

De juridische status van software

Mr. P. Kleve RI en prof. mr. R.V. De Mulder*

Inleiding

Een veel voorkomende vraag in het informaticarecht is of wetsbepalingen waar de termen 'goed', ('zaak' in de zin van het Nieuw BW) of 'produkt' in voorkomen ook van toepassing zijn op computersoftware. In dit artikel wordt de stelling verdedigd dat software zonder meer als 'goed' (c.q. 'zaak' in de zin van het Nieuw BW) of als 'produkt' kan worden aangemerkt. Uit deze stellingname volgt dat nieuwe wetgeving op het gebied van het informaticarecht minder nodig is dan dikwijls wordt beweerd.

Omdat voor verschillende rechtsgebieden een zekere autonomie geldt ten opzichte van andere terreinen van het recht, komen voor de betekenis van de term 'goed' het civielrecht en het strafrecht afzonderlijk aan de orde. Voor een juist begrip van de term 'software' in relatie tot de term 'goed' wordt ook aandacht geschonken aan het auteursrecht. De term 'produkt' in onze discussie is afkomstig uit de EG-richtlijn Produktenaansprakelijkheid en het Nederlandse wetsontwerp dienaangaande.

De ambiguïteit van de term software

De term software wordt in de automatisering gehanteerd in twee betekenissen. Namelijk als aanduiding van het geestesprodukt en als benaming voor een bepaald concreet exemplaar van dat geestesprodukt. De vraag of software-als-geestesprodukt beschouwd kan worden als een werk in de zin van de Auteurswet 1912 wordt in de rechtspraak reeds enige jaren bevestigend beantwoord.¹ Van de noodzaak tot expliciete opname van 'computerprogramma's' in een apart sub 12 van art. 10 lid 1 AW, zoals voorgesteld in wetsontwerp 19 921, is ons dan ook niet gebleken. Onder invloed van de discussie over de vraag of software dan niet meer als geschrift diende te worden aangemerkt, zoals voorgesteld in de nota van wijziging, alsmede met het oog op de komst van een EG-richtlijn aangaande softwarebescherming, heeft de minister besloten alle bepalingen met betrekking tot software uit het wetsontwerp tot aanpassing van de Auteurswet 1912 te schrappen. In het vervolg van dit betoog zal als wordt ge-

* P. Kleve en R.V. De Mulder zijn verbonden aan de Workshop voor informatica en recht van de Erasmus Universiteit Rotterdam

¹ Zie o.a. Verkade, Juridische bescherming van programmatuur, Alphen a.d. Rijn 1986 en Van Schelven, Bescherming van software en chips in juridisch perspectief, Lelystad 1986.

doeld op software vanuit de invalshoek van het intellectueel eigendomsrecht gesproken worden van ‘software-als-geestesprodukt’.

Anders dan vanuit de invalshoek van software-als-geestesprodukt, dienen in een zakenrechtelijke beoordeling van de juridische status van software juist de concrete, individuele exemplaren te worden betrokken.² Software kan namelijk ook beschouwd worden als een concreet object, een onderdeel van een computerconfiguratie (het geheel van apparatuur en programmatuur), bijvoorbeeld een kunststof plaatje met magnetisch materiaal dat van een bepaald patroon is voorzien. Voor de zakenrechtelijke beoordeling van de juridische status van software is juist deze laatste optiek relevant.

Goederen en stoffelijkheid in het civielrecht

Twistpunt onder juristen is of software wel de voor goederen vereiste stoffelijkheid bezit. Zaken zijn, volgens het huidige BW, goederen en rechten. Goederen zijn stoffelijk, rechten onstoffelijk. Is het derhalve niet zo dat software niet als goed kan worden aangeduid aangezien software ‘evident onstoffelijk’ is? Naar onze mening wordt hierin miskend dat het criterium onstoffelijk geïntroduceerd is om iets over de aard van rechten te zeggen en nu juist niet over de aard van goederen. Het komt ons onjuist voor om in de discussie met betrekking tot software de nadruk te willen leggen op een vermeende eis van stoffelijkheid voor goederen.³

