



NJB

NEDERLANDS JURISTENBLAD

*USED*SOFT vs *ORACLE*: RAVAGE IN HET GOEDERENRECHT

- De lokale verzorgingsstaat:
uitdagingen voor de sociale
rechtsstaat

P. 2674-2743 JAARGANG 87 2 NOVEMBER 2012

38



Kluwer

a Wolters Kluwer business

10182758

Twee voor de prijs van één

Een markt voor tweedehands software licenties en een nieuw Europees eigendomsrecht op 'bits & bytes'

Dick van Engelen¹

Met het arrest *UsedSoft vs. Oracle* van 3 juli 2012² heeft het Hof van Justitie de handel in tweedehands software licenties mogelijk gemaakt. Het Hof leert dat de voor het vrij verkeer van goederen noodzakelijke uitputting van IE-rechten niet beperkt is tot de verkoop van lichamelijke zaken, maar ook geldt bij de verkoop van een onlichamelijke zaak als een kopie van een computerprogramma. Om het doel van een Europees vrije verkeer van goederen mogelijk te maken gebruikt het Hof van Justitie echter wel een inventief middel: de onthulling van een autonoom uit te leggen Europees eigendomsrecht op 'bits & bytes'. Dit middel mag dan geheiligd zijn om het Europese doel van een functionerende binnenmarkt voor tweedehands software mogelijk te maken, maar het Hof van Justitie manifesteert zich zo wel als een olifant in de goederenrechtelijke porseleinkast van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek. Alle reden dus om de 'ravage' in ogenschouw te nemen en stil te staan bij de vraag wat dit voor de Nederlandse rechtspraktijk betekent.

Inleiding - Vrij verkeer van goederen

Het vrij verkeer van goederen is een van de pijlers van de interne Europese markt en heeft aan de wieg gestaan van een indrukwekkende reeks arresten van het Hof van Justitie. Die reeks voert langs illustere mijlpalen als *Grundig vs. Consten* (1966),³ *Deutsche Grammophon Gesellschaft vs. Metro* (1971),⁴ *Silhouette vs. Hartlauer* (1998)⁵ en *Davidoff* (2001)⁶ tot een inmiddels 'in beton gestorte' Europese leer. Die houdt in dat de rechthebbende op een intellectueel eigendomsrecht ('IE-recht') de verdere verhandeling van producten die met zijn toestemming binnen Europa – de Europese Unie ('EU') en de Europese Economische Ruimte ('EER') – in het verkeer zijn gebracht niet met een beroep op zijn IE-rechten kan blokkeren. Zijn IE-recht is dan uitgeput, zodat de verdere verhandeling van die producten binnen Europa geen inbreuk op zijn IE-rechten kan opleveren. Het resultaat daarvan is dat Levi's- en G-Star-spijkerbroeken of Diesel- en Converse-schoenen binnen Europa vrijelijk parallel geïmporteerd kunnen worden op voorwaarde dat aangetoond wordt dat die producten met toestemming van de IE-rechthebbende binnen Europa in het verkeer zijn gebracht.

Dit vrij verkeer van goederen is een onmisbaar instrument voor het kunnen laten functioneren van de Europese binnenmarkt. Het belangrijkste doel daarvan is dat het laagste prijspeil voor de gemiddelde Europese consument binnen handbereik kan komen door een zo veel mogelijk ongehinderde distributie van producten binnen die Europese markt. Zonder vrij verkeer van goederen en uitputting van IE-rechten is marktwerking eenvoudigweg onbestaanbaar.

UsedSoft vs. Oracle: de casus

In *UsedSoft vs. Oracle* kwam de vraag aan de orde of deze gevestigde jurisprudentie, waarbij steeds de verhandeling van lichamelijke zaken aan de orde was, ook van toepassing is op de verhandeling van software.

De zaak zag op databanksoftware van Oracle, die in 85% van de gevallen gedistribueerd wordt via downloaden van internet in plaats van levering op een cd-rom of dvd. Het juridisch instrumentarium dat Oracle daarbij gebruikte was dat de klant op grond van een licentie een gebruiksrecht heeft, waaronder het recht de software duurzaam op een server op te slaan en een bepaald aantal gebruikers toegang te verlenen. Het arrest leert dat de licentieovereenkomst expliciet bepaalde dat het gebruiksrecht voor onbepaalde tijd verleend werd en niet overdraagbaar was (onder 23). *UsedSoft* koopt van klanten van Oracle dergelijke gebruikslicenties en biedt die aan derden aan. Wanneer die derden, die een gebruikslicentie van *UsedSoft* kopen, nog niet over het computerprogramma beschikken downloaden zij het programma – na aankoop van de gebruikte licentie – rechtstreeks van de site van Oracle.

Zonder vrij verkeer van goederen en uitputting van IE-rechten is marktwerking eenvoudigweg onbestaanbaar

De prejudiciële vragen

Het Bundesgerichtshof oordeelde dat de handelingen van UsedSoft en haar klanten inbreuk maken op het exclusieve recht van Oracle op permanente of tijdelijke reproductie van de computerprogramma's in de zin van art. 4(1)(a) van de Software Richtlijn (2009/24). Art. 5(1) Software Richtlijn bepaalt echter – kort gezegd – dat de 'rechtmatige verkrijger' van een programma voor de reproductie conform art. 4(1)(a) van het programma géén toestemming van de rechthebbende nodig heeft, wanneer die reproductie noodzakelijk is om het computerprogramma te kunnen gebruiken.

