

Uitputting van auteursrecht op software in de praktijk¹

Reinout Rinzema en
Eva Visser
Mr. W.F.R. Rinzema en mr.
E.N.M. Visser zijn advoca-
ten te Amsterdam.

Het is eigenlijk verbazingwekkend: al sinds de jaren zestig zijn wij bekend met het fenomeen 'software', inmiddels zijn we zelfs een Europese richtlijn verder en nog steeds wordt geworsteld met vragen over software en uitputting. Waar blijft al die jurisprudentie over uitputting of beter gezegd, waarom is ze er niet? Vormt uitputting in de rechtspraktijk eigenlijk *geen* probleem?

Wij denken dat dat laatste gezegd kan worden en wel omdat de praktijk leert dat het kennelijk niet interessant genoeg is om 'tweedehandsssoftware' aan te schaffen.

Dát er voldoende aanbod van tweedehands software is blijkt wel uit het aanbod op vele websites, waaronder www.marktplaats.nl. De waarde van tweedehands software is echter om een aantal redenen beperkt. In de eerste plaats veroudert software snel; een economische levensduur van drie jaar is lang. In de tweede plaats wordt veel software in combinatie met hardware verkocht; vooral de consument heeft daardoor geen belang bij tweedehands software want hij krijgt die 'toch al'. In de derde plaats is voor gebruik van veel software een onderhoudscontract onontbeerlijk. Dit onderhoudscontract waarborgt dat fouten in de software worden hersteld en nieuwe versies van de programmatuur beschikbaar komen. De gebruiker dient rechtstreeks een relatie met de softwareleverancier aan te gaan; de herkomst van de software wordt daardoor zichtbaar. Vooral voor ondernemingen is software bedrijfskritisch, de ondernemer wil dus geen lastige discussies over de herkomst van software of zelfs geschillen daarover. De onderhoudsovereenkomsten bepalen in de regel dat de afnemer verplicht is nieuwe updates van de software te installeren, omdat anders de onderhoudsverplichting van de softwareleverancier vervalt. Aan het wettelijke recht zelf fouten te herstellen (art. 45j Aw) heeft men dan niet veel zolang er geen toegang tot broncodes bestaat en dat is vaak zo. In een

aantal gevallen rekt een softwareleverancier een gecombineerde licentie-/onderhoudsvergoeding, tweedehands software biedt dan in het geheel geen voordelen.

Natuurlijk is er de Business Software Alliance (www.bsa.org) die 'organisaties helpt bij het voorkomen van problemen op het gebied van softwarelicenties' en die tegen illegaal gebruik van software optreedt. De BSA benadrukt in een persbericht van 23 mei 2006 dat 30 procent van de gebruikte software in Nederland illegaal is.² Onze ervaring is dat grotere bedrijven vaak onbewust de software illegaal gebruiken en bereid zijn het aantal licenties in orde te maken. Daarnaast zijn er natuurlijk altijd echte piraten. Maar ook dit levert voor de rechtswetenschap weinig nieuwe informatie omtrent software en uitputting op. Het traceren van illegale software bij consumenten is kennelijk ook niet interessant genoeg om er een grootschalige opsporingsactiviteit van te maken.

Een situatie waarin uitputting een rol kan spelen is de aanschaf van software uit een failliete boedel. Een curator zal immers proberen zoveel mogelijk goederen in geld om te zetten. In de zaak tussen 1st Flight Training en VSF International Aviation Consultancy kreeg de koper, die de software op zijn beurt verhuurde, een tik op de vingers. Het gerechtshof Den Haag oordeelde dat niet bewezen was dat de curatoren de betrokken licentie hadden verkocht en bepaalde dat de levering van een auteursrechtelijke licentie bovendien bij akte dient te geschieden.³ Een beroep door de kopers op de uitputting van het auteursrecht kon hen niet baten, aangezien uitputting niet meebrengt dat het hen vrijstond de software te verhuren. Op grond van artikel 45h Aw blijft de verhuur van door of met toestemming van de rechthebbende in het verkeer gebrachte software aan de toestemming van de rechthebbende onderworpen.

In de zaak *Vie d'Or*⁴ die bij het gerechtshof Arnhem speel-

1 Reactie op: E.D.C. Neppelenbroek, *Software: De auteur, de verkrijger en derden*, AMI 2006/4, p. 109-118.

2 www.bsa.org/netherlands/press/newsreleases/2006-Global-Piracy-Study.cfm.

3 Hof 's-Gravenhage 20 november 2003, *Computerrecht* 2004/22. De curatoren zouden overigens niet bereid zijn geweest om (schriftelijk) te verklaren dat zij de softwarelicentie hadden verkocht en geleverd.

4 Hof Arnhem 29 januari 2002, LJN AD9115.

de liep het voor de derde beter af. Het hof oordeelde dat, hoewel er geen precieze afspraken tussen partijen waren gemaakt over de rechten en plichten met betrekking tot de software, de auteursrechthebbende het gebruiksrecht niet eenzijdig kon opzeggen. De uitputtingsleer gaf hierbij de doorslag.