De discussie omtrent de voor het civielrecht ‘vereiste’ stoffelijkheid wordt vertroebeld door het door elkaar hanteren van denkbeelden uit twee rechtsgebieden, namelijk het intellectueel eigendomsrecht en het zakenrecht. Zakenrechtelijk gezien kan er ons inziens geen ruimte bestaan voor twijfel aan de stoffelijkheid van software. Net zo min als aan de stoffelijkheid van auto’s kan worden getwijfeld, of aan die van boeken. Voor software-als-geestesprodukt daarentegen behoeft deze vraag niet gesteld te worden. In het domein van de intellectuele eigendom speelt stoffelijkheid in dit verband geen rol. De beantwoording van de vraag of software zakenrechtelijk gezien stoffelijk is, kan dan ook niet gezocht of gevonden worden tegen de achtergrond van het van toepassing zijn van de Auteurswet 1912 op software.

In het auteursrecht onderscheidt men als denkmodel tussen het ‘corpus mysticum’ (het geestesprodukt) en het ‘corpus mechanicum’ (de drager waarin of

² Hiermee is uiteraard niet uitgesloten dat exemplaren eveneens een rol spelen in het auteursrecht. Zie hiervoor bijv. Verkade/Spoor, Auteursrecht, Deventer 1985, p. 122.

³ Anders bijv. Verkade, Gegevensbescherming en privaatrecht, p. 37 e.v., Handelingen 1988 der Nederlandse Juristen-Vereniging deel 1, die onstoffelijke objecten niet rechten zijnde, lijkt te onderscheiden.

waarop het geestesprodukt is vastgelegd)⁴. Dit onderscheid dient om aan te geven dat auteursrechten het ‘corpus mysticum’ betreffen, niet de stoffelijke drager. Maar dit in het auteursrecht zo belangrijke onderscheid verliest haar toepassing als wij ons verplaatsen naar het zakenrecht. In het zakenrecht hebben we te maken met specifieke verschijningsvormen van geestesprodukten op of in materiële dragers. Die verschijningsvorm definieert ook de drager, kent er mede zijn hoedanigheid aan toe. En in het zakenrecht komt dat geestesprodukt dan ook tot ons als een stoffelijk computerprogramma. Een kunststof schijf bijvoorbeeld, die aan bepaalde bewerkingen onderhevig is geweest.

Gesteld wordt soms⁵ dat software niet stoffelijk is, maar dat slechts de drager stoffelijk is. De software zou bestaan uit een materiële drager waar onstoffelijke informatie aan is toegevoegd. Deze redenering is onbegrijpelijk. Het is ondenkbaar iets onstoffelijks aan iets toe te voegen. Ook deze redenering lijkt een gevolg van een doortrekken van het onderscheid tussen ‘corpus mysticum’ en ‘corpus mechanicum’ naar een terrein waarvoor het onderscheid bedoeld noch geschikt is. De ongerijmdheid blijkt bijvoorbeeld als dezelfde redenering wordt toegepast op een auto. Niemand twijfelt er aan dat een bepaalde auto in een showroom van een dealer stoffelijk is, terwijl van deze auto (althans de carrosserie) net zo goed gezegd kan worden dat hij niet meer is dan een plaat staal waar informatie aan is toegevoegd. Het gemak waarmee op een kunststof schijf nadien andere ‘informatie’ kan worden gezet waardoor een ander computerprogramma wordt verkregen, en het ongemak om nadien andere ‘informatie’ aan de plaat staal toe te voegen waardoor een andere auto wordt verkregen, zijn voor dit voorbeeld van ondergeschikte betekenis.

Stoffelijkheid en technische ontwikkelingen

Het stoffelijkheids criterium wordt door juristen als vanzelfsprekend geassocieerd met materiële objecten. De onwennigheid waarmee termen als software c.q. informatie en - in het begin van deze eeuw - elektriciteit c.q. energie tegevoet worden getreden, houdt wellicht verband met het feit dat deze termen verwijzen naar begrippen die betrekkelijke nieuw zijn. Daarmee wordt niet bedoeld dat informatie en energie niet al heel lang bestaan, maar dat het denken daarover aanzienlijk is gewijzigd.

