

# TOEGANG TOT BRONCODES VOOR GEBRUIKERS: HANDVATEN VOOR EEN 'HOLD-UP' PROBLEEM

## I. Inleiding

Computerprogramma's zijn niet bedoeld om door een mens, maar door een apparaat te worden waargenomen. Daarom worden in de praktijk computerprogramma's veelal enkel in objectcodevorm aan gebruikers meegegeeld. Zo kunnen zij de programma's gebruiken door ze op de computer uit te voeren, zonder dat zij echter toegang hebben tot de broncode. Nu zijn er gevallen waarin die toegang wel wenselijk en zelfs noodzakelijk kan zijn.<sup>1</sup> Dit is onder andere het geval wanneer een klant van een softwareleverancier na de stopzetting van de bedrijfsactiviteiten van de leverancier (bijvoorbeeld door overlijden, ontbinding van de vennootschap of faillissement) haar software dient te updaten of wenst aan te passen.

De vraag naar de toegang tot broncodes voor gebruikers van de software staat centraal in deze bijdrage.

## II. Een *hold-up* probleem

De broncode is zowel voor de leverancier als de klant van belang. Aan de ene kant, heeft de leverancier van de software inspanningen en investeringen gedaan om de software te ontwikkelen. Software kan een grote waarde hebben. Daarom is het wenselijk voor de leverancier om deze te beschermen. Eenmaal de broncode in handen, is het kopiëren ervan immers kinderspel.<sup>2</sup> Het beschermen van een broncode kan op basis van intellectuele eigendomsrechten (auteursrecht), via de regeling van de bedrijfsgeheimen, of door middel van contractuele afspraken. Aan de andere kant, is de broncode ook voor de klant erg belangrijk. Bij een gebrek aan toegang tot de code, kan er zich immers een *hold-up* probleem voordoen. Wanneer de leverancier van de software van de markt verdwijnt, kan dat een groot probleem veroorzaken voor zijn voormalige klanten die achterblijven zonder aanspreekpunt met het oog op het onderhoud van het computerprogramma. Men denkt hierbij aan het opsporen en verwijderen van bugs en het updaten van het programma. Zonder dit onderhoud, wordt de software onbruikbaar.<sup>3</sup> Dit onderhoud is echter onmogelijk zonder toegang tot de broncode.<sup>4</sup> Door het van de markt verdwijnen van de leverancier, ontstaat er bij wijze van spreken een '*hold-up*' probleem.

## III. Escrow agreements

Een mogelijke manier om hieraan tegemoet te komen is de figuur van de *source code escrow*. Een *source code escrow agreement* is een overeenkomst, waarbij de leverancier de broncode van diens computerprogramma aan een zgn. *escrow agent* overhandigt, die deze broncode aan een derde partij vrijgeeft indien bepaalde,

---

<sup>1</sup> HvJ 6 oktober 2021, nr. C-13/20, ECLI:EU:C:2021:811, Top System, conclusie M. SZPUNAR.

<sup>2</sup> A. NAEYAERT, "De broncode en het faillissement van de softwareleverancier", *Jura Falconis* 1995-1996, 531.

<sup>3</sup> A. NAEYAERT, *l.c.*, *Jura Falconis* 1995-1996, 531.

<sup>4</sup> M. TAEYMANS en E. JACOBS, "Software escrowovereenkomst" in M. TAEYMANS en E. JACOBS (eds.), *IT-contracten*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 196.

vooraf contractueel omschreven voorwaarden vervuld zijn.<sup>5</sup> Het betreft hier dus een commerciële dienstverlening door onafhankelijke personen of bedrijven en dient om de gebruiker toegang te geven tot de broncode. De escrow agent kan de werking van de code onderzoeken en aan de gebruiker bevestigen dat deze volledig, leesbaar, en bruikbaar is. De leverancier heeft dan weer de zekerheid dat het toegangsrecht tot de broncode beperkt blijft tot de in de *escrow agreement* beschreven omstandigheden.<sup>6</sup>

