

UsedSoft: Digitale uitputting tot elke prijs

Citeersuggestie: A.A. Quaadvlieg, 'USEDISOFT: DIGITALE UITPUTTING TOT ELKE PRIJS', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht (Serie Onderneming en Recht deel 81-II), Deventer: Kluwer 2014; [IEF 13987](#).

C. USEDISOFT: DIGITALE UITPUTTING TOT ELKE PRIJS

1. Uitputting en tweedehands software

Het Hof harmoniseerde in Infopaq het werkbegrip en legde in Softwarova het recht van mededeling aan het publiek op een procrustesbed. Maar het arrest UsedSoft¹ spant qua rechterlijk activisme de kroon. Dat sluit dit keer naast het auteursrecht ook het burgerlijk recht in.

UsedSoft gaat over het begrip uitputting van het auteursrecht. Artikel 4, lid 2 van de Auteursrechtlijn bepaalt dat wanneer een exemplaar van een auteursrechtelijk beschermd werk door de rechthebbende of met diens toestemming wordt verkocht, of de eigendom anderszins met zijn toestemming overgaat, het distributierecht met betrekking tot dat exemplaar is *uitgeput*. Uitputting betekent dat het distributierecht van de auteur zich alleen over de eerste (rechtmatige) verkoop van een werkexemplaar uitstrekt. Na de eerste verkoop mag het exemplaar vrij worden doorverkocht; het recht is "uitgeput".² Wanneer iemand legaal een boek of DVD heeft aangeschaft, mag hij dit exemplaar dus verder schenken of verkopen. Hij maakt daardoor geen inbreuk meer op het distributierecht. Deze uitputtingsleer geldt ook voor computerprogramma's.³ Maar geldt hij ook voor *digitaal* verspreide computerprogramma's?

Het economisch belang van UsedSoft: de tweedehands markt

Als gevolg van de uitputtingsregel kan een werk tweedehands vrij worden verhandeld. Het is precies deze vrijheid van de tweedehands markt die centraal staat in UsedSoft. Maar het arrest betreft niet gebruikte materiële dragers. Het betreft de mogelijkheid van 'tweedehands' verkoop van *gebruiksrechten* van programmatuur.

Oracle verschaftte haar klanten enkel *gebruiksrechten* op deze programmatuur zonder de eigendom daarvan over

te dragen. Zij verkregen weliswaar een exemplaar (meestal door downloaden), maar hadden dat slechts 'te leen'. Omdat *civielrechtelijk* geen eigendom overging, trad *auteursrechtelijk* geen uitputting in. Daardoor beletten zowel het civiele recht als het auteursrecht de doorverkoop van een exemplaar van het programma. Althans, dat mocht Oracle aannemen op grond van de tot dan toe vrijwel algemeen heersende leer.

Oracle voltooide de constructie door het *gebruiksrecht* van de software onoverdraagbaar te maken. Dit beding had goederenrechtelijk gevolg en gold dus ook tegenover derden. Klanten van Oracle konden dus noch de materiële drager van de software verkopen, noch het immateriële gebruiksrecht. Oracle hoopte zo het ontstaan van een tweedehands markt voor software te verhinderen.

UsedSoft doorkruiste die politiek. UsedSoft is een bedrijf dat handelt in "tweedehands software". Zij doet dat niet door de klant een schijfje door te verkopen. UsedSoft verkoopt slechts de *gebruikslicentie* die eerder aan een ander heeft toebehoord. De klant moet het programma bij Oracle zelf downloaden. Usedsoft lapt het onoverdraagbaarheidsbeding van Oracle aan haar laars.

Het Hof rekt het begrip "verkoop" op en herstelt de uitputtingsregel

In het onvermijdelijke conflict breekt het Hof van Justitie door de waterdichte juridische constructie van Oracle heen. Het Hof constateert dat de eerste gebruiker aan Oracle een prijs betaalt overeenkomst met de economische waarde van een kopie van het programma. Oracle verleent daarvoor een gebruiksrecht voor onbepaalde tijd. Op die gronden breekt doet het Hof de zaak af alsof wel op traditionele wijze de *eigendom van een exemplaar* van de software was overgedragen. Want anders, stelt het Hof, zou afbreuk worden gedaan aan het nuttig effect van de uitputtingsbepaling, "daar de leveranciers de overeenkomst slechts zouden hoeven aan te duiden als een "licentie"overeenkomst en niet als "verkoop" om de uitputtingsregel te omzeilen."

Uitputtingsregel en de tweedehands markt zijn daarmee hersteld. Het gebruiksrecht kan worden doorverkocht aan derden.

Over het resultaat mag men denken wat men wil. Maar om dat resultaat te bereiken construeert het Hof het verlenen van het gebruiksrecht als de 'verkoop van een kopie' van het programma. Die constructie is juridisch een monstrum, een gedrocht. Hier volgen de details.

¹ HvJEU 3 juli 2012, C-128/11, UsedSoft/Oracle, NJ 2013, 118, noot Hugenholtz; AMI 2013, nr. 3 p. 76 (met commentaren van MRF Senftleben op p. 56 e.v. en FW Grosheide op p. 61 e.v.).

² De uitputtingsregel is neergelegd in artikel 4, lid 2 van de Auteursrechtlijn 2001/29 en artikel 12b van de Auteurswet.