4 Verkade/Spoor, o.c., p. 46.

5 Borking, Risico's voortvloeiend uit produktaansprakelijkheid voor programmatuurmakers, Informatie 1987 nr. 10. Stuurman en Vandenbergh, Softwarefouten: een zaak van leven of dood?, NJB 88/45-46/p. 1667 e.v.

Verhoeff⁶ heeft verschillende stadia van technologische ontwikkelingen aangegeven. Elk stadium heeft betrekking op het kunnen beheersen van een ander aspect van de omgeving, waarbij ieder volgend aspect steeds de verandering van het vorige inhoudt. Zo zijn er (1) de mogelijkheid om de ruimtelijke structuren te beïnvloeden (bijvoorbeeld een beschutting tegen de regen bouwen), (2) de mogelijkheid veranderingen in ruimtelijke structuren aan te brengen (bijvoorbeeld een deur laten scharnieren), (3) de mogelijkheid om de bewegingskracht te beheersen (bijvoorbeeld een waterrad) en (4) de mogelijkheid om de energiebron zichzelf te laten opstarten (bijvoorbeeld een schakelautomaat). Deze ontwikkelingen houden dus een toename in van de technische manipuleerbaarheid van verschijnselen die eerst uitsluitend door de natuur werden geleverd. In de eerste fase worden stilstaande materiële objecten beheerst. In de tweede fase worden nog steeds slechts materiële voorwerpen beheerst - zij het nu bewegende. Pas in de derde fase gaat de beheersing van energie een doorslaggevende rol vervullen, terwijl eerst in de meest recente fase automatische informatieverwerking mogelijk wordt.

Deze toenemende manipuleerbaarheid wordt steeds vooraf gegaan door een vermeerdering van kennis van de verschijnselen. Aanvankelijk berust deze kennis echter uitsluitend bij de wetenschappelijk onderzoekers en technici en het duurt enige tijd voor de in de wetenschap en techniek ontwikkelde concepten door anderen - waaronder op den duur ook juristen - worden overgenomen. Dit proces van assimilatie van technologische kennis staat tegenwoordig bovendien onder de grote druk van de snelle maatschappelijke invoering van de technische mogelijkheden. De discussie over juridische aspecten van deze ontwikkeling heeft dan ook aanvankelijk steeds een verward karakter. Een van de symptomen van die verwarring is het feit dat juristen zich in bespiegelingen over rechten op informatie dikwijls tegelijkertijd - hoewel gewoonlijk niet in onderling verband - zorgen maken over enerzijds de vrije uitwisseling van informatie en anderzijds over het evidente gemak waarmee die informatie gekopieerd kan worden.⁷

Een indeling in ‘stoffelijk’ en ‘onstoffelijk’

De vorige twee paragrafen samenvattend menen wij dat de volgende, impliciet veelal gehanteerde, indeling niet houdbaar is.

6 J. Verhoeff, ‘Is de chip in de hand te houden?’, in: Spectrum Jaarboek 1980, blz. 247. Zie ook R.V. De Mulder, ‘Een model voor juridische informatica’, Lelystad, 1984, p. 95.

7 Vgl. Mackaay, De hersenschim als rustig bezit - Moet alle informatie voorwerp van eigendom zijn, Computerrecht 1985/6; Dommering, Gegevensbescherming - Bespreking van de vier preadviezen voor de vergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging 1988, Computerrecht 1988/2; Verkade, o.c.

<i>Stoffelijk</i>	<i>Onstoffelijk</i>
Materiaal (Goederen)	Rechten
Energie (Goederen?)	
	Informatie (?)

Een correcte indeling, zowel op juridische als technologische gronden zou de volgende zijn.