Juridisch gezien is het voldoende dat de softwareleverancier een overeenkomst sluit met de escrow agent en daarin voorziet in een derdenbeding ten voordele van de gebruiker waarin een recht op afgifte van de broncode in bepaalde welomschreven gevallen wordt bedongen.<sup>7</sup> Het gevaar is echter dat deze constructie tot stand komt tussen deze twee partijen en het recht voor de derde, de gebruiker, vervalt indien de bewaargeving tussen hen vervalt. Dit kan opgelost worden door een diepartijenovereenkomst te sluiten. De leverancier en de gebruiker moeten daarin overeenkomen wat er in bewaring gegeven zal worden, wie de escrow agent is, wanneer het recht op toegang zal ontstaan, en of en hoe de escrow agent de broncode moet controleren.<sup>8</sup>

Indien men kiest voor een *source code escrow* zijn een aantal clausules onmisbaar, namelijk de clausules omtrent (i) de in bewaring te geven materialen, (ii) de actualisering van het depot, (iii) de persoon van de bewaarder, (iv) bijzondere verplichtingen van de bewaarder, (v) de objectief vaststelbare omstandigheden die leiden tot toegang voor de gebruiker, (vi) de eventuele wanprestatie van de leverancier die leidt tot toegang voor de gebruiker, (vii) rechten van de gebruiker na de toegang, (viii) prijs en betaling en (viii) termijn en beëindiging.<sup>9</sup> Deze zullen we hieronder kort behandelen.

## A. De in bewaring te geven materialen

Het is vanzelfsprekend dat men in eerste instantie moet afspreken wat er precies dient te worden gedeponereerd. Dat is ten eerste de broncode zelf. Maar daarnaast, zullen ook de volledige documentatie en hulpmiddelen die nodig zijn voor onderhoud en aanpassingen van de software moeten gedeponereerd worden. Er zullen doorgaans ook bepaalde tools nodig zijn om de software te kunnen gebruiken. Deze dienen eveneens gedeponereerd te worden of minstens in de lijst van materialen opgenomen te worden.<sup>10</sup>

## B. Actualisering van het depot

De gebruiker kan best nagaan dat de softwareversie die gedeponereerd werd, overeenstemt met de versie die hij gebruikt. Indien het niet gaat om de meest recente versie van de broncode zal deze onbruikbaar zijn voor de gebruiker omwille van het onderhoud (bv. updates) dat de leverancier doorvoert op zijn software. Dat betekent dat na enig onderhoud aan deze software, de gedeponereerde materialen ook moeten geactualiseerd worden. Het is wenselijk om de verplichtingen van de softwareleverancier hieromtrent zorgvuldig op te nemen in de overeenkomst. Er kan eveneens in de overeenkomst worden opgenomen dat de escrow agent nagaat of deze verplichtingen nageleefd worden en indien nodig, de partijen verwittigt van tekortkomingen. Het steeds opnieuw actualiseren van de gedeponereerde materialen zal onvermijdelijk kosten met zich meebrengen. Ook hierover maakt men best contractuele afspraken.<sup>11</sup>

---

<sup>5</sup> A. NAEYAERT, *I.c.*, *Jura Falconis* 1995-1996, 540.

<sup>6</sup> M. TAEYMANS en E. JACOBS, "Software escrowovereenkomst" in M. TAEYMANS en E. JACOBS (eds.), *IT-contracten*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 197.

<sup>7</sup> Art. 5.107 BW; M. TAEYMANS en E. JACOBS, *o.c.*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 198.

<sup>8</sup> M. TAEYMANS en E. JACOBS, *o.c.*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 198.

<sup>9</sup> M. TAEYMANS en E. JACOBS, *o.c.*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 199-204.

<sup>10</sup> M. TAEYMANS en E. JACOBS, *o.c.*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 199.

<sup>11</sup> M. TAEYMANS en E. JACOBS, *o.c.*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 199-200.

