

E.P.M. Thole, Software, een 'novum' in het vermogensrecht, diss. Universiteit Utrecht, promotor prof. mr. W.F. Grosheide, co-promotor mr. F. de Graaf, Informatica en recht nr. 14, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen-Deventer 1991, 332 p.

Van de juridische (auteursrechtelijke) bescherming van software kan zeker niet worden gezegd dat het een onderschoven kindje binnen het informaticarecht is. Alleen al in Nederland zijn in de afgelopen jaren tientallen artikelen en rapporten aan dit onderwerp gewijd. Een blik op het zeer uitgebreide notenapparaat in het proefschrift van Elizabeth Thole toont de opeenstapeling van literatuur.

Het hier te bespreken proefschrift van mevrouw Thole wil ik zeker meer waarde toekennen dan dat het uitsluitend een nieuwe publikatie in de rij is. Hoewel ook Thole de auteursrechtelijke bescherming van software als onderwerp ter hand neemt, beperkt zij zich in haar studie niet tot de problemen rondom deze vorm van bescherming, maar breidt zij het onderzoeksterrein uit door te kijken wat vervolgens de positie van (het auteursrecht) op software binnen ons vermogensrecht is. Hierbij staan vier vragen centraal: kan het auteursrecht op software worden overgedragen?; kan software worden gelicentieerd?; kan het auteursrecht op software (stil) worden verpand?; is het auteursrecht op software vatbaar voor (faillissements)beslag? Het is dan ook bij de behandeling van deze vragen dat de studie z'n waarde toont.

Thole start haar onderzoek met een inleiding tot het onderwerp, waarbij zeer kort

wordt stilgestaan bij een aantal technische begrippen en de actoren op de softwaremarkt. De auteur, die het proefschrift in oktober 1991 verdedigde, geeft tevens aan dat zij zich bij haar onderzoek heeft laten leiden door twee belangrijke data, te weten: 1 januari 1992 en 1 januari 1993. De eerste datum, de inwerkingtreding van het nieuwe vermogensrecht, is voor Thole de reden geweest de studie vanuit het 'Nieuw BW-perspectief' te schrijven. De tweede datum staat centraal in verband met het wegvallen van de binnengrenzen van de Europese Gemeenschap (EG) en omdat deze was voorzien als de datum waarop de EG-Richtlijn softwarebescherming in onze nationale wetgeving zou moeten zijn geïmplementeerd. Hoewel een voorstel tot aanpassing van de Auteurswet 1912 (Aw) op 4 maart 1992 bij de Tweede Kamer werd ingediend¹, is de datum van 1 januari 1993 gepasseerd zonder een Nederlandse implementatie van de EG-Richtlijn. De Tweede Kamer publiceerde in het najaar van 1992 een zeer kritisch Voorlopig Verslag en de verwachting is dat er nog enige maanden overheen zullen gaan alvorens de diverse software-bepalingen expliciet in de Auteurswet zullen zijn opgenomen.

Hoofdstuk 2 behandelt de auteursrechtelijke bescherming van software, waarbij zowel aandacht wordt besteed aan de ontwikkelingen in Nederland als in de EG. De argumenten die in de loop der tijd zijn aangevoerd om software via een afzonderlijk regime te beschermen overtuigen Thole kennelijk niet. Zonder in te gaan op de toch steeds duidelijker wordende fricties tussen enerzijds de traditionele auteursrechtelijke principes en anderzijds de economische belangen van softwarebescherming concludeert Thole: 'Een weg terug lijkt niet meer te bestaan.'

