

De UsedSoft-uitspraak: een kleine revolutie

Citeersuggestie: A. Engelfriet, De UsedSoft-uitspraak: een kleine revolutie, Nijmeegs Juridisch Faculteitsblad; ITenRecht [IT979](#).

Een kleine revolutie, noemde Coen Drion de uitspraak¹. En het is ook een revolutionaire uitspraak van het Hof van Justitie: gedownloade gekochte software mag worden doorverkocht, en kopers van tweedehands software hebben een wettelijk gebruiksrecht. Ongeacht wat in de licentie staat. Lekker puh. Oké, dat laatste is mijn mening maar de rest is de opvatting van het Hof van Justitie in de UsedSoft zaak waarbij Oracle dit Duitse tweedehandssoftwarelicentieverkoopbedrijf had aangeklaagd.² En daarmee schopt het Hof flink tegen de schenen van softwareauteursrechthebbers die altijd hebben geroepen dat je software niet koopt maar “slechts onder licentie verkrijgt”

De softwaremarkt zoals wij die kennen, bestaat eigenlijk pas een jaar of dertig. De eerste computers eind jaren vijftig werden uitgebracht als speciaal ontworpen toestellen voor specifieke taken. Het idee dat de software op die toestellen los verkocht zou kunnen worden, kwam in niemand op. Sterker nog, er waren in die tijd clubjes gebruikers die software met elkaar deelden.

Het keerpunt kwam in 1969, toen IBM zijn hardware- en softwareactiviteiten van elkaar loskoppelde, en daarmee effectief het leven schonk aan de software-industrie als zodanig. Belangrijke stimulans daarbij was de opkomst van de personal computer, een

goedkoop alternatief voor de grote ijzeren mainframecomputers die in die tijd gebruikelijk waren.

Veel softwareverkopers maakten zich echter zorgen over de levensvatbaarheid van die markt, omdat het niet duidelijk was welke juridische bescherming zij zouden krijgen. Discussies binnen de WIPO en elders hierover leidden tot verschillende voorstellen, variërend van auteursrecht en octrooiwet tot een *sui generis*-recht dat specifiek voor de bescherming van software zou moeten worden ontworpen. Uiteindelijk koos men voor het auteursrecht, vooral vanwege het pragmatische feit dat men auteursrecht eenvoudigweg van toepassing kon verklaren en dat geen dure registratie- of aanvraagprocedures nodig zouden zijn (zoals bij octrooien bijvoorbeeld).

De VS was het eerste land dat auteursrechtbescherming voor software toepaste. In 1991 volgde de Europese Economische Gemeenschap met haar softwarerichtlijn, die grotendeels gebaseerd was op de Amerikaanse wet, maar liberalere bepalingen bevatte ten aanzien van reverse engineering.

Hiermee ontstond een daadwerkelijke markt voor software. Deze tijd werd wel het “*shrink-wrap*-tijdperk” genoemd, vanwege de manier waarop de software beschikbaar werd gesteld: in grote, in *shrink-wrap* verpakte dozen. Het achterliggende model was simpel: software werd verkocht “als een boek” (om de softwarelicenties van Borland

¹ C.E. Drion, ‘Tweedehands Software’, in VOORAF,

NIBlog.nl van 4 september 2012.

ICTrecht B.V. | Sarphatistraat 610-612 | 1018 AV Amsterdam | KvK 34216164 | BTW NL8223.30.040.B01 | Rabobank 325.281.378
2. HvJ zaaknr. C-128/11 | +31 (0)20 66 31 941 | f +31 (0)20 66 55 032 | info@ictrecht.nl | ictrecht.nl

aan te halen), oftewel men moest betalen voor elk aangeschaft exemplaar.

Maar helemaal “als een boek” was het niet: waar je boeken kon doorverkopen (tweedehands) en je zelfs in beperkte mate mocht kopiëren uit een boek (tegen een vergoeding), kwam software met uitgebreide juridische documenten die in strenge taal verklaarden dat hier volstrekt geen sprake was van verkoop, laat staan van enig recht. Bij wijze van gunst mocht de verkrijger de software installeren en gebruiken, maar laat niemand het zelfs maar in zijn hóófd krijgen te denken dat hij iets had gekocht.

Gek genoeg had vrijwel iedere koper hier geen enkel probleem mee. Nee, software koop je niet, die neem je in licentie. En dat licentieconstructies steeds complexer en ondoorzichtiger werden, hoorde nu eenmaal bij het spel. Bedrijven als UsedSoft, die pretendeerden tweedehands software te verkopen, opereerden dan ook in een grijs gebied. Toen het bedrijf naar de smaak van softwareleverancier Oracle dan ook iets te groot werd, stapte men naar de rechter. En dankzij die stap kon het Europese Hof de teugels weer eens aanhalen.