<i>Stoffelijk</i>	<i>Onstoffelijk</i>
Materiaal	Rechten
Energie	
Informatie	

} Goederen

Software en produkt

Het onderscheid tussen software-als-geestesprodukt en software als gefabriceerd exemplaar⁸ is eveneens relevant voor de vraag of software te beschouwen is als produkt in de zin van het op de EG-richtlijn Produktenaansprakelijkheid gebaseerde Nederlandse wetsontwerp dienaangaande.⁹ Onder 'produkt' wordt in de EG-richtlijn verstaan 'elk roerend goed (met uitzondering van landbouwgrondstoffen en produkten van de jacht) ... Onder 'produkt' wordt ook elektriciteit verstaan.' In het Nederlandse wetsvoorstel wordt onder 'produkt' verstaan 'een roerende zaak ... alsmede elektriciteit'. (Met de term 'zaak' loopt de wetgever vooruit op de invoering van het Nieuw BW). In het licht van onze voorgaande opmerkingen over stoffelijkheid en in weerwil van sommige opvattingen uit de software-industrie¹⁰, zal ook software hiertoe gerekend moeten worden.

De vraag of software beschouwd kan worden als produkt in de zin van de EG-richtlijn is door de Commissie reeds bevestigend beantwoord¹¹, met welke beantwoording ons standpunt ten aanzien van dit onderwerp in overeenstemming is. Het is naar onze mening niet zinvol om uit de expliciete vermelding van elektriciteit in de EG-richtlijn een ander standpunt van de Commissie met betrekking tot software af te leiden. Dit biedt geen oplossing, omdat zowel analoog als a contrario geredeneerd kan worden. Maar bovenal gaat men op deze wijze voorbij aan de reden waarom de Commissie elektriciteit heeft opgenomen

⁸ In de praktijk veelal voorzien van serie-aanduiding (versie 3.3 bijv.) en individueel serienummer.

⁹ Tweede Kamer, vergaderjaar 1985-1986, 19 636.

¹⁰ Borking, o.c., Anders: Dommering-van Rongen, Produktenaansprakelijkheid en software, Computerrecht 1988/5, en Stuurman en Vandenbergh, o.c.

¹¹ Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen nr. C 114/42

in de richtlijn, namelijk om te bereiken dat ook elektriciteit op dit punt in alle lidstaten gelijk behandeld zal worden.

Gesteld wordt soms¹² dat standaard-software dan mogelijk nog wel kan worden beschouwd als produkt in de zin van de richtlijn, doch dat dit voor software op maat niet zonder meer kan gelden, omdat men daar de kwalificatie van het verrichten van enkele diensten aan toe kent. Ook hier maken wij ter verduidelijking een vergelijking. Als men bij een warenhuis een in serieproductie gemaakte stoel uitzoekt, heeft men te maken met een produkt. Als men bij een meubelmaker een stoel uitzoekt die in enkelstuks fabricage is vervaardigd, is er nog steeds sprake van een produkt. Als men tenslotte met een bos hout onder de arm naar diezelfde meubelmaker toe stapt om hem te vragen van het hout een stoel te maken, kan de verhouding met de meubelmaker weliswaar gekenschetst worden als een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten (c.q. aanneming van werk), doch het lijkt geen twijfel dat de uiteindelijke stoel een produkt is geworden.¹³

Goederen en strafrecht

Het Hof Arnhem heeft de opvatting gehuldigd dat software een goed is als bedoeld in artikel 321 Sr. omdat “de onderhavige computergegevens het karakter dragen van overdraagbaarheid, reproduceerbaarheid en beschikbaarheid, terwijl zij bovendien economisch waardeerbaar zijn”¹⁴, zich daarbij baserend op criteria uit het elektriciteitsarrest.¹⁵ Dit is niet alleen een praktisch, maar naar onze mening dus ook theoretisch goed te verantwoorden beslissing. Onjuist lijkt ons de tegenwerping van Vandenberghe¹⁶, die stelt dat het Hof de criteria verkeerd heeft gehanteerd. Vandenberghe wijst er op dat de Hoge Raad in het elektriciteitsarrest beperkingen inbouwde door te stellen dat het diefstalartikel niet diende te worden toegepast op “rechten of geestesproducten, zoals bijvoorbeeld het auteursrecht of een octrooi”. Het wegnemen van een exemplaar van een computerprogramma (of een boek) kan echter onmogelijk inhouden dat men dan tevens het auteursrecht of het geestesprodukt heeft weggenomen. ‘Geestesprodukt’ betekent immers: het ‘werk’ in de zin van de Auteurswet 1912, het ‘corpus mysticum’. Onbedoelde overdracht van intellectueel-eigendomsrecht hierop is door diefstal niet mogelijk. De opmerking van de Hoge Raad is dan ook wat deze discussie betreft geen beperking, doch een poging tot verduidelijking,