## C. De persoon van de bewaarder

De bewaarder van de broncode kan eenieder zijn die softwareleverancier en de gebruiker hiervoor geschikt achten. Buiten de hierboven vernoemde gespecialiseerde instellingen en bedrijven die zich hierover ontfemen, zogenaamde *escrow agents* kan men ook denken aan banken, advocaten, notarissen en accountants.<sup>12</sup>

Men dient te kiezen voor een onafhankelijke en onpartijdige persoon. Afhankelijk van de overeengekomen rol van de bewaarder, kan het ook nodig zijn dat deze over de juiste deskundigheid beschikt (bv. om de inhoud van de broncode te controleren). Ook ziet men er best op toe dat deze voldoende (financieel) betrouwbaar is. Indien de bewaarder failliet gaat, moet de curator de *source escrow agreement* niet respecteren en kan deze de bewaargeving beëindigen. In de overeenkomst kan men eventueel opnemen dat bij faillissement van de bewaarder de broncode bewaard zal worden door een andere door de leverancier en gebruiker aan te duiden bewaarder.<sup>13</sup>

## D. De objectief vaststelbare omstandigheden die leiden tot toegang voor de gebruiker

Men kan maar best de omstandigheden waarbij de gebruiker toegang krijgt tot de broncode zo nauwkeurig mogelijk omschrijven. Onduidelijkheid leidt tot vertraging en extra risico's voor de gebruiker. Het is niet de rol van de bewaarder om meningsverschillen tussen de partijen te beslechten. Het stopzetten van de bedrijfsactiviteit van de leverancier om welke reden dan ook, maakt een objectief vaststelbare omstandigheid uit die doorgaans voor weinig problemen zal zorgen.

Een mogelijke reden voor de stopzetting van de activiteiten van de leverancier is het faillissement. Bij een faillissement zal de curator zich echter vaak verzetten tegen het verzoek tot toegang van de gebruiker. De drager met de broncode zal als roerende zaak in de faillissementsboedel van de leverancier terecht kunnen komen. Het gaat dan om een vermogensobject dat verkocht kan worden ten voordele van alle schuldeisers. De curator kan de gedeponeerde materialen terugvorderen op basis van art. 1944 oud BW. Aan te raden is daarom om in de overeenkomst een beroep op 1944 oud BW uit te sluiten. Anderzijds, kan men hier ook aan tegemoet komen door de drager van de broncode in gewone eigendom maar exclusief de auteursrechten op de software, over te dragen aan de gebruiker onder een uitdrukkelijk ontbindend beding in het geval dat de broncode gebruikt wordt op een wijze die strijdig is met de overeenkomst. Het kan echter zijn dat de leverancier hier niet mee instemt omwille van de risico's die deze constructie voor hem meebrengt (bv. bij faillissement van de gebruiker). Een andere optie is om de eigendom volledig over te dragen aan de bewaarder, hetgeen enkel aan te raden is bij een volledig vertrouwen in deze bewaarder.<sup>14</sup>

## E. De wanprestatie van de leverancier die leidt tot toegang voor de gebruiker

Het tekortschieten van de leverancier in de uitvoering van de overeenkomst is minder gemakkelijk om objectief vast te stellen. Een mogelijke regeling die de partijen in de overeenkomst kunnen opnemen, bestaat erin dat bij een wanprestatie van de leverancier, de gebruiker een gemotiveerd verzoek tot toegang richt aan de bewaarder die dit doorzendt naar de leverancier. Deze krijgt dan een welbepaalde, korte periode om zich te verzetten tegen de toegang. Indien hij nalaat dit te doen, leidt dat dan tot de aflevering van de broncode. Bij

---

<sup>12</sup> M. TAEYMANS en E. JACOBS, o.c., Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 200.

<sup>13</sup> M. TAEYMANS en E. JACOBS, o.c., Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 200.