De Softwarerichtlijn, die auteursrecht op software regelt, bepaalt dat de auteursrechten zijn uitgeput op een exemplaar van software wanneer dat door de rechthebbende in de handel wordt gebracht via verkoop. Dat exemplaar mag worden doorverkocht, ongeacht wat er in de licentie staat. Logisch, zo werkt het met boeken ook. Pardon, met auto's – want het is in de ICT verplicht om vergelijkingen met auto's te

maken.

Maar hoe zit het dan met gedownloade software? Dat staat niet letterlijk in die richtlijn geregeld. Het Hof houdt het simpel. Een kopie hebben van software is zinloos als je niet ook een gebruiksrecht daarop hebt, begint het dus. En vervolgens constateert men dat uit diverse wetten en richtlijnen volgt dat een download eigenlijk hetzelfde is als een CD kopen: je krijgt een kopie en toestemming voor gebruik. Of de kopie materieel of immaterieel is, maakt niet uit. Zo staat er in de Softwarerichtlijn dat de bescherming van software in alle media hetzelfde moet zijn. Hoewel dat ongetwijfeld opgeschreven is om te voorkomen dat men ergens minder bescherming zou kunnen krijgen dan ergens anders, werkt die zin natuurlijk ook omgekeerd: als uitputting fysiek een grens is, dan ook op internet.

Wel moet het gaan om “verkoop”, en niet elke licentieovereenkomst is een verkoop. Er moet sprake zijn van een licentie die onbeperkt is in de tijd, en er moet een redelijke vergoeding tegenover staan die in overeenstemming is met de economische waarde van de software. Dat laatste is ter onderscheid van huur: wie 3 euro per maand betaalt, huurt de software, maar wie 300 euro in één keer betaalt en daarna nooit meer, koopt de software.

Tevens moet de verkoper zijn kopie van de software onbruikbaar maken. Dus wissen, ook de *back-ups*. Wederom logisch.

En voor het geval bijdehandse rechthebbenden in de licentie doorverkoop willen hinderen: dat mag niet, lekker puh. Oeps, doe ik het weer. In

de Swarwererichtlijn staat namelijk dat je het een rechtmatige verkrijger niet mag verbieden om normaal gebruik van de software te maken. En daaronder valt dus ook het mogen doorverkopen van de software met licentie, dat is ook normaal.

Tussen neus en lippen door schopt men nog even tegen de schenen van de fjnslijpers die altijd zeiden dat “rechtmatig verkrijger” iemand is die een geldige licentie bezit. Daarmee wordt dat begrip eigenlijk zinloos. De wetgever wilde een juridische positie voor afnemers scheppen, en niet een synoniem voor “contractuele wederpartij”. Als je tegen een verkrijger van een tweedehands kopie kunt optreden met je auteursrecht, is het onmogelijk om software door te verkopen.

Als beperking geldt wel dat een gekochte licentie niet mag worden gesplitst. Koop je 23 licenties in één contract, dan mag je ze alleen als bundel van 23 doorverkopen. Dat lijkt net wat strenger dan in de fysieke wereld, maar ergens klopt het wel. Als je een 23-delige encyclopedie (een papieren Wikipedia) koopt, word je geacht die alleen met z’n 23-igen door te verkopen. Niet per stuk. Dat beperkt wel de handelsvrijheid van UsedSoft, waar je wel gesplitste licenties kon kopen.

En men “beklemtoont” nog even dat Oracle wél het recht heeft om te *auditten* of doorverkochte software wel echt gewist is bij de eerste koper. Dat is ongetwijfeld bedoeld als een soort goedmakertje: we pakken je wel het recht af om tegen UsedSoft op te treden maar je staat niet helemaal met lege handen hoor. Hoewel ik me goed kan voorstellen dat Oracle hier in de praktijk

weinig aan heeft.

Ik ben heel benieuwd wat de reactie in de markt zal zijn. In eerste instantie zet ik m’n geld op “compleet negeren en heel hard LALALA roepen als iemand erover begint”. Volhouders gaan blafbrieven van advocaten krijgen met kulargumenten als “dat was een Duitse zaak, dat geldt niet bij ons” of “ons licentiemodel is wezenlijk anders dan Oracle”. Of met het iets-minder-kulargument “onze licenties zijn 5 jaar geldig” en/of “u moet elk jaar betalen dus is het huur”. Maar dat lost zich vanzelf op als ook de eerste Nederlandse rechtszaken uitgevochten zijn. Een arrest als dit van het Europese Hof wordt echt niet zomaar genegeerd bij de rechter.