Daardoor rees de vraag of UsedSoft c.q. haar klanten als 'rechtmatig verkrijger' van het programma kunnen gelden, ondanks dat zij zich niet kunnen beroepen op een rechtsgeldig aan hen overgedragen recht van Oracle om het computerprogramma's te reproduceren, nu de licentieovereenkomsten bepalen dat de gebruiksrechten 'niet overdraagbaar' zijn.

Indien sprake is van een 'rechtmatige verkrijger', rijst volgens het Bundesgerichtshof als tweede de vraag of de uitputtingsbepaling van art. 4(2) van de Software Richtlijn van toepassing is. Die luidt: 'de eerste verkoop in de Gemeenschap van een kopie van een programma door de rechthebbende of met diens toestemming leidt tot verval van het 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 verhuuren van het programma of een kopie daarvan.'

Antwoord Hof van Justitie

Het Hof van Justitie ging als eerste op deze tweede vraag in, die er volgens het Hof op neerkwam of het downloaden van internet van een kopie van een computerprogramma met toestemming van de auteursrechthebbende kan leiden tot verval van het distributierecht voor die kopie. Het Hof beantwoordt die vraag – kort gezegd – bevestigend (onder 72) en leert dat het auteursrecht is uitgeput wanneer de auteursrechthebbende kopieën van een computerprogramma tegen betaling van een economisch reële vergoeding voor onbepaalde tijd ter beschikking stelt aan gebruikers. Door die uitputting van dat auteursrecht is in dat geval de handel in tweedehands software licenties mogelijk, wat zelfs kan inhouden dat een koper die géén kopie van het programma heeft, die kopie alsnog mag downloaden van de website.

Dat eindoordeel heeft uiteraard vergaande consequenties en is van groot belang voor het ontwikkelen van een markt voor tweedehands software. Minstens zo belangwekkend is wat het Hof onder 35 t/m 71 van het arrest zoal aan vermogensrechtelijke beschouwingen ten beste geeft. Daarmee zet het Hof in ieder geval het Nederlandse vermogensrechtelijke kaartenhuis, zoals dat bijvoorbeeld in boek 3 en boek 5 BW is verankerd, danig op zijn kop. *Drion* vat

het arrest bondig samen met de opmerking dat het Hof 'in een klap de markt voor tweedehands software heeft opengebroken, zonder daarbij de heilige huisjes van de contractsvrijheid, de eigendom en het eigen karakter van de licentieovereenkomst te sparen.'⁷ Bij de wijze waarop het Hof van Justitie het heilige huisje van het eigendomsrecht onder handen neemt, sta ik hier nader stil.

Definitie van verkoop

Het Hof stelt voorop (onder 36) dat voor uitputting conform art. 4(2) van de Software Richtlijn noodzakelijk is dat sprake is van 'eerste verkoop in de Gemeenschap van een kopie van een programma.' Daarmee rijst de vraag of de contractuele relatie tussen Oracle en haar klant in het kader waarvan een kopie van het betrokken computerprogramma wordt gedownload kan worden aangemerkt als 'eerste verkoop van een kopie van een programma' (onder 38).

Het Hof introduceert in het arrest per saldo een nieuw – sui generis – eigendomsrecht op onlichamelijk zaken

Het Hof signaleert dat een eenvormige toepassing van het Unierecht en het gelijkheidsbeginsel vereisen dat dit begrip 'verkoop' niet conform nationaal recht van de lidstaten moet worden uitgelegd, maar autonoom en uniform voor de gehele Unie. Kortom, 'verkoop' in de zin van de Software Richtlijn is een zaak van Europees recht en niet van art. 7:1 BW.

Het Hof komt dan (onder 42) met wat het 'een algemeen aanvaarde definitie' van 'verkoop' noemt: 'een overeenkomst waarbij een persoon tegen betaling van een prijs zijn eigendomsrechten op een hem toebehorende lichamelijke of onlichamelijke zaak aan een ander overdraagt.' Uit deze definitie volgt volgens het Hof dat de handelstransactie die conform art. 4(2) van de Software Richtlijn tot uitputting van het distributierecht voor een kopie van een computerprogramma leidt 'impliceert dat het eigendomsrecht op die kopie is overgedragen.' Wat het Hof hier als een algemeen aanvaarde definitie poneert, leidt vanuit een Nederlands rechtelijk perspectief echter al direct tot een aantal prangende vermogensrechtelijke vragen en observaties.

De belangrijkste observatie is wat mij betreft dat het Hof in het arrest, zonder dat uitdrukkelijk aan te geven, per

Auteur

1. Prof. Dr. Th.C.J.A. van Engelen is hoogleraar Industriële Eigendom bij het CIER/Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht en advocaat bij Ventoux Advocaten te Utrecht.

Noten

2. HvJEU 3 juli 2012, C-128/11, *UsedSoft vs. Oracle*, (IEPT20120703).
3. HvJEU 13 juli 1966, gevoegde zaken 56-64 en 58-64, *Grundig vs. Consten* (IEPT19660713).

4. HvJEU 8 juni 1971, zaak 78-70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft vs. Metro* (IEPT19710608).
5. HvJEU 16 juli 1988, C-355/96, *Silhouette vs. Hartlauer* (IEPT19980716).
6. HvJEU 20 november 2001, gevoegde

zaken C-414/99 t/m C-416-99, *Davidoff* (IEPT20011120).
7. Drion, 'Tweedehands software', *NJB* 2012/2113, afl. 30.



saldo een nieuw – *sui generis* – eigendomsrecht op onlichamelijk zaken introduceert. Dat nieuwe eigendomsrecht op ‘bits & bytes’ dient bovendien – in het verlengde van wat het Hof over het begrip ‘verkoop’ stelt – ook te worden aangemerkt als een autonoom Europeesrechtelijk begrip dat in de gehele Unie uniform moet worden uitgelegd. Een pan-Europees eigendomsrecht is echter een goederenrechtelijk novum, aangezien de Europese harmonisatie van het goederenrecht nog niet eens in de kinderschoenen staat. De praktijk van alle dag en de noodzaak om te moeten beslissen over de mogelijkheid van uitputting van auteursrecht op software dwong het Hof hier echter tot deze revolutionaire stap, zoals hierna uiteengezet.

