 1989, p. 811-820.
- POLLAUD-DULIAN, F., *Le droit de destination, Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Parijs, Université de Parijs, 1988, 756 p..
- POUILLET, E., *Brevets d'invention et contrefaçon*, Parijs, Marchal et Billard, 1899, 978 p..
- POWELL, G., *Beginning database design*, Indianapolis, Wiley, 2006, 467 p..
- POWELL, W., "Neither Markets nor Hierarchy. Network Forms of organization" in HANDEL, M., *The sociology of organizations: classic, contemporary, and critical readings*, Thousand Oaks, Sage, 2003, p. 315-330.
- PRETNAR, B., "The Economic Impact of Patents in a Knowledge-Based Market Economy", *IIC* 2003, p. 887-906.
- PUTTEMANS, A., *Droits Intellectuels et Concurrence Déloyale. Pour une protection des droits intellectuels par l'action en concurrence déloyale*, Brussel, Bruylant, 2000, 569 p..
- PUTTEMANS, A., "Au bout du droit d'auteur: la nouvelle protection juridique des programmes d'ordinateur", *T.B.H.* 1995, p. 766-787.
- QUAEDVLIEG, A., Noot bij H.v.J., 17 april 2008, C-456/06, (Peek & Cloppenburg t. Cassina), *AMI* 2009, p. 147-152.
- QUAEDVLIEG, A., "Onafhankelijk, geordend en toegankelijk: het object van het databankenrecht in de richtlijn", *AMI* 2000, p. 177-186.
- QUAEDVLIEG, A., "Copyright's Orbit Round Private, Commercial and Economic Law - The Copyright System and the Place of the User", *IIC* 1998, p. 420-438.
- QUAEDVLIEG, A., "Het technisch effect onder water" (noot bij Pres. Rb. Amsterdam 19 juni 1997, Mandemaker e.a./Cygnus Marine ('fast planing vessels')), *B.I.E.* 1998, p. 332-335.
- QUAEDVLIEG, A., "Three Times a Hybrid. Typecasting Hybrids Between Copyright and Industrial Property", in KABEL, J. en MOM, G. (eds.), *Intellectual Property and information Law. Essays in honour of Herman Cohen Jehoram*, Den Haag, Kluwer, 1998, p. 47-58.
- QUAEDVLIEG, A., "Beschermingsdrift: Een studie naar feiten en achtergronden rond sweat of the brow- of prestatiebescherming", *B.I.E.* 1996, (Deel I) p. 4-10 en (Deel II) p. 51-60.

