

**Thomas Hoeren, Softwareüberlassung als Sachkauf,
Münster, 1989, diss., 195 blz.
Uitgegeven door C.H. Beck, München, ISBN 3 406 33906 9.**

Boekbespreking door P.Kleve

Een zeer verfrissende kijk op het rechtskarakter van vervreemdingscontracten voor standaardsoftware, zo zou ik de dissertatie van Hoeren willen karakteriseren. Een kijk ook, als zij een algemeen geaccepteerde opvatting zou worden, met verstrekkende gevolgen voor de softwarebranche. Voor bedrijfsjuristen uit de branche en voor de advocatuur is dit boek derhalve van harte aanbevolen. De wetenschappers onder ons, met name zij die moeite hebben met een vereenvoudigde benadering van het fenomeen software, zullen geneigd zijn het standpunt van Hoeren als te simplistisch af te doen. Ik zelf ben dat niet.

De kernvraag die Hoeren stelt, is wat de aard is van een overeenkomst tot verkrijging van een softwarepakket. In zijn proefschrift beperkt hij zich tot de vervreemding/verkrijging van *standaardsoftware*¹ (a). Aan de hand van "het standaardgeval" - de PC-gebruiker die met een leverancier een overeenkomst sluit voor de verkrijging van een programmapakket op diskette tegen een éénmalige vergoeding - onderzoekt hij vervolgens de rechtskracht van enkele veel voorkomende gebruiksbeperkingen (b). Na de bespreking van het standaardgeval passeren achtereenvolgens nog de revue: LAN-overeenkomsten, telesoftware, aanvullende overeenkomsten met de maker, en public domain overeenkomsten (c).

Hoeren kiest voor een zeer systematische opbouw, waarin hij uiteenlopende opvattingen naast elkaar plaatst. Op dezelfde systematische wijze rekent hij echter af met opvattingen welke de zijne niet ondersteunen. Zonder daarmee de intentie te hebben afbreuk te willen doen aan de door Hoeren gesignaleerde nuanceringen, zal ik mij in deze boekbespreking beperken tot het weergeven van de hoofdlijnen van zijn betoog.

Ad a. Software valt in beginsel onder de werking van het auteursrecht (Hoeren plaatst een kritische kanttekening bij de (te) hoge originaliteitseis in de Incassoprogramma-uitspraak van het BGH). Voor een beoordeling van de verschillende contractstypen baseert Hoeren zich ook op het BGB. Hij constateert dat de tot nog toe gehanteerde indelingen van de diverse software-overeenkomsten geen van alle toereikend zijn. Of dit nu een rechtstreekse

1. Maatsoftware wordt, naar het schijnt voor het Duitse recht onomstreden, onder verwijzing naar een tweetal uitspraken van het BGH (en ook naar Vandenberghe, Partijaansprakelijkheid) als aanneming van werk geclassificeerd.

toepassing is van 'koop van een gebruiksrecht' of aanneming van werk, dan wel analoge toepassingen van koop- huur- of licentie-overeenkomsten. Ook de kwalificatie als contract sui generis wijst hij af. Hoeren wijst er op dat aan de betiteling van een overeenkomst geen doorslaggevende betekenis mag worden toegekend. Overeenkomsten die er in eerste aanleg op gericht zijn de eigendom van de geleverde zaak over te dragen, aldus de toelichting bij § 651 BGB, kunnen alleen als koopovereenkomst geclassificeerd worden.

Op het eerste gezicht een wel erg legistische opvatting. Tegengeworpen kan worden dat Hoeren hierin miskent dat de eigendom (van het programmapakket, niet het geestesprodukt, PK) nu juist niet moet worden overgedragen. Daarentegen vraagt Hoeren zich juist af of, indien een softwareleverancier beoogt bijvoorbeeld softwarepiraterij te voorkomen, het *niet verschaffen* van de eigendom op het softwarepakket wel het daartoe geëigende middel is, en of zodoende niet een ontoelaatbare reductie van de toepassing van het eigendomsrecht wordt aangebracht. In dit verband komt dan betekenis toe aan het bestaan van auteursrechten op het 'geestesprodukt' los van de vraag naar de zakenrechtelijke eigendom van een programmapakket. Het evenwicht tussen de belangen van de producent om softwarepiraterij tegen te gaan en de belangen van de afnemer op een onbelemmerd gebruik van 'zijn eigendom' wordt hier bereikt door de beperkingen bij de (auteurs)wet gesteld en de inachtneming van rechten van anderen. Een "Gebruiksrechtovereenkomst" bijvoorbeeld zou aldus te kwalificeren zijn als een koopovereenkomst met een aantal ontbindende voorwaarden. En dan blijkt dat deze interpretatie waarin *ook* de belangen van de afnemer worden betrokken, evenals bij de onder b. te bespreken beperkingen toch de maatschappelijke functie van het recht dient.