12 Bijvoorbeeld Stuurman en Vandenberghe, o.c.

13 Daarbij kunnen zeker in complexe verhoudingen als die bij de vervaardiging van software op maat zich wel andere moeilijkheden aandienen, zoals vragen wie als producent beschouwd moet worden en of het computerprogramma in het verkeer is gebracht.

14 Hof Arnhem, 27 okt. 1983, NJ 1984/80, Computerrecht 1984 nr. 1.

15 H.R. 23 mei 1921, N.J. 1921, 564.

16 Computerrecht 1986/1, p. 44 en 45.

waarschijnlijk voortkomend uit de onbekendheid met het verschijnsel elektriciteit¹⁷.

Het overnemen van de voorstellen van de Commissie Computercriminaliteit (Commissie Franken) om gegevens (tevens software omvattende) expliciet niet als strafrechtelijk 'goed' te beschouwen zou naar onze mening een ongewenste 'stap terug' betekenen voor de ontwikkelde heldere en simpele praktijk.¹⁸ De argumentatie van de de Commissie Franken¹⁹ voor het in het leven roepen van hele reeks van wetsaanvullingen voor een geheel nieuw soort object - 'gegevens' - is weinig overtuigend. Het - overigens onjuiste²⁰ - standpunt dat gegevens 'nu eenmaal' geestesprodukten zijn staat een strafrechtelijke kwalifikatie van het concrete exemplaar als 'goed' geenszins in de weg terwijl de andere pijler van het betoog, de 'onstoffelijkheid' van gegevens hierboven reeds is behandeld.

Rechtsgevolgen

Hierboven is beargumenteerd dat software 'gewoon' een goed (c.q. een zaak in de zin van het Nieuw BW) en een produkt is. Daarmee is nog niet de vraag beantwoord of de toepassing van wetsartikelen waarin die termen op software ook maatschappelijk wenselijk is. Het toekennen van rechtsgevolgen, automatisch gebaseerd op of beslecht door de discussie over het goedsbegrip, zou ons inziens indruisen tegen de maatschappelijke functie van het recht. Het valt buiten het doel en bestek van dit artikel alle consequenties te evalueren van het vatten van software onder goed, zaak en produkt. Wij volstaan met enkele voorbeelden.

Een consequentie is dat software 'normaal' verkocht kan worden, dat het niet nodig is daarvoor de vorm van 'gebruiksrechtovereenkomst' of 'licentieovereenkomst' te kiezen. Onbedoelde overdracht van intellectuele-eigendomsrechten valt immers niet te vrezen. Ook de mogelijke tegenwerping dat dan geen bescherming meer geboden wordt tegen illegaal kopiëren snijdt

17 Met het kiezen voor gegevens als goed is natuurlijk nog niet zeker gesteld dat ook de andere elementen van in aanmerking komende delictsoomschrijvingen aanwezig zullen zijn. M.b.t. art. 310 Sr (diefstal) bijv. wordt door sommigen de interpretatie van de term 'wegnemen' bij het kopiëren van gegevens als een probleem beschouwd. Naar onze mening is weliswaar het oorspronkelijke exemplaar niet altijd weggenomen, maar de kopie is dat in ieder geval wel. Zie ook Vellinga-Schootstra, Gegevensbescherming en strafrecht, Handelingen 1988 der Nederlandse Juristen-Vereniging deel 1.

18 De voorstellen van de Commissie Franken zijn medio 1989 door het Kabinet naar de Raad van State gezonden voor advies. Zie Staatscourant d.d. 10 juli 1989.

19 Zie Rapport Commissie Computercriminaliteit, p. 37 e.v., alsmede o.m. Handelingen 1988 der Nederlandse Juristen-Vereniging deel 2, p. 9-12.