- QUAEDVLIEG, A., *Auteursrecht op techniek. De auteursrechtelijke bescherming van het technisch aspect van industriële vormgeving en computerprogrammatuur*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1987, 193 p..
- RAHMATIAN, A., “Originality in UK Copyright Law The Old Skill and Labour Doctrine Under Pressure”, *IIC* 2013, p. 4-33.
- RAJA, V. en FERNANDES, J., *Reverse engineering: an industrial perspective*, Goldaming, Springer London, 2007, 242 p..
- RAJARAMAN, V. en RADHAKRISHNAN, R., *Digital Logic and Computer Organization*, New Dehli, Prentice-Hall of India, 2006, 513 p..
- RASKIND, L., “Reverse Engineering, Unfair Competition, and Faire Use”, *Minnesota Law Review* 1985-1986, p. 385-416.
- RAU, L., *Phänomenologie und Bekämpfung von .Cyberpiraterie. Eine kriminologische und kriminalpolitische Analyse.*, Göttingen, Cuvillier Verlag, 2004, 295 p..
- RAUE, P. en BENSINGER, V., “Umsetzung des sui-generis-Rechts an Datenbanken in den §§ 87 a ff. UrhG”, *MMR* 1998, p. 507-512.
- RAVIKUMAR, S., *Parallel methods for VLSI layout design*, Norwood, Ablex Pub., 1996, 195 p..
- REICHMAN, J., “Database Protection in a Global Economy”, *R.I.D.E.* 2002, p. 455-504.
- REICHMAN, J. en SAMUELSON, P., “Intellectual Property Rights in Data?” *Vanderbilt Law Review* 1997, p. 49-166.
- REICHMAN, J., “Charting the collapse of the patent-copyright dichotomy: premises for a restructured international intellectual property system”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 1994-1995, p. 475-520.
- REICHMAN, J., “Legal Hybrids between the Patent and Copyright Paradigms”, *Columbia Law Review* 1994, p. 2432-2558.
- REINBOTHE, J., “Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft”, *GRURInt* 2001, p. 733-745.
- REINBOTHE, J. en VON LEWINSKI, S., *The E.C. Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy*, London, Sweet & Maxwell, 1993, 240 p.
- REMICHE, B. en CASSIERS, V., *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire : créer, protéger et partager les inventions au XXIe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, 742 p..
- RICHARD, T., “Naar een economische benadering van het Auteursrecht op Internet. Auteursrechthandhaving en de elektronische verveelvouding nader beschouwd.”, *NJB* 1996, p. 957-962.
- RICKETSON, S., *The Berne Convention for the Protection of literary and Artistic Works: 1886-1986*, London, The Eastern Press, 1987, 1030 p..
- RISBERG, R., “Five Years Without Infringement Litigation Under the Semiconductor Chip Act: Unmasking The Spectre of Chip Piracy In An Era of Diverse and Incompatible Process Technologies”, *Wisconsin Law Review* 1990, p. 241-277.
- RITTENBERG, L., *Principles of Microeconomics*, Nyack (N.Y.), Flat World Knowledge, 2008, 539 p..
- ROB, P., CORONEL, C. en CROCKETT, K., *Database systems*, London, Course Technology Cengage Learning, 2008, 808 p..

- ROOX, K. en DE PRETER, C., “Onrechtsreekse octrooi-inbreuk naar Belgisch recht na het Senseo-arrest: koffiedik kijken of klare wijn?”, *I.R.D.I.* 2006, p. 426-432.
- ROSS, A., “Ophavsrettens grundbegreben”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1945, p. 340 -353.
- ROUBIER, P., *Le droit de la propriété industrielle*, Parijs, Librairie du Recueil Sirey, 1952, 612 p..
- SACK, R., “Der Erschöpfungsgrundsatz im deutschen Immaterialgüterrecht”, *GRUR Int* 2000, p. 610-616.
- SAGE, A. en ROUSE, W., *Handbook of Systems Engineering and Management*, Hoboken (New Jersey), John Wiley & Sons, 2009, 1476 p..
- SALANIÉ, B., *The microeconomics of market failures*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 2000, 224 p..
- SAMBUC, T., “Die Eigenart der ‚wettbewerblichen Eigenart‘ - Bemerkungen zum Nachahmungsschutz von Arbeitsergebnissen durch § 1 UWG”, *GRUR* 1986, p. 130-140.
- SAMUELSON, P., DAVIS, R., KAPOR, M. en REICHMAN, J., “A manifesto concerning the legal protection of computer programs”, *Colum. L. Rev.* 1994, p. 2308-2431.
- SAMUELSON, P., “Creating a New Kind of Intellectual Property: Applying the Lessons of the Chip Law to Computer Programs”, *Minnesota Law Review* 1985-1986, p. 471-531.
- SAMUELSON, P., “CONTU revisited: the case against copyright protection for computer programs in machine readable form”, *Duke Law Journal* 1984, p. 663-769.
- SAUTTER, D. en WEINERTH, H., *Lexikon Elektronik und Mikroelektronik*, Düsseldorf, VDI-Verlag., 1993, 1159 p..
- SCHACH, S., *Object-oriented and classical software engineering*, Boston (o.a.), McGraw-Hill Higher Education, 2005, 581 p..
- SCHACK, H., “Rechtsprobleme der Online-Übermittlung”, *GRUR* 2007, p. 639-645.
- SHELLEKENS, M., “A database right in search results? – An intellectual property right reconsidered in respect of computer generated databases”, *Computer Law & Security Review* 2011, p. 620-629.
- SHELTEMA, M. en TJONG TJIN TAI, T., “Overeenkomsten sluiten door openen en klikken?”, *Computerrecht* 2003, p. 244-248.
- SCHIUMA, D., “TRIPS and Exclusion of Software ‘as such’ from Patentability”, *IIC* 2000, p. 36-51.
- SCHÖNHERR, F., “Die sklavische Nachahmung in der Praxis der deutschen, der österreichischen und der Schweizer Gerichte”, *GRUR Int* 1975, p. 237-245.
- SCHOTTER, A., *Microeconomics: A Modern Approach*, Mason (Ohio), South-Western Cengage Learning, 2008, 742 p..
- SCHOVSBO, J., “As If Made for Each Other - Intellectual Property Rights and Protection of Compatible Products”, *IIC* 1998, p. 510-534.
- SCHRAMM, C., *Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen rechtsschutzes und Urheberrechtes*, Berlijn, Keulen, C. Heymanns Verlag KG, 1954, 431 p..
- SCHRICKER, G., “Internationalrechtliche Fragen” in JACOBS, R., LINDACHER, W. en TEPLITZKY, O. (eds.), *UWG. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit neben gesetzten. Großkommentar.*, Berlijn, De Gruyter Recht, 2006, p. 289-500.