Ad b. Om de vervreemding van een programmapakket als koop te bestempelen, dient vanzelfsprekend een aantal (bekende) hindernissen te worden genomen. Een programmapakket, geïndividualiseerd als 'Programmpakket XY Serienummer: ...', beargumenteert Hoeren als een lichamelijke zaak². De enkele overdracht van een gebruiksrecht wordt afgewezen. Omdat het laden van een computerprogramma in het werkgeheugen van een computer niet als een auteursrechtelijk relevante verveelvoudiging, noch als vastlegging gezien kan worden, behoeft de verkrijger van een programmapakket geen *gebruiksrecht* om zijn programma te mogen gebruiken. Nadat ook de optie van know-how overeenkomst terzijde is geschoven, komt Hoeren tot de conclusie dat de overeenkomst erop gericht is om de eigendom van een programma-kopie over te dragen. Het opnemen van gebruiksbeperkingen verzet zich op zichzelf niet tegen een kwalificatie als koopovereenkomst (zie hierboven onder a.). Zelfs clausules waarin nadrukkelijk een eigendomsvoorbehoud wordt gemaakt,

2. Het zij mij veroorloofd op deze plaats te verwijzen naar Kleve en De Mulder, "De juridische status van software", NJB 1989/37, en de kritiek daarop in NJB 1990/7.

kunnen Hoeren niet vermurwen. Het doel van het eigendomsvoorbehoud, aldus Hoeren, is om naar de gebruiker toe te benadrukken dat ondanks de overdracht van een programmakopie de handhaving van alle rechten van intellectuele eigendom bij de softwareleverancier berusten. Een eigendomsvoorbehoud gaat dan volgens Hoeren veel te ver, en verdraagt zich niet met de verplichting op grond van § 433 I 1 BGB de eigendom op de programmakopie over te dragen.

De karakterisering van softwarevervreemdingscontracten als koopovereenkomsten heeft consequenties ten aanzien van een aantal daarin veel voorkomende beperkende voorwaarden:

- Zo kent Hoeren aan vervreemdingsverboden geen rechtskracht toe. Op basis van de uitputtingstheorie (Erschöpfungsgrundsatz, § 17 II UrhG) kan de auteursrechthebbende zich ten opzichte van derden niet verzetten tegen verdere verspreiding van met zijn toestemming in het verkeer gebrachte exemplaren. Of het verbod tot vervreemding verbintenisrechtelijk geldig is, wordt door Hoeren beoordeeld aan de hand bepalingen uit de wet op de standaardvoorwaarden. § 9 II Nr. 1 AGBG bepaalt dat een contractsclausule nietig kan zijn indien deze niet verenigbaar is met de essentiële bepaling waarvan wordt afgeweken. Hoeren meent deze "negatieve reflexwerking" te kunnen afleiden uit het bestaan van § 17 II UrhG, de uitputtingsgrondslag, terwijl de softwareleverancier zich niet kan beroepen op bijzondere beschermingswaardige belangen. § 9 II nr. 2 AGBG bepaalt dat een clausule nietig kan zijn indien deze een wezenlijke beperking inhoudt van de uit de aard van de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen. In combinatie met de hierboven gememoreerde § 433 I 1 BGB, wordt een verbod tot vervreemding dus ook op grond van deze bepaling door schrijver nietig geacht. Hoeren noemt een tweetal alternatieven: (i) Een naar tijd begrensd vervreemdingsverbod om het programmapakket aan "handelaren in gebruikte software" aan te bieden (tot aan de introductie van een nieuwe versie), wordt in de ogen van Hoeren gerechtvaardigd door het belang van de softwareleverancier een wederverkooporganisatie in stand te kunnen houden. (ii) Kiest de softwareleverancier voor *verhuur* van het softwarepakket (dus niet tegen een *éénmalige* vergoeding), dan kan hij de verspreiding controleren zonder dat de uitputtingstheorie opgeld doet. Wel kunnen voorwaarden gesteld worden aan verdere vervreemding, met het oog op het belang van de softwareleverancier om softwarepiraterij te voorkomen: informatieplicht aan wie vervreemd is, met kettingbeding; bevoegdheid aan de leverancier om te controleren dat na de vervreemding geen reservekopieën zijn achtergehouden; en een boetebeding bij overtreding van deze contractsbepalingen.