Gezien de huidige stand van zaken met betrekking tot softwarebescherming is het interessant vast te stellen dat ook Thole zich een voorstander toont van de toepassing van de zogenaamde 'geschriftenbescherming'. Op grond van deze beschermingsvorm kunnen in ons land geschriften die de voor auteursrechtelijke bescherming vereiste oorspronkelijkheid ontberen toch worden beschermd, zij het onder beperkende voorwaarden. Inmiddels heeft de regering in het in maart 1992 ingediende voorstel tot aanpassing van de Auteurswet besloten deze vorm van bescherming voor software uit te sluiten. Het is niet verwonderlijk dat dit standpunt onderwerp van stevige kritiek is. Velen menen met Thole dat 'de in de ontwikkeling van programmatuur gestoken "bloed, zweet en tranen" hoe dan ook bescherming verdienen.'

De auteur staat in hoofdstuk 2 eveneens stil bij de vraag in hoeverre het eigendomsrecht (naast het auteursrecht) van betekenis kan zijn voor de bescherming van software. Art. 5:1 BW geeft duidelijk aan dat het eigendomsrecht slechts kan rusten op een zaak, hetgeen betekent dat software, zijnde geen lichamelijk goed, niet vatbaar is voor eigendomsrechtelijke aanspraken. De vraag is echter of dergelijke aanspraken desalniettemin mogelijk zijn via het op de gegevensdrager (waarop de software is vastgelegd) rustende eigendomsrecht. Ter beantwoording van deze vraag stelt Thole de opvatting van Dommering², die meent dat aan het eigendomsrecht op de drager een zelfstandige betekenis kan worden toegekend, tegenover die van Verkade³. De laatste stelt zich op het standpunt dat het op de drager rustende eigendomsrecht niet toereikend is om aan de daarop neergelegde software een zelfstandige bescherming te bieden. Immers, de be-

1. Voorstel van Wet 'Wijziging van de Auteurswet 1912 in verband met de rechtsbescherming van computerprogramma's', Tweede Kamer 1991-1992, 22 531, nrs. 1-3.

2. Dommering E.J., 'Gegevensbescherming, Bespreking van de vier preadviezen voor de vergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging', *Computerrecht*, 1988/2, p. 64.

3. Verkade D.W.F., 'Gegevensbescherming en privaatrecht', *Handelingen 1988 der Nederlandse Juristen Vereniging*, deel 1, Zwolle 1988, p. 38-39.

langen van degene die de software ontwikkelde kunnen niet in alle gevallen op één lijn worden gesteld met die van de eigenaar van de drager. Thole neemt in deze discussie een middenpositie en concludeert dat: 'tegen de standpunten van Dommering en Verka- de even zoveel vóór- als tegenargumenten zijn in te brengen.' Uiteindelijk zal het, zo stelt de auteur, van de specifieke omstandigheden afhangen of, en zo ja in hoeverre, een eigendomsrecht op de drager uitkomst kan bieden aan degene die aanspraak maakt op de bescherming van de daarop neergelegde software.

In hoofdstuk drie staan de exploitatierechten op software centraal, waarbij de voor het gebruik van software relevante openbaarmakings- en een verveelvoudigingshandeling worden besproken. Thole behandelt het maken van een back-up kopie, de distributie van software en de omzetting van software in een andere taal of vorm. Ook de omstreden handeling van 'reverse engineering' komt hier aan de orde. Dit zogenaamde decompileren van software(-componenten) levert in die zin auteursrechtelijk relevante handelingen op, dat het decompilatieproces tot een verveelvoudiging en bewerking van de objectcode noodzaakt. Omdat dergelijke handelingen voorbehouden zijn aan de auteursrechthebbende, is hiervoor in beginsel toestemming vereist. Bij de vaststelling van de EG-Richtlijn inzake de bescherming van software, is echter besloten dat reverse engineering onder bepaalde omstandigheden een uitzondering op de exclusieve rechten van de auteur rechtvaardigt. Reverse engineering door de rechtmatige gebruiker van een programma is toegestaan indien het als doel heeft het onafhankelijk creëren van een compatibel programma. Belangrijk is dat van de wettelijke mogelijkheid tot reverse engineering niet bij overeenkomst mag worden afgeweken. De Nederlandse wetgever heeft de EG-regeling inzake reverse engineering neergelegd in art. 45m van het eerdergenoemde wetsvoorstel tot aanpassing van de Auteurswet. Hoewel de reverse engineering discussie velen in de pen heeft doen kruipen om de argumenten voor en tegen onder de aandacht te brengen, onthoudt Thole zich van een duidelijk standpunt in deze. Haar conclusie is dat de nu aanvaarde regeling een compromis is tussen enerzijds de belangen van de software-gebruikers en anderzijds die van de softwareleveranciers. Met name gezien het internationale karakter van software-transacties, was het mijns inziens interessant geweest indien Thole aandacht had besteed aan de mogelijkheden voor Amerikaanse software-leveranciers om langs contractuele weg en het van toepassing verklaren van Amerikaans recht, de Europese regeling inzake reverse engineering te omzeilen.