- SCHRICKER, G., *Urheberrecht Kommentar*, München, C.H. Beck, 2006, 2657 p..
- SCHRICKER, G., “Abschied von der Gestaltungshöhe im Urheberrecht?” in BECKER, J. (ed.), *Wanderer zwischen Musik, Politik und Recht. Festschrift für Reinhold Kreile zu seinem 65. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos Verlag Gesellschaft, 1994, p. 715-722.
- SCHULZE, G., “Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen - geklärte Rechtsfrage oder bloße Illusion?”, *GRUR* 1985, p.997-1008.
- SCHULZE, G., “Werturteil und Objektivität im Urheberrecht - - Die Feststellung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit am Beispiel der ‚kleinen Münze‘”, *GRUR* 1984, p. 400-417.
- SCOTCHMER, S., *Innovation and Incentives*, The MIT Press, 2004, Cambridge, Massachusetts, 357 p..
- SCOTCHMER, S., “The Political Economy of Intellectual Property Treaties”, *The Journal of Law, Economics, & Organization*, 2004, p. 415-437.
- SCOTT, M., *Programming language pragmatics*, Amsterdam (o.a.), Elsevier/Morgan Kaufmann, 2006, 875 p..
- SEDLMAIER, R., *Die Patentierbarkeit von Computerprogramme und ihre Folgeprobleme*, Herbert Utz Verlag, München, 2004, 320 p.
- SENDROWSKI, H., “Zum Schutzrecht „sui generis“ an Datenbanken”, *GRUR* 2005, p. 369-377.
- SERRAO, J., DIAS, M. en DELGADO, J., “Using service-oriented architectures towards rights management interoperability.” in SOBH, T. (ed.), *Innovations and advanced techniques in computer and information sciences and engineering*, Dordrecht, Springer, 2007, p. 519-524.
- SEXTON, R., *Exploring Microeconomics*, Mason, South-Western Cengage Learning, 2011, 608 p.
- SHARMA, P., *Software Engineering*, New Dheli, APH Publishing, 2004, 370 p..
- SHAVELL, S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Massachusetts, London, England, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, 737 p..
- SHERMAN, B. en BENTLEY, L., *The Making of Modern Intellectual Property Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 242 p..
- SHIVA, S., *Computer design and architecture*, New York (o.a.), Dekker, 2000, 718 p..
- SHIVA, S., *Introduction to logic design*, New York (o.a.), Dekker, 1998, 628 p..
- SIMSION, G. en WITT, G., *Data modeling essentials*, Amsterdam en London, Morgan Kaufmann, 2005, 532 p..
- SKIBA, G., *Preisdiskriminierung und Wettbewerbspolitik*, Frankfurt, Athenäum, 1971, 162 p..
- SPEYART, H., “Het Microsoft-arrest: enkele nieuwe inzichten over misbruik bij licentieweigering”, *IER* 2008, p. 1-4.
- SPOONER, L., *The Law of Intellectual Property; or An Essay on the Right of Authors and Inventors to a Perpetual Property in their Ideas*, Boston, Bela Marsh, 1855, 240 p..
- SPOOR, J., VERKADE, D. en VISSER, D., *Auteursrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 762 p..
- SPOOR, J., *De Gestage Uitbreiding van Merk, Werk en Uitvinding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1990, 64 p..
- STAIR, R. en REYNOLDS, G., *Principles of Information Systems*, London (o.a.), Thomson Delmar Learning, 2008, 685 p..