Eigendomsrecht op een onlichamelijke zaak?

Het Hof gaat er hier van uit – en bevestigt dat vervolgens ook in het arrest – dat sprake kan zijn van een eigendomsrecht op een onlichamelijke zaak.

Daarmee blijft de Nederlandse rechtspraktijk al enigszins ontredderd achter, aangezien eigendom van een onlichamelijke zaak binnen het stramen van art. 5:1 BW en art. 3:2 BW een *contradictio in terminis* – oftewel onmogelijk – is. ‘Eigendom’ ziet ingevolge de omschrijving van art. 5:1 BW immers alleen op ‘zaken’ en ‘zaken’ worden

in art. 3:2 BW gedefinieerd als ‘voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten.’ Kortom, binnen de kaders van Boek 3 BW en Boek 5 BW is eigendom van een onlichamelijke zaak eenvoudigweg niet mogelijk.⁸

Men kan de situatie ook niet redden door te denken dat het Hof dan misschien doelt op ‘intellectuele eigendom’ op een ‘onlichamelijke zaak’, aangezien bij de door het Hof bedoelde vragen van uitputting van auteursrecht juist niet de vraag speelt of de auteursrechten van Oracle wellicht geheel of gedeeltelijk zijn overgedragen. Er is mogelijk sprake van eventuele overdrachten van op die intellectuele eigendomsrechten gebaseerde obligatoire gebruiksrechten. Daarnaast speelt de vraag van overdracht van een onlichamelijke zaak in de zin van exemplaren c.q. kopieën van het computerprogramma (‘bits & bytes’), maar daar is overdracht van intellectuele eigendomsrechten ook niet aan de orde. Het auteursrecht geeft weliswaar een exclusief recht op de handelingen van het maken van kopieën van een computerprogramma – het reproductierecht van art. 4(1)(a) van de Softwarerichtlijn – maar dat resulteert vervolgens niet in een – al dan niet intellectueel – eigendomsrecht van de auteursrechthebbende op een eventueel inbreuk makend vervaardigde kopie.

Wat dacht u van de tentamenvraag of een recht van vruchtgebruik op een kopie van een computerprogramma gevestigd kan worden?

Het Hof van Justitie zadelt de Nederlandse rechtspraktijk dus op met een eigendomsrecht op onlichamelijke zaken, waarvoor (nog) geen plaats is ingeruimd binnen het Nederlandse vermogensrecht. De vraag hoe naar Nederlands vermogensrecht met dit nieuwbakken eigendomsrecht op onlichamelijke zaken kan worden omgegaan wordt nog lastiger te beantwoorden als we ons realiseren dat het in de Nederlandse doctrine een breed gedragen opvatting is dat in ieder geval het klassieke zakenrecht een gesloten systeem vormt.⁹ 'Naar de heersende leer kunnen geen absolute rechten buiten de wet ontstaan', aldus Van der Steur.¹⁰ Nu valt er op die heersende leer wel wat af te dingen, vooral waar het de toepassing op het gebied van de intellectuele eigendom betreft,¹¹ maar op het terrein van het klassieke vermogensrecht is deze leer inderdaad redelijk onomstreden.

Het *UsedSoft*-arrest leert dat het met deze heersende leer inzake de *numerus clausus* van absolute rechten ook op het gebied van de klassieke vermogensrechten gedaan lijkt te zijn en dat het Nederlands goederenrecht naast het reguliere eigendomsrecht op stoffelijke objecten van art. 5:1 BW ook onderdak zal moeten gaan bieden aan een eigendomsrecht op onlichamelijke zaken. Het Hof van Justitie dwingt de Nederlandse rechtswetenschap zo civielrechtelijke vragen te gaan beantwoorden, waarop het antwoord niet spontaan duidelijk is. Wat dacht u van de tentamenvraag of een recht van vruchtgebruik of een pandrecht op een dergelijke onlichamelijke zaak – een kopie van een computerprogramma – gevestigd kan worden? Daarop kom ik hierna terug.

Recente ontwikkeling in jurisprudentie Hoge Raad

Bij al deze ontstentenis over wat het Europese Hof van Justitie op deze wijze vermogensrechtelijk zoal overhoop haalt past overigens wel enige relativering. De recente jurisprudentie van onze eigen Hoge Raad, zowel in strafzaken als in civiele zaken, laat zien dat de juridische kwalificatie van onlichamelijke zaken – zoals 'bits en bytes' – en de daarop betrekking hebbende overeenkomsten een dynamisch terrein is waar het recht volop in ontwikkeling is.

Zo ziet de strafkamer van de Hoge Raad er geen probleem in om diefstal of verduistering van een 'telecom credit', belminuten en virtuele goederen mogelijk te achten.¹² Daarbij overwoog de Hoge Raad dat de virtuele aard van uit 'bits en bytes' bestaande objecten – een amulet en een masker in het online spel Runescape – kunnen worden aangemerkt als 'goed' in de zin van art. 310 Sr, zodat deze goederen vatbaar zijn voor dief-

stal. Als dat kan, dan is het op zich niet zo'n grote stap om ook een eigendomsrecht op die uit 'bits en bytes' bestaande objecten te aanvaarden. Echter een beetje jurist weet dat er grenzen getrokken mogen worden tussen wat een goed is in strafrechtelijke zin en wat als een goed in vermogensrechtelijke zin kan worden aangemerkt.