De persoonlijkheidsrechten op software komen in hoofdstuk vier aan bod. Ten aanzien van de toepasselijkheid van deze rechten op software komen binnen de EG nogal wat verschillen naar voren. Zo heeft het 'droit d'auteur' land par excellence, Frankrijk, de onverkorte toepassing van de morele rechten voor wat betreft software ter zijde geschoven. Redenen hiervoor zijn ondermeer het ontbreken van een persoonlijke band van de auteur met de software en het feit dat de gebruiker de software moet kunnen aanpassen voor eigen gebruik. In Nederland heeft de wetgever zich terecht op het standpunt gesteld dat de aard van software in principe geen belemmering vormt voor de toepassing van persoonlijkheidsrechten. De in art. 25 Aw neergelegde 'redelijkheidstoets' geeft de rechter bovendien de mogelijkheid om in concrete gevallen geen beroep op morele rechten toe te staan. Zoals uit de bespreking van Thole blijkt is in de kwestie van de toekenning van morele rechten aan fictieve makers in Nederland geen eenduidig standpunt te vinden. Thole verdedigt in dit opzicht de visie dat alleen aan de reële makers van de software, in casu de programmeur/werknemer, een beroep op de persoonlijkheidsrechten toekomt. 'Dit betekent echter nog niet dat de betrokken werkgever c.q. rechtspersoon per definitie met lege handen achter moet(en) blijven. De fictieve makers

zullen op grond van het gemene recht hun persoonlijkheidsrechtelijke acties kunnen baseren.'

Het tweede deel van het proefschrift, waarin de positie van (het auteursrecht) op software binnen ons vermogensrecht centraal staat, vangt aan met een discussie over de aanschaf van software (hoofdstuk 5). Ik wil hier wijzen op de visie van Thole inzake de juridische kwalificatie van deze aanschaf. In Nederland is ondermeer door Hondius de, zeker voor kritiek vatbare, stelling verdedigd dat er bij licentieverlening op software sprake is van koop.⁴ Thole volgt deze opvatting niet. Zij meent dat een licentieovereenkomst zowel trekken van een huur- als van een koopovereenkomst vertoont, waardoor er sprake is van een gemengde overeenkomst. Echter, waar het auteursrecht op software wordt overgedragen (hetgeen over het algemeen bij software op maat gebeurt) is in de ogen van Thole wel sprake van een koopovereenkomst.

In hoofdstuk zes wordt vervolgens aandacht besteed aan het (faillissements)beslag op het auteursrecht op software. Zoals de auteur opmerkt werd er tot voor kort weinig aandacht besteed aan de kwestie van het beslag op auteursrecht. Met de acceptatie van software als een auteursrechtelijk beschermd werk en de stroom aan faillissementen binnen de software-branche is het onderwerp actueel geworden. Het probleem dat op dit punt rijst is dat de auteursrechthebbende op de software via een beroep op art. 2, derde lid, Aw de curator in een aantal gevallen kan verhinderen om het auteursrecht op software te vervreemden. Op deze manier wordt een financieel belangrijk verhaalsobject aan de boedel onttrokken. Hoewel Thole aanneemt dat de curator de mogelijkheid heeft om, op grond van misbruik van bevoegdheid en/of onrechtmatige daad, een onbetamelijk beroep van de rechthebbende op het bovengenoemde artikel af te wenden, lijkt een wetswijziging haar het overwegen waard. Art. 2, derde lid Aw zou in die zin moeten worden gewijzigd dat onder het begrip 'maker' niet worden begrepen fictieve makers ex art. 7 en 8 Aw (vaak softwareleveranciers).