<sup>14</sup> M. TAEYMANS en E. JACOBS, o.c., Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 201-202.

onigheid over of de beweerde wanprestatie daadwerkelijk aanleiding geeft tot aflevering, kan men gebruik maken van arbitrage om tot een oplossing te komen.<sup>15</sup>

## F. Rechten van de gebruiker na de toegang

Naast de gevallen die leiden tot aflevering, is het ook primordiaal om contractueel te regelen welke gebruiksrechten de gebruiker verkrijgt na toegang te hebben verkregen tot de broncode. Een gangbare regeling betreft de toekenning aan de gebruiker van die gebruiksrechten die nodig zijn om alle handelingen te verrichten die de gebruiker in staat stellen zijn bedrijfsvoering verder te zetten bv. het recht tot het wijzigen, uitbreiden en verbeteren van de software, het recht om onderhoud en wijzigingen ook door derden te doen verrichten, het recht om gebruik van de software uit te breiden binnen de onderneming tot verschillende machines, locaties, toepassingen,...<sup>16</sup>

## G. Prijs en betaling

Doorgaans zal de bewaarder een vergoeding vragen voor diens diensten. In beginsel worden deze kosten door de gebruiker gedragen. Indien de leverancier de betaling aan de bewaarder doet, is het belangrijk dat de gebruiker erop toeziet dat dit effectief gebeurt. De afgifte van de broncode kan er immers van afhangen.<sup>17</sup>

## H. Termijn en beëindiging

De escrowovereenkomst zal veelal een afgeleide zijn van een licentie- of onderhoudsovereenkomst. Zo zal de looptijd van deze vaak worden gelijkgeschakeld. Nu wordt de escrowovereenkomst echter pas belangrijk bij het einde van die initiële overeenkomst. Het is daarom belangrijk om in beide contracten op te nemen dat het eindigen van de initiële overeenkomst geen invloed heeft op de escrowovereenkomst.<sup>18</sup>

# IV. Clean team

Een escrowagreement kan dus een oplossing zijn. Wat nu als de softwareleverancier hier niet mee instemt? Moet de gebruiker er zich dan bij neerleggen dat wanneer deze leverancier van de markt verdwijnt of een eventuele onderhoudsovereenkomst niet wil verderzetten en de aangekochte software onbruikbaar wordt?

Een mogelijke oplossing die de belangen van beide partijen kan verzoenen, bestaat erin te werken met een *clean team*. Dit concept vindt zijn oorsprong in het recht van fusies en overnames. De klant en tevens gebruiker van de software zou dan een zeer beperkte groep van werknemers (of andere vertrouwenspersonen) aanstellen die toegang krijgen tot de broncode met wie de leverancier welbepaalde regels afspreekt omtrent de omgang met de broncode. Men dient in dat geval goed na te denken over wie beide partijen in dat team (of juist niet) willen zien. Zo kan de softwareleverancier mogelijk erop staan dat enkel zij die het onderhoud op zich nemen, toegang krijgen. Primordiaal zijn de afspraken omtrent de omgang met de broncode die men kan opnemen in een geheimhoudings- en beveiligingsovereenkomst.

---

<sup>15</sup> M. TAEYMANS en E. JACOBS, *o.c.*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 202-203.

<sup>16</sup> M. TAEYMANS en E. JACOBS, *o.c.*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 203.

<sup>17</sup> M. TAEYMANS en E. JACOBS, *o.c.*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 203.

<sup>18</sup> M. TAEYMANS en E. JACOBS, *o.c.*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 203.

## V. Misbruik van een positie van economische afhankelijkheid

Indien de softwareleverancier elke mogelijke toegeving weigert, kan men zich als een laatste redmiddel mogelijks nog beroepen op artikel IV.2/1 van het Wetboek van Economisch Recht (WER), dat misbruik van een positie van economische afhankelijkheid verbiedt. Een positie van economische onafhankelijkheid betreft een “de positie van onderworpenheid van een onderneming ten aanzien van één of meerdere andere ondernemingen gekenmerkt door de afwezigheid van een redelijk equivalent alternatief, beschikbaar binnen een redelijke termijn, en onder redelijke voorwaarden en kosten, die deze of elk van deze ondernemingen toelaten om prestaties of voorwaarden op te leggen die niet kunnen verkregen worden in normale omstandigheden”.<sup>19</sup> Zo kan een gebruiker in het slechtste geval voor de Belgische rechter deze toegang proberen af te dwingen. Dergelijke weigering kan namelijk de mededinging op de markt beïnvloeden bijvoorbeeld wanneer het bedrijfskritische software betreft. Dit kan resulteren in een ongerechtvaardigde belemmering van de concurrentie, wat in strijd is met de doelstellingen van het mededingingsrecht. Het zal echter van de omstandigheden van het concrete geval afhangen of dit effectief het geval is.