Ik denk zelfs dat de impact van dit arrest nóg breder is dan alleen het software-auteursrecht. De basis voor het arrest is immers de algemene regel van de uitputting van het auteursrecht uit de Auteursrecht-richtlijn (2001/29) en niet een software-specifieke richtlijn. En men spreekt vervolgens wel van het distributierecht zoals dat volgt uit de swarwerichtlijn (2009/24, de opvolger van 91/250) maar ik kan daar weinig écht softwarespecifiek aan ontwaren. Er is volgens mij geen enkel verschil tussen de koop van een e-book (immateriële kopie) en de koop van een fysiek boek (materiële kopie). Tenminste, als je koop definieert als “eeuwig gebruiksrecht tegen éénmalige prijs die matcht met de economische waarde” zoals het Hof in deze uitspraak doet.

Natuurlijk is het wél anders bij *streaming* en dergelijke: daar is het bedrag veel lager en het gebruiksrecht ook duidelijk beperkter. Dat zou ik dan eerder verhuur/uitlenen noemen en daarbij

staat vast dat er geen sprake is van uitputting. En dat verklaart dan ook wat ze bedoelden met de verwijzing naar online diensten: wie een video streamt, en daar een kopie van maakt, kan geen uitputting claimen.

Een uitputtingsregel bij downloadbare content lijkt me minstens zo belangrijk als een uitputtingsregel bij downloadbare software. En wel hierom: auteursrecht is niet bedoeld enkel om de rechthebbende in staat te stellen zijn inkomsten te maximaliseren en een absoluut monopolie te krijgen op alles dat mensen met zijn werk te willen doen. Auteursrecht dient óók de maatschappij: werken moeten op de markt komen, beschikbaar zijn voor anderen, verhandeld kunnen worden. Uitputting is een belangrijk instrument gebleken in de offline wereld om een balans tussen de belangen van auteur en maatschappij te creëren. Als boekenuitgevers net zo met auteursrecht hadden kunnen omgaan als softwarerechthebbenden, dan had de hele tweedehands boekenhandel niet kunnen bestaan. Hadden bibliotheken slechts kunnen opereren bij de gratie van de licentie. En hadden boeken niet van ouder op kind kunnen worden overgeërfd.

In de digitale contentwereld wordt veel geklaagd over de beperkte beschikbaarheid van muziek en met name films. Een legaal handeltje opzetten in digitale inhoud valt niet mee, want je moet en je zal een licentie nemen. En daarbij worden forse voorschotten gevraagd door rechthebbenden, zodat maar weinig partijen het aandurven. Voor muziek verbetert deze situatie heel langzaam aan, maar dat de meeste mensen anno 2012 alleen iTunes en

Spotify kunnen noemen als legale muziekhandels is eigenlijk een schande.

Een tweedehandswinkel voor muziek of films zou hier best wel eens een leuk breekijzer voor de markt kunnen zijn. Mensen kopen online een film, en na een paar keer kijken verkopen ze deze tweedehands. Een ander kan deze dan (goedkoper, zo veronderstel je) aanschaffen, maar moet maar hopen dat er net een tweedehands kopie van die film beschikbaar is. Wil je zekerheid? Dan moet je naar de "originele" winkel, en daar zal de prijs hoger zijn.

Of misschien juist niet. Want tweedehands films zijn kwalitatief net zo goed als het origineel, en nog eens goedkoper ook. Dat biedt – zeker in Nederland – perspectief voor kopers. Dus dan zullen de originele verkopers extra aan de bak moeten om hún meerwaarde te laten zien. En dat stimuleert dan de creativiteit in het aanbieden van werken waar de Auteurswet voor gemaakt is.

Natuurlijk zal een dergelijke tweedehands-mp3 winkel wel enkele extra stappen moeten nemen. Het Hof eist immers dat de verkoper zijn kopie wist nadat deze tweedehands is verkocht, en biedt de mogelijkheid voor de rechthebbende om dit met een audit te verifiëren. Zo'n winkel zal dit op een of andere manieren moeten faciliteren, en dat zal niet meevallen. Maar slimme IT'ers weten daar vast wel een oplossing voor.

Een kleine revolutie inderdaad. En een broodnodige, om de markt op gang te krijgen.