In hoofdstuk 7 wordt een, met name voor software-afnemers, steeds belangrijker onderwerp behandeld: de rechten op de broncode (d.w.z. de versie van de software in een voor mensen begrijpbare programmeertaal). Uit commercieel oogpunt behouden leveranciers zich vaak de rechten op de broncode voor, hetgeen echter tot problemen leidt als deze failliet gaat. De partijen doen er daarom verstandig aan de continuïteit van het gebruik te garanderen via een depotcontract. Een dergelijke regeling ter veiligstelling van de afnemer's gebruiksrechten kan ondermeer worden gerealiseerd via een notariële deponering van de broncode. Thole zet duidelijk de voor- en nadelen van het inschakelen van de notaris op een rij en komt tot de conclusie dat, hoewel er zeker nog juridische problemen aan deze constructie kleven, de notaris goed van pas kan komen bij het oplossen van het broncodeprobleem. Gezien de vereiste technische kennis, blijft de vraag mijns inziens echter hoeveel notarissen in de praktijk bereid zullen zijn aan deze constructie mee te werken. Maar, zoals uit de helder geschreven uiteenzetting van Thole blijkt, de notariële deponering is niet de enige constructie tot het veiligstellen van de broncode. De diverse geanalyseerde mogelijkheden maken hoofdstuk 7 tot een must voor diegenen die zich willen verdiepen in de discussie over de rechten op de broncode.

De vraag in hoeverre het auteursrecht op software aan een kredietverlenende instantie als zekerheid kan worden aangeboden, vormt het onderwerp van hoofdstuk 8. Belangrijk in dit opzicht is dat met de invoering van het nieuwe vermogensrecht de fiduciaire zekerheidsoverdracht is vervangen door het stille pandrecht. Thole behandelt vier

4. Hondius E.H., 'Computercontracten', *Hoofdstukken Informaticarecht*, Alphen a/d Rijn, 1991, p. 69-79.

aspecten van de verpanding van software. Is de softwareleverancier als pandgever bevoegd de programmatuur te vervreemden c.q. licenties te verlenen aan derden? Is het mogelijk om bij voorbaat een pandrecht te vestigen op het auteursrecht op nog niet ontwikkelde software? Hoe geschiedt de verhaalsuitoefening zowel binnen als buiten faillissement door de pandhouder van het auteursrecht op software? En tenslotte, hoe verhouden de rechten van derden zich ten opzichte van de (voorheen c.q. nadien) verpande software? Aan deze vragen is in de literatuur tot op heden weinig aandacht besteed, terwijl ze voor de dagelijkse praktijk in de softwarebranche toch van groot belang zijn. Ook dit onderdeel van het onderzoek van Thole is derhalve verplichte literatuur voor hen die met de bovengenoemde vragen worden geconfronteerd.

Concluderend zou ik, zoals eerder opgemerkt, willen stellen dat met name het tweede deel van het proefschrift van mevrouw Thole de waarde van haar onderzoek toont. De aldaar opgeworpen vragen bleven tot op heden vaak onderbelicht. De heldere uiteenzetting van de problemen en de diverse constructies die vervolgens worden aangedragen voor de oplossing van deze problemen, bieden een waardevol inzicht in de positie van het (auteursrecht op) software in ons nieuwe vermogensrecht.

Leiden/San Francisco, februari 1993

Corien Prins