Binnen het vermogensrecht is het ook geen revolutionaire gedachte meer dat bij een softwareprogramma ook sprake kan zijn van koop in de zin van art. 7:1 BW. In zijn *Beeldbrigade*-arrest van 27 april 2012 overwoog de Hoge Raad dat uit de omstandigheid dat de toepasselijkheid van de kooptitel niet beperkt is tot de koop van zaken – aangezien uit art. 7:47 BW blijkt dat koop ook betrekking kan hebben op vermogensrechten – blijkt dat de wetgever aan de kooptitel een ruim bereik heeft willen geven. Tegen die achtergrond oordeelde de Hoge Raad dat een overeenkomst tot het aanschaffen van standaardcomputerprogrammatuur – op een gegevensdrager of via een download – voor niet in tijdsduur beperkt gebruik tegen betaling van een bepaald bedrag ertoe strekt de verkrijger iets te verschaffen dat geïndividualiseerd is en waarover hij feitelijke macht kan uitoefenen. Dit alles pleit voor toepasselijkheid van de kooptitel op een zodanige overeenkomst, aldus de Hoge Raad, ondanks dat geen sprake is van het geven van een zaak of vermogensrecht, maar enkel van het geven van 'bits en bytes', ofwel onstoffelijke objecten. De Hoge Raad achtte de toepasselijkheid van de kooptitel daar ook wenselijk omdat de kooptitel een uitgewerkte regeling geeft inzake conformiteit, klachtplicht en verjaring, en omdat met die toepasselijkheid de rechtspositie van de koper wordt versterkt (met name in het geval van consumentenkoop en koop op afstand). 'In al deze opzichten bestaat geen aanleiding de aanschaf van standaardsoftware te onderscheiden van de koop van zaken en vermogensrechten', aldus de Hoge Raad.¹³

Tegen de achtergrond van deze ruimhartige toepassing van bestaande strafrechtelijke en civielrechtelijke concepten op het toe-eigenen of verschaffen van 'bits en bytes' is het dus op zich niet verbazingwekkend of hemelbestormend dat het Hof van Justitie daar in het *UsedSoft*-arrest ook toe overgaat. Problematisch voor het Nederlandse vermogensrecht is echter dat het Hof van Justitie zich niet beperkt tot een frivole toepassing van het verbintenisrecht, maar juist een nieuw goederenrechtelijke eigendomsrecht in het leven roept, terwijl het goederenrecht binnen de Nederlandse verhoudingen nu juist een laatste bolwerk van 'harde dogmatiek' en 'geslotenstelsel-denken' vormt.

8. Zie: Stolker, *T&C Vermogensrecht*, 2011, art. 5:1 BW, aant. 1: 'Aldus wordt (...) duidelijk dat eigendom alleen op zaken mogelijk is (...)'. Asser/*Mijnssen, Van Velten & Bartels*, 5*, 2008, nr. 5, nr. 7 en nr. 17: 'Het in art. 5:1 BW bepaalde brengt voorts tot uitdrukking dat eigendom alleen mogelijk is, met betrekking tot zaken, stoffelijke objecten dus, zie art. 3:2 BW [...]'.
9. Asser/*Mijnssen, Van Velten & Bartels*,

5*, 2008, nr. 2.

10. Zie: Van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten; een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten*, diss., Kluwer Deventer, 2003, p. 38; Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, Serie Onderneming en recht, deel 37, diss., Kluwer, Deventer, 2007.
11. Zie: W. Snijders, *De openheid van het*

vermogensrecht – van syndicaatszekerheden, domeinnamen en nieuwe contractsvormen, in Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht, Serie Onderneming en recht, deel 24, Kluwer, Deventer, 2002, p. 37; Van Engelen, *Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten*, diss., Tjeenk Willink, Zwolle, 1994, par. 8.6.4.2.
12. HR 31 januari 2012, *Diefstal virtuele*

goederen (IEPT20120131); HR 31 januari 2012, *Belminuten* (IEPT20120131); HR 17 april 2102, *Telecom credit* (IEPT20120417).

13. Zie daarover: Rinzema, 'Kwaliteit en software, een goede zaak', *Computerrecht* 2012, p. 40 en 'Pleidooi voor het kopen van standaardsoftware', *NJB* 2012/1601

Dat de eigendom op een onlichamelijke zaak niet alleen bestaat maar tevens overdraagbaar is, is wezenlijk in de benadering van het Hof van Justitie om tot uitputting van auteursrecht te kunnen concluderen

Overdraagbaarheid van een eigendomsrecht op een onlichamelijke zaak?

Het Hof van Justitie voorziet niet alleen in een eigendomsrecht op een onlichamelijke zaak, maar stelt evenzeer dat dit eigendomsrecht overdraagbaar is.