- STALLINGS, W., *Computer organization and architecture: designing for performance*, Upper Saddle River (o.a.), Pearson Education/Prentice Hall, 2006, 778 p..
- STEENNOT, R., BOGAERT, F., BRULOOT, D. en GOENS, D., *Wet marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 226 p..
- STENVIK, A., “Protection for Equivalents Under Patent Law - Theories and Practice”, *IIC* 2001, p. 1-20.
- STERK, S., “Intellectualizing Property: The tenuous Connections between Land and Copyright”, *Washington University Law Quarterly* 2005, p. 417-470.
- STERN, R., “Determining Liability for Infringement of Mask Work Rights Under the Semiconductor Chip Protection Act”, *Minnesota Law Review* 1985-1986, p. 271-384.
- STEWART, S. en SANDISON, H., *International copyright and neighbouring rights*, London, Butterworths, 1989, 1033 p..
- STIEPER, M., “Rezeptiver Werkgenuss als rechtmäßige Nutzung - Urheberrechtliche Bewertung des Streaming”, *MMR* 2012, p. 12-17.
- STIEPER, M., *Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, 584 p..
- STIM, R., *Patent, copyright & trademark*, Berkeley, Nolo, 2009, 621 p..
- STOTHERS, C., *Parallel trade in Europe: intellectual property, competition and regulatory law*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2007, 455 p..
- STRAETMANS, G., “Over parasitaire concurrentie en namaak”, *DAOR* 2011, p. 283-288.
- STRAUS, J., “Bedeutung des TRIPS für das Patentrecht”, *GRUR Int* 1996, p. 179-205.
- STRAUS, J., “Implications of the TRIPs Agreement in the Field of Patent Law” in BEIER, F.-K. en SCHRICKER, G. (eds.), *From GATT to TRIPs – The agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (IIC Studies nr. 18)*, München, 1996, p. 160-215.
- STRÖMHOLM, S., “Der urheberrechtliche Werkbegriff in der neueren nordischen Rechtslehre”, *GRUR Int.* 1963, Deel I: p. 433-443 en Deel II: p. 481-489.
- STROWEL, A., “L'affaire *Michael Jackson*: un refrain connu sur le plagiat musical”, *Auteurs & Media* 2007, p. 475-476.
- STROWEL, A., “La contrefaçon en droit d'auteur: conditions et preuve ou *pas de contrefaçon sans 'plagiat'* (noot bij Voorz. Rb Bergen 18 november 2005)”, *Auteurs & Media* 2006, p. 267-271.
- STROWEL, A. en DERCLAYE, E., *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données multimédia. Droit belge, européen et comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, 488 p..
- STROWEL, A., “Das belgische Gesetz vom 30. Juni 1994 über die Computerprogramme : Entwicklung zu einem Urheberrecht sui generis?”, *GRURInt* 1995, p. 374-382.
- STROWEL, A., “La loi belge du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur: vers un droit d'auteur *sui generis*?”, *R.I.D.A.* 1995, p. 173-233.
- STRIJK, H., VAN SCHELVEN, P. en HOORNEMAN, W., *Softwarerecht. Bescherming en gebruik van computerprogrammatuur onder auteursrecht en octrooirecht*, Deventer, Kluwer, 2010, 733 p..