20 Gegevens kunnen door automaten, b.v. 'snuffelpalen' of zelfs door blind toeval worden gecreëerd.

geen hout. Juridische bescherming kan juist beter geboden worden²¹, terwijl voor de feitelijke bescherming de bestaande praktijk van gebruikslicenties niet of nauwelijks relevant is.

Ten aanzien van de rechtsgevolgen van het aanduiden van software als ‘goed’ in strafrechtelijke zin menen wij dat een contraire rechtspraak even wonderlijke perspectieven zou hebben geopend als het buiten strafbaarheid stellen van diefstal van elektriciteit. Een duidelijk voordeel van het subsumeren van software onder strafrechtelijk goed is het volgende. De strafrechtelijke bepalingen uit de Auteurswet 1912 geven uitsluitend bescherming van belangen van auteursrechthebbers. Gebruikers/niet-auteursrechthebbers daarentegen hebben baat bij bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht als van hun exemplaar onbevoegd een kopie is gemaakt. Bijvoorbeeld in het geval dat een concurrent gratis over een voor de winstgevendheid van het bedrijf belangrijk software-pakket kan beschikken, terwijl men daarvoor zelf een aanzienlijk bedrag heeft moeten investeren²².

Ook ten aanzien van produktaansprakelijkheid mag gesteld worden dat de maatschappelijke gevolgen van het standpunt dat software een ‘produkt’ is, wenselijk zijn. Voorkomen wordt immers dat een anders onverklaarbaar onderscheid zou optreden tussen produkten waarbij door de ene fabrikant op bepaalde onderdelen voor een software-realiseatie wordt gekozen, terwijl een andere fabrikant voor dezelfde functionaliteit een hardware-realiseatie heeft toegepast.

Revindicatie van software

De keuze in de Nederlandse rechtspraak voor software (en gegevens) als strafrechtelijk goed is duidelijk, evenals het standpunt van de Europese Commissie over software als produkt. Als belangrijkste praktische punt van geschil resteert software als civielrechtelijk goed. De door ons voorgestane opvatting is dat software, als goed, voorwerp is van zakenrechtelijke eigendom en dus ook gerevindiceerd kan worden. Is dit maatschappelijk wenselijk? Enerzijds dient nagegaan te worden of het kunnen revindiceren van software niet leidt tot een ontoelaatbare inperking van het recht op vrije uitwisseling van informatie en anderzijds in hoeverre hiermee een wenselijke situatie tot stand wordt gebracht met name voor anderen dan rechthebbenden op grond van intellectuele eigendom.

21 Niet zozeer door het koopcontract als wel door de software als privaatrechtelijk goed te beschouwen, zie hieronder.

22 Mogelijke problemen van samenloop met strafbepalingen in de Auteurswet, bijv. ten aanzien van het wederrechtelijk vermenigvuldigen, zijn aan de orde gesteld in het preadvies Computercriminaliteit van de Nederlandse Vereniging voor Informatica en Recht, oktober 1987. Zie ook Kleve en De Mulder, Computercriminaliteit - Enkele opmerkingen over de discussie in de NVIR, Computerrecht 1988/2.

Als alle zonder toestemming van de gebruiker/eigenaar c.q. bezitter gemaakte kopieën van software gerevindiceerd kunnen worden, dienen ze dus daadwerkelijk te worden teruggegeven. Dit is in veel gevallen precies wat maatschappelijk gezien wenselijk is. Een voorbeeld is software waarvan de gebruiker technisch slechts in staat is gesteld een beperkt aantal kopieën te installeren. De gebruiker heeft er belang bij die kopie terug te krijgen. Een ander voorbeeld wordt gevonden in de veel voorkomende situatie dat de leverancier van de software daarin herkenningcodes heeft aangebracht, op grond waarvan hij kan bewijzen dat illegale kopieën van een bepaalde gebruiker afkomstig zijn. Deze kan hij hierop aanspreken bijvoorbeeld op grond van een boeteclausule in de gebruiksrecht- dan wel koopovereenkomst. De gebruiker heeft er belang bij te kunnen verzekeren dat van de kopie geen verdere kopieën gemaakt zullen worden en heeft daartoe dan ook het middel van het revindicatoir beslag tot zijn beschikking.