Om tot uitputting van auteursrechten op software te kunnen concluderen is ingevolge art. 4(2) van de Software-richtlijn nodig dat sprake is van 'verkoop'. Het Hof vult dat 'verkoop'-begrip nader in door te stellen dat daaruit volgt dat de handelstransactie die overeenkomstig art. 4(2) tot uitputting van het distributierecht voor een kopie van een computerprogramma leidt, 'impliceert dat het eigendomsrecht op die kopie is overgedragen' (onder 42). Wil er van uitputting sprake zijn dan is volgens het Hof van Justitie dus een eigendomsoverdracht vereist. Die eigendomsoverdracht wordt door het Hof vervolgens ook in deze zaak aangetroffen. Onder 44 stelt het Hof voorop '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.' Het Hof komt tot die stellingname omdat het downloaden van een kopie van een computerprogramma zinloos is indien die kopie door de bezitter ervan niet kan worden gebruikt. Dat brengt met zich dat deze twee handelingen – downloaden en het sluiten van een licentie – samen moeten worden onderzocht als een ondeelbare handeling. Onder 47 komt het Hof dan tot de conclusie dat met die twee handelingen, wanneer een kopie van het betrokken computerprogramma door middel van een fysieke drager zoals een cd-rom of een dvd beschikbaar wordt gesteld, 'mede de eigendom van die kopie wordt overgedragen.' Dat brengt met zich dat het door Oracle aan een klant overdragen van een kopie van een computerprogramma, 'waarbij tussen dezelfde partijen een licentieovereenkomst voor het gebruik wordt gesloten, een "eerste verkoop van een kopie van een programma" in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24' vormt, waarmee het auteursrecht van Oracle is uitgeput. Dat de eigendom op een onlichamelijke zaak niet alleen bestaat maar tevens overdraagbaar is, is aldus wezenlijk in de benadering van het Hof van Justitie om tot uitputting van auteursrecht te kunnen concluderen.

Naar Nederlands vermogensrecht rijst dan de vraag of dat door het Hof van Justitie gecreëerde eigendomsrecht op een onlichamelijke zaak inderdaad overdraagbaar is. Dat stelt ons voor het probleem dat art. 3:83(1) BW de overdraagbaarheid van vermogensrechten beperkt tot 'eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten', terwijl lid 3 bepaalt dat 'alle andere rechten' slechts overdraagbaar zijn 'wanneer de wet dit bepaalt.' Dat het regiem van art. 3:83 BW in mijn ogen een onzalig systeem is, is in dit verband niet direct van belang.¹⁴ Relevantier is dat de over-

draagbare 'eigendom' waar art. 3:83(1) BW het oog op heeft, de in art. 5:1 BW omschreven 'eigendom' is, en die 'eigendom' ziet alleen op 'zaken' in de zin van art. 3:2 BW, ofwel 'stoffelijke objecten'. De systematiek van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek brengt dus met zich dat dit door het Hof van Justitie geconstrueerde eigendomsrecht op onlichamelijke zaken naar Nederlands vermogensrecht – of beter gezegd: op grond van de uitdrukkelijke wettelijke bepaling van art. 3:83(3) BW – niet overdraagbaar is. Diezelfde Nederlandse wettelijke bepaling geeft bovendien aan dat die overdraagbaarheid alleen door de wetgever in het leven geroepen kan worden. Daargelaten of onder die wetgever niet alleen de Nederlandse wetgever, maar ook een Europese verordening- of richtlijnwetgever geschaard kan worden, dient in ieder geval geconstateerd te worden dat het Hof van Justitie die bevoegdheid volgens art. 3:83(3) BW niet toekomt. De overdraagbaarheid van dit eigendomsrecht, die voor het Hof van Justitie een vanzelfsprekende aangelegenheid is, bezorgt ons naar Nederlands recht dus de nodige hoofdbreken.

Nu is er wat mij betreft wel een oplossing mogelijk, doordat de Hoge Raad (uiteraard) kan oordelen dat onder 'eigendom' in de zin van art. 3:83(1) BW niet alleen 'eigendom' in de zin van art. 5:1 BW, maar ook 'eigendom' op onlichamelijke zaken verstaan dient te worden. Ik heb daar geen problemen mee, maar het wordt dan wel lastig om vervolgens nog een grens te trekken. Het wordt dan immers wel erg arbitrair indien de Hoge Raad vervolgens zou concluderen dat dit weer niet geldt voor andere rechten, zoals allerhande IE-achtige rechten, waarvoor art. 3:83(3) BW ook een obstakel voor de overdraagbaarheid vormt.¹⁵ De gestrengheid waarmee bijvoorbeeld *Struycken*¹⁶ het standpunt inneemt dat de numerus clausus – het gesloten systeem – van het goederenrecht niet alleen de klassieke, in Boek 3 en Boek 5 BW behandelde rechten omvat, maar ook voor alle andere 'absolute rechten' zou behoren te gelden, illustreert naar het mij voorkomt dat het hier van tweeën één behoort te zijn: of we handhaven art. 3:83(3) BW in al zijn gestrengheid of we kiezen voor een frivole interpretatie, maar die dient dan ook recht te doen aan alle redelijke eisen die door het zich almaar ontwikkelende rechts- en economisch verkeer gesteld worden. De omstandigheid dat het Hof van Justitie een eigendomsrecht op onlichamelijke zaken introduceert om een vrij verkeer van tweedehands software te kunnen faciliteren, spreekt wat mij betreft boekdelen als het gaat om de vraag of het recht dienstbaar moet zijn aan het economisch verkeer.

Impliciete overdracht van de eigendom van een kopie van een programma?

Als we ervan uitgaan dat dit eigendomsrecht op een onlichamelijke zaak inderdaad naar Nederlands vermogens-

recht gefaciliteerd kan worden en ook geoordeeld kan worden dat dit specifieke eigendomsrecht overdraagbaar is in weerwil van art. 3:83(3) BW, dan rijst vervolgens de vraag hoe dit specifieke eigendomsrecht concreet overgedragen kan of dient te worden.