Een ander voorbeeld dat verband houdt met de 'handel' in tweedehandssoftware betreft weliswaar niet de aanschaf van de software, maar de aanschaf van losse echtheidscertificaten (COA's)⁵ die via het internet worden verkocht en welke behoren bij zogeheten OEM-software⁶ van bijvoorbeeld Microsoft. In dat geval beschikt men reeds over de hardware en veelal illegaal gekopieerde software, maar er ontbreekt een echtheidscertificaat dat zou moeten garanderen dat het desbetreffende softwareproduct afkomstig is van de softwareleverancier die de hardware tezamen met de software op de markt heeft gebracht. In de zaak tussen Microsoft en License Express⁷ oordeelde de voorzieningenrechter dat de losse verkoop van certificaten de handel in illegale software faciliteert, aangezien het met een COA mogelijk wordt gemaakt om ongeautoriseerde kopieën te laten doorgaan voor legale software afkomstig van de oorspronkelijke softwareleverancier. Een beroep op uitputting kon License Express niet baten, nu het oorspronkelijke product, zoals dat door Microsoft in het verkeer was gebracht, door License Express was veranderd.

Vanuit de praktijk bezien lijkt de rol van uitputting bij software dus vrij beperkt. De onduidelijkheid hierover valt te betreuren, maar kennelijk vindt men zijn weg.

Naschrift

E.D.C. Neppelenbroek

Uit de reactie op mijn artikel blijkt dat 'de praktijk' niet echt wakker ligt van het onderwerp uitputting en software. Terecht wordt door Rinzema en Visser onder meer naar voren gebracht dat de beperkte economische gebruiksduur van softwareproducten en de vaak bestaande noodzaak om software te onderhouden het praktische belang van de uitputtingsregel voor software relativeert. Aan deze relativeeringen zouden de ontwikkelingen op het gebied van *open source software* en *application service providers* (ASP's) kunnen worden toegevoegd.

Welnu, naar mijn inschatting blijft er voorlopig wel enig praktisch belang bestaan voor de toepassing van de uitput-

tingsregel.¹ Curatoren in faillissement, partijen bij bedrijfs-overdracht, consumenten die de beschikking hebben over OEM-software: zij zullen zich allen onder omstandigheden kunnen afvragen of ze de softwarelicenties mogen overdragen en wat de positie van de verkrijgende derde dan wordt. Ondanks de noten die worden gekraakt lees ik in het stuk van Rinzema en Visser geen uitdrukkelijk bezwaar tegen de benadering die ik voorsta.

Men kan natuurlijk stellen dat een ingewikkeld artikel omtrent een voor de praktijk niet zo heel belangrijk onderwerp dus ook weinig interessant is. Waarom toch al die handboeken erop nageslagen?

In de eerste plaats is het interessant om de vermogensrechtelijke positie van de verkrijger van software in beeld te krijgen, zeker nu de meningen daaromtrent in binnen- en buitenland zo vast lijken te zitten. Een coherente beschrijving van de opvattingen kan verheldering brengen, een rechtswetenschappelijk belang.

Ten tweede is de opvatting die men verdedigt over de vermogensrechtelijke positie van de verkrijger van software niet alleen van belang voor de vraag naar de reikwijdte van de uitputtingsregel. Of men de verkrijger van software alleen als een eigenaar van exemplaar ziet of juist als een licentienemer, is bijvoorbeeld ook van belang voor de kwalificatie van de overeenkomst voor de aanschaf van software; het nut en de wenselijke inrichting van *source code escrow*; de vraag wat er gebeurt als ik als gebruiker 'mijn' software verpand en wat mijn positie is als gebruiker als de auteursrechthebbende failliet gaat. Zolang er geen helder beeld bestaat welke invloed het auteursrecht heeft op de positie van de verkrijger van software en derden, zullen de discussies over bovengenoemde onderwerpen – in binnen- en buitenland – ook vanuit de loopgraven worden gevoerd. Met een analyse van de verschillende opvattingen omtrent art. 4 en 5 van de Softwarerichtlijn heeft men tegelijk de bron van veel rechtsonzekerheid te pakken.

In de derde plaats zijn er meer digitale informatieproducten dan alleen software. Onvermijdelijk zal voor databanken, multimediateproducten en dergelijke de vraag opkomen hoe het auteursrecht de vermogensrechtelijke positie van een verkrijger van een exemplaar beïnvloedt. Aan de hand van de softwarediscussie kan men dan laten zien welke posities zoal denkbaar zijn.

Aan de verheldering van deze thematiek, die wellicht wat theoretisch is, maar indirect juist ook voor de praktijk van belang kan zijn, heb ik beoogd een bijdrage te leveren.

5 Afkorting voor Certificate of Authenticity.

6 Afkorting voor Original Equipment Manufacturers.

7 Vzr. Rb. Haarlem 19 september 2003, IER 2004/6. Een vergelijkbare uitspraak is gedaan op 5 april 2006 in de zaak tussen Microsoft en Stocks, Castania (Rb. Haarlem, LJN AV9107, 109822/HA ZA 05-161).

1 Elders is juist de constatering gedaan dat de tweedehandshandel in software steeds belangrijker wordt. Zie S. Schuppert & C. Greissing, 'Gebrauchthandel mit Softwarelizenzen', *Computer und Recht* 2005/2, p. 81-86.