- SUTHERSANEN, U., "A Brief Tour of 'Utility Model' Law", *E.I.P.R.* 1998, p. 44-51.
- TALLON, A., *De wet op de marktpraktijken: procedure en sancties.*, Gent, Larcier, 2012, 201 p..
- TANENBAUM, A., *Computer networks*, Upper Saddle River, Pearson Education International, 2002, 891 p..
- TAUCHERT, W., "Grundlagen und aktuelle Entwicklungen bei der Patentierung von Computerprogrammen" in ANN, C., ANDERS, W., DREISS, U., JESTAEDT, B., STAUDER, D. (eds.), *Materielles Patentrecht. Festschrift für Reimar König zum 70. Geburtstag*, Keulen, Berlin, Bonn, München, C. Heymanns Verlag, 2003, p. 481-509.
- TAYLOR, J. en WEERAPANA, A., *Principles of microeconomics*, Boston, Abingdon - Houghton Mifflin, 2009, 533 p..
- TAYLOR, J. en WEERAPANA, A., *Principles of microeconomics: global financial crisis edition*, Mason, South-Western/Cengage Learning, 2009, 540 p..
- TEWARI, D., *Principles Of Microeconomics*, New Dehli, New Age International, 2003, 356 p..
- THOMPSON, G., FRANCES, J., LEVACIC, R. en MITCHELL, J., "Introduction" in THOMPSON, G., FRANCES, J., LEVACIC, R. en MITCHELL, J., *Markets, Hierarchies and Networks: The Coordination of Social Life*, Londen, SAGE, 1991, p. 1-20.
- TJONG TJIN TAI, T., "De omvang van het gebruiksrecht van programmatuur", *Computerrecht* 2001, p. 60-65.
- TORREMANS, P., *Copyright law a handbook of contemporary research*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2007, 544 p..
- TROLLER, A., *Immaterialgüterrecht*, Basel und Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1985, 1125 p..
- TURLEY, J., *The essential guide to semiconductors*, New Jersey, Prentice Hall, 2003, 217 p..
- ULLRICH, H., "Expansionist Intellectual Property Protection and Reductionist Competition Rules: a TRIPS Perspective", *EUI Working Paper LAW No.2004/3.*, San Domenico, European University Institute Badia Fiesolana, 2004, 35 p..
- ULLRICH, H., "Technologieschutz nach TRIPS: Prinzipien und Probleme", *GRUR Int.* 1995, p. 623-641.
- ULMER, E. en KOLLE, G., "Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen", *GRURInt* 1982, p. 489-500.
- ULMER, E., "Die Entscheidungen zur Kabelübertragung von Rundfunksendungen im Lichte urheberrechtlicher Grundsätze", *GRUR Int* 1981, p. 372-378.
- VAN GERVEN, W., *Beginselen van Belgisch Privaatrecht. 1: Algemeen deel*, Gent, Story-Scientia, 1987, 519 p..
- VAN OVERMEIRE, V., "Enkel de communautaire uitputting van het distributierecht is toegestaan" (noot bij C-479/04 Laserdisken ApS t Kulturministeriet, H.v.J 12 september 2006), *Auteurs & Media* 2007, p.74-78.
- VAN OVERMEIRE, "The Concept of the Lawful User in the Database Directive", *IIC* 2000, p. 63-81.
- VAN DUN, F., *Het fundamenteel rechtsbeginsel : een essay over de grondslagen van het recht.*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, 606 p..
- VAN ENGELEN, T., "Aanhaken aan andermans prestatie: ontwikkelingen in de Nederlandse rechtspraak", *T.B.H.* 1992, p. 388-402.

VAN VELTHOVEN, B. en VAN WIJCK, P., *Recht en efficiëntie: een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 437 p..

VAN DER STEUR, J., *Grenzen van rechtsobjecten: Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten*, Deventer, Kluwer, 2003, 364 p..

VAN ENGELEN, D., “The Misappropriation Doctrine in the Netherlands”, *IIC* 1991, p. 11-26.

VAN REEPINGHEN, B. en DE BRABANTER, M., *Les brevets d'inventions. La loi belge du 28 mars 1984. Le règlement du 23 juillet 1984 de la commission CEE relatif à l'exemption de certains accords de licences de brevets*, Brussel, Larcier, 1987, 435 p..