## VI. A right to repair?

En wat indien je als gebruiker het recht reeds in eigen handen hebt genomen en je bent overgegaan tot de decompilatie van de objectcode om zo tot (iets gelijkaardigs aan) de broncode te komen?

De gebruiker van een computerprogramma kan, mits de nodige deskundigheid, zelf de objectcode van het programma omzetten in broncode teneinde kennis te nemen van de inhoud ervan.<sup>20</sup> Deze verrichting, “decompilatie” genoemd, bestaat in het reproduceren, uit de in de objectcode geschreven instructies voor de processor, van de functionele instructies van het programma. Het gaat dus om een soort *reverse engineering*.<sup>21</sup> Decompilatie maakt echter niet de reconstructie van de originele broncode van het computerprogramma mogelijk. Tijdens het compilatieproces gaat bepaalde informatie verloren, die weliswaar aanwezig is in de broncode maar niet essentieel is voor de werking van de computerprocessor. Bovendien kan dezelfde broncode na compilatie verschillende resultaten opleveren, afhankelijk van de instellingen van de compiler. Het resultaat van de decompilatie is zo een derde versie van het programma, vaak aangeduid als “quasi-broncode”.<sup>22</sup> Mag een gebruiker dit doen?

In eerste instantie dient opgemerkt dat computerprogramma’s beschermd zijn door het auteursrecht.<sup>23</sup> Het decompileren van een computerprogramma lijkt daarom in eerste opzicht niet toegelaten.<sup>24</sup>

Artikel XI.299 WER stelt echter:

*“Tenzij bij overeenkomst uitdrukkelijk anders is bepaald, is voor de in artikel XI.298, a) en b), genoemde handelingen (i.e. de permanente of tijdelijke reproductie van een deel of het geheel van een*

---

<sup>19</sup> Art. I.6 WER.

<sup>20</sup> HvJ 6 oktober 2021, nr. C-13/20, ECLI:EU:C:2021:811, Top System, conclusie M. SZPUNAR, §40.

<sup>21</sup> HvJ 6 oktober 2021, nr. C-13/20, ECLI:EU:C:2021:811, Top System, conclusie M. SZPUNAR, §40.

<sup>22</sup> HvJ 6 oktober 2021, nr. C-13/20, ECLI:EU:C:2021:811, Top System, conclusie M. SZPUNAR, §41.

<sup>23</sup> Art. XI.294 WER.

<sup>24</sup> Art. XI.298 WER.

computerprogramma, ongeacht op welke wijze en in welke vorm en het vertalen, bewerken, arrangeren of anderszins veranderen van een programma, en de reproductie van het resultaat daarvan), *geen toestemming van de rechthebbende vereist wanneer deze handelingen voor de rechtmatige gebruiker noodzakelijk zijn om het computerprogramma te kunnen gebruiken voor het beoogde doel, met inbegrip van het verbeteren van fouten.*"

Betekent dit dat decompilatie kan toegelaten zijn? In een recent arrest van 2021 heeft het Europees Hof van Justitie zich over een Belgische zaak gebogen over de vraag of een gebruiker een op maat gemaakte softwareprogramma mag *reverse engineeren* om een aantal gebreken in de software zelf te corrigeren.<sup>25</sup> De softwareleverancier vocht deze decompilatie aan als zijnde een inbreuk op zijn auteursrechten en vorderde een schadevergoeding. Omdat de auteursrechten op software de gebruikersvrijheid erg beperkt, voorziet de Europese wetgeving in een uitzondering voor "normaal gebruik", voor back-up en voor studie, en een interoperabiliteitsuitzondering.<sup>26</sup>