- Ook een *algemeen* verhuurverbod acht Hoeren nietig. Vanwege het hogere piraterijrisico stelt hij voor de verhuur van een programmapakket aan de toestemming van de softwareleverancier te onderwerpen. Deze mag zijn toestemming niet op grond van economische motieven onthouden.
- Bepalingen die ten doel hebben het gebruik van een programmapakket tot één CPU te beperken, zijn auteursrechtelijk zonder betekenis (zie de auteursrechtelijke overwegingen hierboven) en bovendien in strijd met de uit de aard van de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen. Ook hier acht Hoeren een informatieplicht aan, en een controlebevoegdheid van de softwareleverancier denkbaar.
- Een verbod tot reassembling is auteursrechtelijk zonder betekenis, aangezien dit niet als verveelvoudiging, bewerking of verandering van de software is te beschouwen. Vanwege het hoge piraterijrisico is een verbod tot reassembling contractueel geoorloofd, voorzover de softwareleverancier niet in staat van faillissement verkeert.
- Tenslotte wijst Hoeren op het vormvoorschrift van § 34 GWB, dat gebruiksbepalingen die verder gaan dan een verhuurverbod (CPU-clausules; verkoopverboden) schriftelijk overeengekomen en door partijen ondertekend dienen te worden.

Ad c. Hoofdstuk 2, waarin het standaardgeval met een vijftal consequenties wordt behandeld, neemt bijna de helft van het proefschrift in beslag. Het zal duidelijk zijn dat de toon daarmee is gezet. In de hoofdstukken 3 tot en met 6 wordt dezelfde systematiek gevolgd voor de andere vormen van distributie van standaardsoftware. Het gaat daarbij steeds om de volgende aspecten: De overeenkomst is gericht op de eigendomsoverdracht van een programmakopie en kan worden betiteld als een koopovereenkomst; Zijn bepalingen die deze vormen van distributie kenmerken te baseren op de auteur toekomstige rechten?; Kunnen deze bepalingen op grond van de wet op de standaardvoorwaarden onder omstandigheden nietig zijn? De beantwoording van deze laatste vraag vindt plaats tegen de achtergrond van het naar de mening van Hoeren beoogde doel van de softwareleverancier, in relatie tot het belang van de afnemer op een zo 'vol' mogelijk gebruik van zijn eigendom.

- Hoeren meent dat voor het gebruik van een programmapakket in een netwerk geen toestemming nodig is van de auteursrechtelijke: Het laden van het programma in het werkgeheugen van een werkstation is geen auteursrechtelijk relevante verveelvoudiging, omdat voor verveelvoudiging tenminste duurzame vastlegging vereist is; het kopiëren van de software op de vaste schijf van een server evenmin, omdat deze handeling noodzakelijk

is om het programma te kunnen gebruiken, dus voortvloeit uit het doel van de overeenkomst. Evenals Spoor³ en anders dan Hugenholtz⁴ kiest Hoeren ten aanzien van het vraagstuk van openbaarmaking voor het regime van de onlichamelijke openbaarmaking. Anders echter dan Spoor meent Hoeren dat tussen gebruikers van één LAN in de regel banden van persoonlijke aard bestaan, op grond waarvan de toegankelijkheid van een LAN niet als openbaarmaking beschouwd kan worden⁵. Op grond van AGBG bepalingen concludeert Hoeren dat Netwerk-verboden en prijsafspraken nietig zijn.