Naar Nederlands vermogensrecht is voor een rechtsgeldige overdracht van een 'goed' – zoals deze specifieke eigendom van onlichamelijke zaken – op grond van art. 3:84(1) BW een 'levering' vereist. De wet voorziet in specifieke leveringsvormen voor overdracht van (eigendomsrechten op) (a) onroerende zaken en (b) roerende zaken, te weten respectievelijk (i) een notariële akte gevolgd door inschrijving in het register (art. 3:89 BW) of (ii) bezitsverschaffing (art. 3:90 BW). Deze leveringsvormen zien echter – wederom – alleen op 'zaken' in de zin van art. 3:2 BW en zijn dus niet van toepassing op eigendom van onlichamelijke zaken. Daarvoor geldt dan de restbepaling van art. 3:95 BW, waarin wordt aangegeven dat deze 'goederen worden geleverd door een daartoe bestemde akte.'

Het zal de lezer inmiddels niet meer verbazen dat het Hof van Justitie ook geen rekening houdt met deze subtiliteiten van het Nederlandse vermogensrecht. Het Hof gaat uit van de mogelijkheid van een impliciete overdracht van de eigendom van de kopie van het computerprogramma (onder 46). Die impliciete overdracht wordt afgeleid uit de volgende twee handelingen die samen – volgens het Hof – een ondeelbaar geheel vormen: (a) het downloaden van een kopie van een computerprogramma en (b) het sluiten van een licentieovereenkomst voor het gebruik van die kopie (onder 44). Daar komt dus niet een door art. 3:95 BW voorgeschreven leveringsakte aan te pas. Het downloaden van een kopie van het computerprogramma is eerder aan te merken als een vorm van bezitsverschaffing – het Hof spreekt onder 45 ook over 'beschikbaarstelling door Oracle' – maar dat is naar Nederlands recht alleen een geldige leveringsvorm voor overdracht van eigendomsrechten op een lichamelijke zaak en juist niet voor een onlichamelijke zaak. Daarvoor schrijft art. 3:95 BW immers een 'daartoe bestemde akte' voor. Wellicht dat de licentieovereenkomst daarvoor kwalificeert maar uit het arrest blijkt niet of de tekst van de licentie ook daadwerkelijk ziet op het beschikbaar stellen van een kopie, of dat de licentie dit veronderstelt of in het midden laat, en alleen maar reglementeert op welke wijze het programma gebruikt mag worden, los van de vraag welke kopie dat betreft en op welke wijze men daar de beschikking over heeft gekregen.

Beperkte rechten op onlichamelijke zaken

Dan nu de tentamenvraag of er op deze eigendom van onlichamelijke zaken ook beperkte rechten gevestigd kunnen worden, zoals een recht van vruchtgebruik of een pandrecht.

Het antwoord lijkt bevestigend te moeten luiden, maar laat wel zien dat de goederenrechtelijke chaos er niet minder om wordt. Beperkte rechten kunnen ingevolge art. 3:81(1) BW gevestigd worden op 'een zelfstandig en overdraagbaar recht.' Nu het Hof van Justitie leert dat dit

eigendomsrecht op een onlichamelijke zaak overdraagbaar is, wordt aan dat vereiste voor het kunnen vestigen van een beperkt recht voldaan.

De volgende vraag is hoe die vestiging dan dient plaats te vinden. Dat kan door een beperkt recht voor te behouden bij de overdracht van het moederrecht (art. 3:81(1) BW), maar gebruikelijker is dat het separaat gevestigd wordt. Art. 3:98 BW leert dan dat de bepalingen van Boek 3 over de overdracht van een goed ook van toepassing zijn op de vestiging, overdracht of afstand van een beperkt recht daarop. We hebben echter hiervoor geconstateerd dat de overdracht van het eigendomsrecht op een onlichamelijke kopie van een computerprogramma volgens het Hof van Justitie plaatsvindt op een niet in Boek 3 BW voorziene wijze van overdracht. Dat is namelijk door de samen één geheel vormende handelingen van (a) het downloaden van een kopie van een computerprogramma en (b) het sluiten van een licentieovereenkomst voor het gebruik daarvan.

Dat ook op een niet in Boek 3 BW voorziene wijze een beperkt recht gevestigd kan worden lijkt voorsnog

Het zal de lezer inmiddels niet meer verbazen dat het Hof van Justitie ook geen rekening houdt met deze subtiliteiten van het Nederlandse vermogensrecht

een moeilijk te aanvaarden conclusie. Het is echter ook niet te ontkennen dat een beperkt recht in beginsel wel op dat eigendomsrecht gevestigd moet kunnen worden. Het komt mij voorsnog voor dat art. 3:95 BW hier uitkomst kan bieden en dat een beperkt recht dus 'door een daartoe bestemde akte' gevestigd zal kunnen worden, maar ik ben er nog niet helemaal gerust op dat dit inderdaad het juiste antwoord zal blijken te zijn. Hier lijkt dus ook werk aan de winkel voor de Nederlandse wetgever om de voor de goederenrechtelijke rechtspraak zo noodzakelijke helderheid te gaan verschaffen.

De ravage tot nu toe

Als we de ravage in ogenschouw nemen die het *UsedSoft*-arrest in de tot nu toe zorgvuldig gesloten goederenrechtelijke porseleinkast van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek heeft aangericht, dan lijkt die zo op het eerste gezicht niet gering. Gevreesd moet worden dat met het *UsedSoft*-arrest niet alleen (a) het gesloten systeem van absolute rechten niet meer overeind staat, maar ook dat (b) het vereiste van een wettelijke overdraagbaarheidsbepaling van art. 3:83 BW opzij gezet is, en (c) het gesloten

14. Zie: Van Engelen, *Onverkoopbare vermogensrechten, artikel 3:83(3) BW nader*

beschouwd, Serie Onderneming en recht, deel 26, Kluwer, Deventer, 2003.