In deze zaak vroeg het Hof van Beroep te Brussel aan het Hof van Justitie in welke mate software "gedecompileerd" mag worden om het normale gebruik, inbegrepen de herstelling van fouten, van de software mogelijk te maken. De interoperabiliteitsuitzondering is de enige uitzondering waarin de Europese wetgever uitdrukkelijk voorziet in de toelating de code te decompileren maar dat alleen met het doel om informatie te achterhalen die nodig is om de interoperabiliteit tot stand te brengen.<sup>27</sup> De vraag is daarom: zou men kunnen stellen dat het decompileren om fouten te verbeteren is toegelaten onder de uitzondering voor "normaal gebruik"? Het Hof stelt dat het decompileren onder de gebruiksuitzondering kan vallen, ook al verwijst artikel 5 van de betrokken Richtlijn 2009/24 (in tegenstelling tot artikel 6) niet uitdrukkelijk naar "compilatie".<sup>28</sup> Het Hof vindt dat de doeltreffendheid van de uitzondering voor normaal gebruik ernstig beperkt zou worden, indien de software niet gedecompileerd mag worden om fouten te corrigeren.<sup>29</sup> Belangrijk is wel dat de voorwaarden van artikel 5(1) van de richtlijn worden nageleefd. Dit betekent dat de handelingen "noodzakelijk" moeten zijn om een fout te herstellen zodat de software voor het beoogde doel gebruikt kan worden. Dit geldt niet om de software bruikbaar te maken voor andere doeleinden.<sup>30</sup> Deze noodzakelijkheidsvoorwaarde wordt op drie manieren ingevuld. Ten eerste mag de software enkel gedecompileerd worden indien deze niet contractueel of wettelijk beschikbaar is gemaakt aan de gebruiker in kwestie.<sup>31</sup> Indien dit wel het geval is, wordt de decompilatie immers niet "noodzakelijk" geacht. Desondanks stelt het Hof uitdrukkelijk dat "*partijen niet elke mogelijkheid om dergelijke fouten te verbeteren bij overeenkomst mogen uitsluiten*".<sup>32</sup> Partijen zijn daarentegen wel vrij om bij overeenkomst te regelen hoe die "mogelijkheid" uitgeoefend kan worden. Het correctieve onderhoud kan zo bijvoorbeeld aan de auteursrechthebbende worden toevertrouwd.<sup>33</sup> Ten tweede dient de "noodzaak" om een programma te decompileren beperkt door het doel. Het moet gaan om het corrigeren van een fout in de software. Volgens het Hof is er sprake van een "fout" wanneer een programma niet naar behoren functioneert en dit afbreuk doet aan de mogelijkheid om het programma te gebruiken voor het beoogde doel.<sup>34</sup> De fout hoeft dus niet zo ernstig te zijn dat het gebruik onmogelijk is. Echter, het verbeteren of verhelpen van veroudering van het

---

<sup>25</sup> HvJ 6 oktober 2021, nr. C-13/20, ECLI:EU:C:2021:811, Top System; S. DEPREEUW en J. BUSSE, "Top system-arrest: richting "right to repair" voor software?", *Computerr.* (NL) 2021, afl. 6, 535-538.

<sup>26</sup> Artikelen 4-6 van Europese Richtlijn 2009/24/EG.

<sup>27</sup> S. DEPREEUW en J. BUSSE, "Top system-arrest: richting "right to repair" voor software?", *Computerr.* (NL) 2021, afl. 6, 536.

<sup>28</sup> S. DEPREEUW en J. BUSSE, *I.c.*, *Computerr.* (NL) 2021, afl. 6, 536.

<sup>29</sup> S. DEPREEUW en J. BUSSE, *I.c.*, *Computerr.* (NL) 2021, afl. 6, 536-537.

<sup>30</sup> S. DEPREEUW en J. BUSSE, *I.c.*, *Computerr.* (NL) 2021, afl. 6, 537.

<sup>31</sup> S. DEPREEUW en J. BUSSE, *I.c.*, *Computerr.* (NL) 2021, afl. 6, 537.

<sup>32</sup> HvJ 6 oktober 2021, nr. C-13/20, ECLI:EU:C:2021:811, Top System, §66.