- Ook het beschreven voorbeeld van telesoftware - het laden van een programmakopie via de telefoon, waarbij afrekening plaatsvindt via de telefoonrekening - wordt door Hoeren beschouwd als een koopovereenkomst: de overeenkomst is gericht op de eigendomsoverdracht van een programmakopie, tegen betaling van een éénmalige vergoeding. De uitputtingstheorie vanuit auteursrechtelijke zijde en de AGBG vanuit verbintenrechtelijke zijde verzetten zich tegen vervreemdings- en verhuurverboden.
- In hoofdstuk 5 bespreekt Hoeren drie situaties waarbij, na de 'koop' van het programmapakket bij de tussenhandel, aanvullende overeenkomsten met de softwareleverancier worden gesloten: de shrink-wrap-license, de return-overeenkomst (De gebruiker laat zich registreren als gebruiker door de inzending van een antwoordkaart waarop hij verklaart accoord te gaan met de gebruiksbepalingen) en de enter-overeenkomst (Voordat het programma voor de eerste keer gebruikt wordt, verschijnen de gebruiksbepalingen op het scherm. Door het ingeven van de ENTER-toets verklaart de gebruiker zich accoord met deze voorwaarden). Deze overeenkomsten worden door Hoeren niet getypeerd als licentie-overeenkomsten, maar als een combinatie van garantie-overeenkomsten met aanvullende licentiebepalingen. Alleen de return-overeenkomst komt daarbij rechtsgeldig tot stand. De overige twee missen een wilsverklaring van de gebruiker.
- Public Domain software wordt in twee categorieën ingedeeld. De zogenaamde 'freeware', waarbij alleen een vergoeding voor de gemaakte kosten in rekening wordt gebracht, wordt door Hoeren gekwalificeerd als een koopovereenkomst; de 'shareware' software ziet hij als een vorm van koop op proef. Met deze kwalificaties roept public domain software geen andere vragen op dan de reeds besproken.

3. Computerrecht 1984/2.

4. Auteursrecht en Information Retrieval, Post Scriptum 1982

5. Zie ook: "Juridische aspecten van netwerken", NVIR, Utrecht 1990

Het betoog van Hoeren steunt op een viertal pijlers. (i) Software is een auteursrechtelijk beschermd werk. (ii) Vervreemdings/verkrijgingsovereenkomsten moeten worden gekwalificeerd als koopovereenkomsten. (iii) Enkele in software-overeenkomsten veel voorkomende beperkende bepalingen vinden geen steun in het auteursrecht. (iv) Op grond van bepalingen uit de ABGB in combinatie met het BGB zijn die bedingen, die het vrije gebruik van de eigendom van het programmapakket beperken, nietig. De vraag rijst dan of en in hoeverre deze uitgangspunten ook in het Nederlandse recht zijn terug te vinden. Een aantal keuzes van Hoeren is zeker nog arbitrair. Gerefereerd is al aan de discussie of toegankelijkheid van software in een besloten databank (of in een LAN?) al dan niet een daad van ongeoorloofde openbaarmaking is. Zo kan ook de kwalificatie van een exemplaar van een computerprogramma (programmapakket) als 'zaak', vanwege het vermeende immateriële karakter van 'het programma zelf' nog niet als *communis opinio* beschouwd worden. Voorts dient de vraag zich aan naar de ontoelaatbaarheid van inperkingen op de eigendom in het Nederlandse rechtssysteem.

Wat mij aanspreekt in de benadering van Hoeren is zijn inpassing van het fenomeen software in het bestaand juridisch begrippenkader. Evenals Hoeren ben ik van mening dat de handel in software geen nieuwe juridische constructies vereist. Ingewikkelde licentie-overeenkomsten of de kwalificatie als *sui-generis* contract vormen op zichzelf geen bescherming tegen het piraterij-risico, noch bieden ze meer bescherming dan die bijvoorbeeld reeds door de Auteurswet geboden wordt. Een kwalificatie als *sui-generis* overeenkomst daarentegen zal eerder rechtsonduidelijkheid bevorderen. In geval van een koopovereenkomst staan beschouwingen over het eigendomsrecht als 'een individueel recht op het ongelimiteerd exclusief gebruik van zaken ... en de overdraagbaarheid ervan'⁶, de wet op de standaardvoorwaarden en de goede trouw, ook in het Nederlandse rechtstelsel in de weg aan de eigendom beperkende bedingen, ondanks onze contractsvrijheid. Een groot praktisch voordeel van inpassing in de bestaande rechtsdogmatiek is gelegen in de toepassing van bestaande wetsinterpretaties en jurisprudentie.

In ieder geval komt met het proefschrift van Hoeren een van de naar mijn mening interessantste functies van het informaticarecht tot uitdrukking. Technologische ontwikkelingen stellen ons voor nieuwe afwegingen, waarbij de grenzen van bestaande juridische kaders worden verkend. Het is een onderschatting van de flexibiliteit en van de waarde van ons rechtssysteem om te concluderen dat die afwegingen er steeds toe nopen geheel nieuwe constructies te verzinnen.

6. Meijs en Jansen, *Eigendom tussen politiek en economie*, Groningen, 1989