15. Zie: Van Engelen, a.w., 2003, p. 103-109. In gelijke zin: W. Sijnders, *WPNR*

6607(2005), p. 82.

16. Struycken, a.w., 2007, nr. 2.5.3.

systeem van leveringsvormen van Boek 3 BW ook gesneuveld is. Als we dan voor ogen houden dat we het hier hebben over een in vermogensrechtelijke termen relatief jong Burgerlijk Wetboek dat amper twintig jaar geleden in werking getreden is, dan lijkt het dat het BW op deze punten de tand des tijds moeilijk zal kunnen doorstaan.

Alle reden dus wellicht om de veroorzaker van deze ravage eens diep in de ogen te kijken en de vraag te stellen of dit nou niet anders gekund had. Zo'n porseleinkast is immers een kostbaar en zorgvuldig gekoesterd erfstuk en enige voorzichtigheid bij het openen ervan is toch niet te veel gevraagd? Vanwaar deze kennelijk onbedwingbare behoefte van het Hof van Justitie om een eigendomsrecht op een onlichamelijke kopie van een computerprogramma te construeren en vervolgens ook nog eens achteloos te concluderen dat dit eigendomsrecht impliciet overgedragen kan worden?

Het WIPO Auteursrechtverdrag

Geconstateerd moet dan worden dat de schade niet zozeer aan het Hof van Justitie te wijten is, maar dat de veroorzaker van dit alles uiteindelijk het in 1996 tot stand gekomen en in 2010 in werking getreden Auteursrechtverdrag van de World Intellectual Property Organization ('WIPO') is.¹⁷

Art. 6 van dat Auteursrechtverdrag laat zich uit over het zogeheten 'distributierecht' van de auteursrechthebber. Dat distributierecht maakt ook onderdeel uit van de Europese Auteursrechtlijn van 2001 (2001/29). Art. 4(1) van de Auteursrechtlijn kleedt dit exclusieve recht van de auteursrechthebber – evenals art. 4 van de Softwarerichtlijn – in door te spreken over 'elke vorm van distributie onder het publiek van het origineel van hun werken of kopieën daarvan, door verkoop of anderszins (...)'. Evenals in art. 4 van de Softwarerichtlijn wordt daar alleen maar gesproken over distribueren door 'verkoop of anderszins', zonder de term 'eigendom' in de mond te nemen. Dat gebeurt echter wel in lid 2 van datzelfde art. 4, waar wordt bepaald dat het distributierecht met betrekking tot het origineel of kopieën van een werk in de Gemeenschap alleen dan is uitgeput, 'wanneer de eerste verkoop of andere eigendomsovergang' daarvan door de rechthebber of met diens toestemming binnen de Gemeenschap heeft plaatsgevonden. 'Verkoop' wordt hier dus uitdrukkelijk gekoppeld aan – en gezien als een vorm van – 'eigendomsovergang'. De reden daarvoor is te vinden in het WIPO Auteursrechtverdrag, welk verdrag met de Auteursrechtlijn van 2001 ten uitvoer gelegd is binnen de Europese Unie. Tegen die achtergrond overwoog het Hof van Justitie ook al in zijn *Peek & Cloppenburg*-arrest van 17 april 2008¹⁸ en het *Donner*-arrest¹⁹ dat bepalingen van Unierecht zo veel mogelijk moeten worden uitgelegd tegen de achtergrond van deze door de Unie gesloten internationale overeenkomst.

Het is in art. 6 van het Auteursrechtverdrag dat eigendom omarmd wordt als het sleutelbegrip voor de invulling van het exclusieve distributierecht van de auteursrechthebber. Art. 6(1) geeft aan dat de auteursrechthebber het uitsluitend recht heeft 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 het auteursrechtelijk beschermde werk. Bij de daaropvolgende omschrijving van de uitputting van dit distributierecht in lid 2 wordt vervolgens 'eigendomsovergang' noodzakelijkerwijs wederom gehanteerd om aan te geven dat van uitputting sprake is 'na de eerste verkoop of andere overgang van eigendom van het origineel of van een exemplaar van het werk met toestemming van de auteur'.

Wil je dus uitputting van auteursrecht op een kopie van een computerprogramma kunnen aannemen dan is daarvoor noodzakelijk dat er sprake is van een overgang van een eigendomsrecht op die kopie. Daarmee is het dus van tweeën één. Wanneer er geen sprake is van een eigendomsrecht of wanneer dat eigendomsrecht niet overdraagbaar is, dan is uitputting van auteursrecht op een kopie van een computerprogramma niet mogelijk. Wanneer die uitkomst niet bevalt, dan resteert er weinig anders dan een dergelijk overdraagbaar eigendomsrecht op een exemplaar van een computerprogramma in het leven te roepen, zoals het Hof van Justitie in *UsedSoft* gedaan heeft.

Vrij verkeer van tweedehands software als doel

Het *UsedSoft*-arrest illustreert dus dat het Hof van Justitie het vrij verkeer van goederen ook voor software van groot belang acht. Het arrest leert vervolgens ook dat het Hof op de koers zit dat het voor wat betreft de uitputting van auteursrecht op software geen verschil wil maken tussen de situatie dat iemand het programma op een fysieke drager verwerft of downloadt van een website. In het arrest is te lezen dat dit laatste in 85% van de gevallen aan de orde was, zodat het maken van een onderscheid tussen downloaden of ter beschikking stellen op een fysieke drager dus zou betekenen dat de software-industrie uitputting eenvoudig zou kunnen worden voorkomen door alleen nog maar te voorzien in downloaden als distributievorm.