VAN LOON, S., “Licentieweigering door Microsoft. Innovatiebelemmering of rechtmatige uitoefening van het intellectuele eigendomsrecht?”, *AMI* 2007, p. 166-173.

VAN NIEUWENHOVEN HELBACH, E. en HUYDECOPER, J., *Industriële eigendom: bescherming van technische innovatie*, Deventer, Kluwer, 2002, 461 p..

VAN DEN BRANDE, Y., “Scrapen: het verzamelen van on-line publiekelijk beschikbare gegevens”, *Auteurs & Media* 2009, p. 608-615.

VAN DEN BRANDE, Y. en KEUSTERMANS, J., “Open source software: een analyse naar Belgisch recht”, *I.R.D.I.* 2007, p. 369-381.

VAN CAMP, S., “Het doorverkopen van gedownloade software en communautaire uitputting: het UsedSoft-arrest van het Hof van Justitie”, *Computerrecht* 2012, p. 410-419.

VANDENBERGHE, G., “Softwarebescherming in de U.S.A.: een voorbeeld voor Europa?”, *B.I.E.* 1985, p. 50-56.

VANDENBERGHE, G., *Bescherming van computersoftware, een rechtsvergelijkend onderzoek*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984, 222 p..

VANDERSTICHELE, G., “Het oorspronkelijkheids criterium in het auteursrecht op databanken” (Noot bij H.v.J. 1 maart 2012, C-604/10 (*Football Dataco et al. t. YAHOO UK*)), *I.R.D.I.* 2013, p. 90-96.

VANHEES, H., “De juridische bescherming van databanken” (noot bij Brussel, 3 mei 2000), *I.R.D.I.* 2001, p. 40-42.

VANHEES, H., *Een juridische analyse van de grondslagen, inhoud en draagwijdte van auteursrechtelijke exploitatiecontracten*, Antwerpen, Maklu, 1993, 645 p.

VANHEES, H., “Het Belgische sui generis beschermingsregime voor chips: een nieuw industrieel eigendomsrecht”, *R.W.* 1989-1990, p. 1271-1284.

VERBIEST, T. en DE BRUYN, I., “De technische tijdelijke kopie geconfronteerd met het reproductierecht. Auteursrecht in de digitale omgeving.”, *Auteurs & Media* 2002, p. 311-320.

VERKADE, D., Boekbespreking: G. VANDENBERGHE, *Bescherming van computersoftware, een rechtsvergelijkend onderzoek*, *B.I.E.* 1984, p. 337-338.

VINJE, T. “Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität”, *GRURInt* 1992, p. 250-260.

VISSER, D., *Het ABC van ieder IE-inbreuk. Het belang van de rest van de markt.* (Rede, in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar in het intellectuele eigendomsrecht aan de Universiteit Leiden op 6 februari 2004), Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2004, 42 p..