Leidt dit niet tot een veel te ver gaande verplichting voor de illegaal kopieerder? Moet hij dan niet soms een volledige vaste schijf eenheid of een volledig computersysteem aan de eiser-gebruiker overdragen? Inderdaad, maar of dit in concreto de meest billijke oplossing is, dient beantwoord te worden onder toepassing van de bekende regels van natrekking. Leidt het dan niet tot de vreemde situatie dat het over de schouder meelezen van een aantekening tot revindicatie van de onttrokken informatie kan leiden? Inderdaad, maar het in bezit nemen van zulk een goed zal in de praktijk tot evenveel problemen leiden als een onrechtmatig geconsumeerde korrel suiker. Leidt, tenslotte, de opvatting dan niet tot een volstrekt blokkeren van informatie-uitwisseling, of, om bij de software te blijven, tot het verdwijnen van het verschijnsel van de 'public domain software'? Allerm minst. Deze software wordt weliswaar gratis ter beschikking gesteld aan een ieder, maar dat wil niet zeggen dat met deze vrije software dus 'alles' mag. Men mag haar niet beschadigen en men mag haar niet kopiëren of gebruiken zonder toestemming van de bezitter. Deze beperkingen bevorderen de bereidheid van software-auteurs programma's vrij te geven voor verspreiding.

De eis van toestemming van de bezitter van software voor het kopiëren door derden (op straffe van revindicatie) is het belangrijkste rechtsgevolg van de opvatting dat software een zakenrechtelijk goed (zaak in het Nieuw BW) is. In de bij ons bekende praktijk wordt deze - dan meestal als fatsoenseis beschouwde - regel gewoonlijk reeds toegepast. De met toestemming gemaakte kopie wordt eigendom van de derde als de bezitter ook eigenaar was. Naar onze mening komt zulk een sociale interactie bij het gebruik van software de informatie-uitwisseling eerder ten goede dan dat zij deze zou belemmeren. Wie durft zijn PC nog tijdelijk door een ander te laten gebruiken wanneer alle daarop aanwezige software inclusief de volledige persoonlijke correspondentie zonder nadere toestemming gekopieerd mag worden?

Conclusie

Het beschouwen van software als ‘goed’ in strafrechtelijke en civielrechtelijke zin (c.q. ‘zaak’ in de zin van het Nieuw BW) en als ‘produkt’ in de zin van het wetsontwerp produktaansprakelijkheid is dogmatisch en praktisch duidelijk en voor de hand liggend. De maatschappelijke consequenties van deze opvatting zijn gunstig, onder meer omdat aan gebruikers/niet-auteursrechthebbers een betere bescherming wordt geboden. Het recht van vrije uitwisseling van informatie wordt daarmee niet bedreigd. In de praktijk van de Nederlandse rechtspraak blijkt dit onderwerp uit het informaticarecht ook geen bijzondere problemen op te werpen.²³ Nieuwe wetgeving waarmee beoogd wordt het goedsbegrip uit te breiden dan wel waarin een nieuw soort objecten²⁴ wordt gecreëerd, is daarom ook niet nodig en zal slechts leiden tot hernieuwde rechtsonzekerheid. Tenslotte zij vermeld dat evenals software ook ‘gegevens’ en ‘informatie’ in beginsel voor een simpele subsumptie onder ‘goed’, ‘zaak’ en ‘produkt’ in aanmerking komen.

23 Trouwens, ook voor met dit onderwerp verwante problemen heeft de rechtspraak de voor de hand liggende oplossingen weten te vinden. Bijv. de uitspraak dat bestanden op magnetische informatiedragers strafrechtelijk als ‘geschriften’ beschouwd kunnen worden, Rb. Rotterdam 31 mei 1988, Computerrecht 1988/4, en de recente uitspraak van de Rb. Den Haag, waarin het onbruikbaar maken van een computerprogramma als ‘zaakbeschadiging’ werd gekwalificeerd.

24 Zoals ‘gegevens’ in de voorstellen van de Commissie Computercriminaliteit.