Het is om dezelfde reden dat het Hof de argumenten van Oracle en de Europese Commissie dat de beschikbaarstelling van een kopie van een computerprogramma op een website niet als 'distributie' aangemerkt zou moeten worden, maar als een 'beschikbaarstelling [...] voor het publiek' – waarvoor art. 3(3) van de Auteursrechtlijn bepaalt dat dit niet tot uitputting van het 'distributierecht' leidt – van tafel veegde.

Het is om die reden ook dat het Hof onder 49 overweegt dat de term 'verkoop' in de zin van art. 4(2) van de

Het is in art. 6 van het Auteursrechtverdrag dat eigendom omarmd wordt als het sleutelbegrip voor de invulling van het exclusieve distributierecht van de auteursrechthebber

Het doel is het overeind houden van de Europese binnenmarkt – ook voor software

Softwarerichtlijn ruim moet worden uitgelegd om te voorkomen dat door het eenvoudig aanmerken van een transactie als een licentie, de uitputtingsregels van de Softwarerichtlijn buiten spel gezet zouden kunnen worden. Om die reden worden onder het begrip ‘verkoop’ dan ook geschaard ‘alle vormen van verhandeling van een product waarbij tegen betaling van een prijs waarmee de houder van het auteursrecht een vergoeding moet kunnen krijgen die overeenstemt met de economische waarde van de kopie van het hem toebehorende werk, voor onbepaalde tijd een gebruiksrecht voor een kopie van een computerprogramma wordt toegekend.’

Nu het Hof de uitputting van auteursrecht op computerprogramma's, zoals in de Softwarerichtlijn gecodificeerd, niet tot een dode letter wilde laten verworden, kon het Hof vervolgens moeilijk anders dan (a) een eigendomsrecht op onlichamelijke zaken aan te nemen, (b) er van uit te gaan dat dit nieuwbakken eigendomsrecht ook overdraagbaar is en (c) te oordelen dat die eigendomsoverdracht plaatsvindt door (i) het downloaden van een kopie van een computerprogramma en (ii) het sluiten van een licentieovereenkomst.

Dat daarmee de Nederlandse goederenrechtelijke porseleinkast aan diggelen ligt, is vanuit de optiek van het Hof van Justitie hoogstens *collateral damage* (voor zover het Hof zich daar al over heeft bekommerd). Het doel is hier dus het overeind houden van de Europese binnenmarkt – ook voor software – en het middel om daar te komen is het in leven roepen van een nieuw goederenrechtelijk bouwwerk voor eigendom van onlichamelijke zaken. Bij gebreke van een Europese harmonisatie van het vermogensrecht in het algemeen of het goederenrecht in het bijzonder is het vervolgens aan het nationale recht van de lidstaten om dit nieuwe goederenrecht in hun nationale vermogensrecht vervolgens in te kapselen.

Conclusie

Het *UsedSoft*-arrest breekt niet alleen de tweedehands markt voor software open, maar zorgt ook *en passant* voor een goederenrechtelijke revolutie door in wezen een pan-Europees, sui generis eigendomsrecht op onlichamelijke zaken in het leven te roepen. Een dergelijke histori-

sche gebeurtenis mag uiteraard niet onopgemerkt voorbijgaan.

Het *UsedSoft*-arrest maakt vervolgens ook duidelijk dat ons Burgerlijk Wetboek aangepast zal moeten worden, zodat het onderdak kan bieden aan dit door het Hof van Justitie geïntroduceerde, nieuwe eigendomsrecht op ‘bits & bytes’. De Nederlandse rechtspraak moet immers wel met een dergelijk nieuw goederenrechtelijk recht uit de voeten kunnen en zolang een verdere Europese harmonisatie of codificatie van het goederenrecht ontbreekt, is het aan de Nederlandse wetgever om de rechtspraak te faciliteren.

Dit betekent in mijn optiek dat het Nederlands vermogensrecht zodanig aangepast dient te worden dat het een open systeem wordt. Een gesloten goederenrechtelijk systeem gaat uit van de veronderstelling dat de wereld niet verandert. Als we ons realiseren hoe de wereld er uitzag (a) ten tijde van het Ontwerp Meijers voor een nieuw BW in 1954, (b) de inwerkingtreding daarvan in 1992 en (c) anno 2012, dan mag duidelijk zijn dat die veronderstelling altijd al naïef was en inmiddels ook duidelijk achterhaald is.

De Nederlandse wetgever dient zich tot taak te stellen een nationaal vermogensrecht te creëren dat als realiteit aanvaardt dat ook het vermogensrecht niet meer een strikt nationaal afgebakende speeltuin is. Het feit dat Nederland onderdeel uitmaakt van een Europese binnenmarkt – en via het Wereldhandelsverdrag zelfs van een ‘wereldmarkt’ – brengt met zich dat ook bij het vermogensrecht het primaat niet meer steeds bij de Nederlandse wetgever rust. Die internationale markten worden bovendien gedreven door in snel tempo optredende technologische ontwikkelingen, die ook het vermogensrecht voor steeds weer nieuwe en onvoorziene vragen plaatst. Aan de Nederlandse wetgever dus de taak een Burgerlijk Wetboek te realiseren, waarmee de rechtspraak ook op een bij voortdurend veranderend speelveld uit de voeten kan. •

17. http://wetten.overheid.nl/BWV0004073/geldigheidsdatum_12-09-2012/informatie.

18. HvJEU 17 april 2008, C-456/06, Peek &

Cloppenburg vs. Cassina, (IEPT20080417).

19. HvJEU 21 juni 2012, C-5/11, *Donner*, (IEPT20120621).