- VISSER, D., *Naburige rechten van uitvoerende kunstenaars, fonogrammenproducenten, filmproducenten en omroeporganisaties*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 200 p..
- VISSER, D., *Auteursrecht op Toegang. De exploitatierechten van de auteur in het tijdperk van digitale informatie en netwerkcommunicatie*, 's-Gravenhage, VUGA Uitgeverij B.V., 1997, 227 p..
- VIVANT, M., *Le droit des brevets*, Parijs, Éditions Dalloz, 2005, 143 p..
- VOGEL, L., *Droit de la concurrence déloyale. 350 décisions commentées*, Parijs, LawLex, 2005, 571 p..
- VON GIERKE, O., *Deutsches Privatrecht. Band 1: Allgemeiner Teil u. Personenrecht*, Leipzig (o.a.), 1895, 897 p..
- VON WELSER, M., Noot bij H.v.J 17 april 2008, C-456/06 (*Peek & Cloppenburg KG t. Cassina*), *GRUR Int* 2008, p. 593-598.
- VON WERDT, N., *Ausgewählte Probleme zum Topographienschutz von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen. Der Schutzgegenstand und die Schutzvoraussetzungen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, 302 p..
- VON LEWINSKI, S., “Musik und Multimedia” in LEHMANN, M., *Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw)*, Stuttgart, Schäffer-Poeschel, 1997, p. 149-168.
- VOSSEN, G., *Datenmodelle, Datenbanksprachen und Datenbankmanagementsysteme*, München, Oldenbourg, 2008, 821 p.
- WALDRON, J., “From authors to copiers: individual rights and social values in intellectual property”, *Chicago Kent Law Review* 1992-1993, p. 841-887.
- WALDRON, J., “The Right to Private Property”, *The Journal of Philosophy* 1991, p. 155-159.
- WALTER, M. en VON LEWINSKI, S., *Europäisches Urheberrecht: Kommentar: insbesondere Software-, Vermiet- und Verleih-, Satelliten- und Kabel-, Schutzdauer-, Datenbank-, Folgerecht-, Informationsgesellschaftsrichtlinie, Produktpiraterie-verordnung*, Wien, Springer, 2001, 1221 p..
- WANDTKE, A. en BULLINGER, W., *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, Beck, 2009, 2275 p.
- WANDTKE, A. en OHST, C., “Zur Reform des deutschen Geschmacksmustergesetzes”, *GRURInt* 2005, p. 91-102.
- WASSON, C., *System analysis, design, and development: concepts, principles, and practices*, Hoboken (N.J.), Wiley-Interscience, 2005, 818 p.
- WATKIN, T. en RAU, A., “Intellectual Property in Artificial Neural Networks - In Particular Under the European Patent Convention”, *IIC* 1996, p. 447-469.
- WEIHRAUCH, F., *Der Unmittelbare Leistungsschutz im UWG*, Berlin Verlag Arno Spitz, 2001, 314 p..
- WEIK, M., *Computer Science and Communications Dictionary*, Berlin, Springer, 2000, 2050 p..
- WELLENS, V., “Doorwerking van het auteursrecht in de Wet Handelspraktijken”, *T.B.H.* 2007, p. 586-595.
- WELLENS, V., *Doorwerking van de intellectuele rechten in de Wet Handelspraktijken: voorrangsregels op het kruispunt van de oneerlijke mededinging en de vrijheid van kopie*, Gent, Larcier, 2007, 118 p..
- WERUM, R., *Der Schutz von Halbleitererzeugnissen der Mikroelektronik im deutschen Rechtssystem*, Frankfurt am Main, Verlag Peter lang, 1990, 195 p..

- WESTKAMP, G., *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Part II: Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, ETD/2005/IM/D1/91, 2007, 454 p..
- WESTKAMP, G., "Convergence of Intellectual Property Rights and the Establishment of 'Hybrid' Protection under TRIPs", in F. MACMILLIAN (ed.), *New Directions in Copyright: Volume 1*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, p. 108-130.
- WESTKAMP, G., "Protecting Databases Under US and European Law – Methodical Approaches to the Protection of Investments Between Unfair Competition and Intellectual Property Concepts", *IIC* 2003, p. 772-803.
- WESTKAMP, G., "TRIPS Principles, Reciprocity and the Creation of *Sui-Generis*-Type Intellectual Property Rights for New Forms of Technology", *Journal of World Intellectual Property* 2003, p. 827-859.
- WESTKAMP, G., *Der Schutz von Datenbanken und Informationssammlungen im britischen und deutschen Recht*, München, Verlag C.H. Beck, 2003, 470 p..
- WEYAND, J. en HAASE, H., "Patenting Computer Programs: New Challenges", *IIC* 2005, p. 647-663.
- WICHERS HOETH, L., GIELEN, C. en HAGEMANS, N., *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 2000, 501 p..
- WIEBE, A., "Information als Naturkraft – Immaterialgüterrecht in der Informationsgesellschaft", *GRUR* 1994, p. 233-246.
- WIEBE, A., "Rechtsschutz von Datenbanken und europäische Harmonisierung", *Computerrecht* 1996, p. 198-204.
- WILLEMSSEN, H., *Woordenboek filosofie*, Assen/Maastricht, Van Gorcum, 1992, 509 p..
- ZEMER, L., "The Making of a New Copyright Lockean", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 2005-2006, p. 891-947.