<sup>33</sup> S. DEPREEUW en J. BUSSE, *I.c.*, *Computerr.* (NL) 2021, afl. 6, 537.

<sup>34</sup> S. DEPREEUW en J. BUSSE, *I.c.*, *Computerr.* (NL) 2021, afl. 6, 537.

programma zullen wellicht niet kwalificeren.<sup>35</sup> Dit onderscheid valt min of meer samen met het onderscheid dat vaak in software contracten gemaakt wordt tussen “*corrective*”, “*adaptive*”, en “*perfective*” *maintenance*. Enkel “*corrective*” onderhoud kan onder deze uitzondering vallen.<sup>36</sup> En tenslotte is een gebruiker via de noodzakelijkheidsvereiste ook beperkt in wat hij kan doen met het resultaat van de decompilatie. Het resultaat van de decompilatie, namelijk de quasi-broncode, zal oorspronkelijke elementen van het beschermde computerprogramma bevatten. De productie en distributie van deze quasi-broncode zal dus eveneens onder de controle van de auteursrechthebbende vallen. Daarenboven zal de distributie ook niet noodzakelijk zijn voor het gebruik van de software voor het beoogde doel.<sup>37</sup>

Belangrijk is om voor ogen te houden dat het hier niet gaat om een recht voor de gebruiker om de objectcode van een computerprogramma te decompileren. Er is enkel een mogelijkheid wanneer er niets is voorzien in de wet of overeenkomst en de decompilatie nodig is om fouten te herstellen die normaal gebruik van de software verhinderen.<sup>38</sup>

## VII. Conclusie

Toegang tot broncodes vormt een cruciaal aspect in de relatie tussen softwareleveranciers en gebruikers, vooral in scenario's waarbij de leverancier niet langer operationeel is. Het 'hold-up' probleem ontstaat wanneer gebruikers, bijv. na het faillissement van een leverancier, geen toegang hebben tot de broncode en daardoor geconfronteerd worden met een onbruikbaar geworden softwareprogramma. Verschillende oplossingen en strategieën worden besproken om dit probleem aan te pakken.

Een *source code escrow agreement* emergeert als een potentiële oplossing. Dit contract tussen de leverancier, gebruiker en een derde partij waarborgt dat de gebruiker toegang krijgt tot de broncode onder specifieke voorwaarden, zoals het faillissement van de leverancier. Deze overeenkomst biedt zowel bescherming voor de leverancier als zekerheid voor de gebruiker.

Een alternatieve benadering omvat het gebruik van een *clean team*, waarbij een beperkte groep werknemers of aangestelden van de gebruiker toegang krijgt tot de broncode onder strikte regels.

Wanneer de softwareleverancier niet wil meewerken, kan een beroep op artikel IV.2/1 WER, dat het misbruik van een positie van economische afhankelijkheid verbiedt, mogelijksoelaas bieden.

Tot slot benadrukt een recent arrest van het Europees Hof van Justitie dat decompilatie van software onder bepaalde omstandigheden is toegestaan voor het corrigeren van fouten die normaal gebruik van de software verhinderen. Dit biedt gebruikers een “right to repair”, zij het onder strikte voorwaarden.

In deze complexe dynamiek van intellectuele eigendom en gebruikersbelangen is het van essentieel belang dat partijen doordachte overeenkomsten sluiten en oplossingen implementeren die de belangen van zowel leveranciers als gebruikers dienen.

Sofie Thijssen en Christophe Ronse – advocaten ALTIUS

---

<sup>35</sup> S. DEPREEUW en J. BUSSE, *I.c.*, *Computerr.* (NL) 2021, afl. 6, 537.

<sup>36</sup> S. DEPREEUW en J. BUSSE, *I.c.*, *Computerr.* (NL) 2021, afl. 6, 537.

<sup>37</sup> S. DEPREEUW en J. BUSSE, *I.c.*, *Computerr.* (NL) 2021, afl. 6, 537.

<sup>38</sup> S. DEPREEUW en J. BUSSE, *I.c.*, *Computerr.* (NL) 2021, afl. 6, 537.