³ Art. 4, lid 2 van de richtlijn computerprogrammatuur. Uitgebreid over de Nederlandse discussie ten aanzien van de kwalificatie van computersoftware en de uitputtingsregel EDC Neppelenbroek, *Softwarebetrekkingen*, Boom 2013, p. 55 e.v.; H Struik, PC van Schelven, WAJ Hoorneman, *Softwarerecht*, tweede, geheel herziene druk, Deventer: Kluwer 2010.

2. De feiten

Oracle distribueert de software in 85% van de gevallen door de klant het programma rechtstreeks te laten downloaden van zijn website. De klant verkrijgt het recht om de software duurzaam op te slaan. De licentieovereenkomst bevat een beding dat het gebruiksrecht niet overdraagbaar maakt:

„Door betaling van de betrokken diensten verkrijgt u – uitsluitend voor uw interne bedrijfsdoeleinden – een kosteloos, niet-exclusief en niet-overdraagbaar gebruiksrecht van onbeperkte duur op alle door Oracle ontwikkelde software die u krachtens deze overeenkomst ter beschikking wordt gesteld.”

Het Bundesgerichtshof bevestigt in het verwijzend arrest van 3 februari 2011⁴ dat UsedSoft gebonden was aan het beding dat het gebruiksrecht (“Nutzungsrecht”) niet overdraagbaar (“nicht abtretbar”) was. Het beding had goederenrechtelijke (“dingliche”) werking. Deze werking tegenover derden berust naar Duits recht in eerste instantie op een auteursrechtelijke eigenheid, maar kan ook privaatrechtelijk onderbouwd worden.⁵

3. Het omkatten van een gebruikslicentie tot ‘verkoop’ van programmatuur

Uitputting van het auteursrecht is afhankelijk van *verkoop van een exemplaar* van het werk, maar Oracle verschaft slechts een gebruiksrecht. Om het gewenste effect van uitputting te verkrijgen moest Het Hof construeren dat er desalniettemin sprake was van een verkoop. ‘Verkoop’ werd daarmee het sleutelwoord van het arrest.

a. Er is verkoop van een kopie

Het Hof begint met te overwegen dat het begrip “verkoop” in de auteursrechtelijke richtlijn 2001/29 eenvormig en autonoom moet worden uitgelegd (39-41). “Verkoop” betekent dat iemand tegen een prijs zijn eigendomsrecht overdraagt (42). De eigendom op het exemplaar moet dus zijn overgegaan. Hoe construeert

⁴ BGH 3 februari 2011 GRUR 2011, 418-422 noot Jochen Scholz; MMR 2011, 305.

⁵ § 34, lid 1 UrhG, eerste zin luidt: “Ein Nutzungsrecht kann nur mit Zustimmung des Urhebers übertragen werden.” Voor zover deze bepaling slechts op het goederenrechtelijk werkende Nutzungsrecht van toepassing zou zijn en niet op verbintenisrechtelijke licenties, wordt betoogd dat zij daarop naar analogie moet worden aangewend. Is de overdraagbaarheid contractueel uitgesloten, dan staat hoe dan ook vast dat op grond van § 399 jo. § 137 BGB sprake van een absoluut, jegens derden werkend vervreemdingsverbod, zie Schricker/Loewenheim, *Urheberrecht*, 4^e druk, Beck: München 2010, § 34, rndr 9 en 29. Zie ook de noot bij het BGH arrest van Jochen Scholz in GRUR 2011, 418-422, op p. 422.

men nu een eigendomsoverdracht uit de combinatie van een uitdrukkelijk *niet* in eigendom overgedragen exemplaar en de verschaffing van een louter *gebruiksrecht* (dat zelf ook nog eens onoverdraagbaar is)? Door enerzijds aan te nemen dat het downloaden van de kopie en het verschaffen van het gebruiksrecht een “ondeelbaar geheel” vormen (44) en anderzijds te overwegen dat Oracle een duurzaam, in tijd onbeperkt gebruiksrecht verschaft tegen een prijs “waarmee de houder van het auteursrecht een vergoeding moet kunnen verkrijgen die overeenstemt met de economische waarde van de kopie van het hem toebehorende werk” (45, *in fine*). In die omstandigheden, zo oordeelt het Hof, impliceren de “genoemde transacties, onderzocht in hun geheel, dat de eigendom van de kopie van het betrokken computerprogramma wordt overgedragen” (46, 47). Ergo: *economisch* lijkt de transactie zo zeer op een gewone verkoop (één prijs, voor altijd van jou), dat hij ook *juridisch* moet gelden als verkoop. Eigenlijk komt het hierop neer. De software is niet verkocht: zij is enkel in gebruik verschaft. Het gebruiksrecht is ook niet verkocht: het is onoverdraagbaar. Maar de *combinatie* van het onoverdraagbare gebruiksrecht op de enkel in gebruik verschaft software maakt dat *beiden* nu wel verkocht zijn. Twee maal min maakt immers plus!, “en sorte que, de distorsion en distorsion, c’est bien le droit de reproduction qui s’épuise.”⁶

b. de kopie is ‘immaterieel’

Onderwerp van de verkoop is een “immateriële kopie”.⁷ De materiële kopie gaat immers niet naar de tweedehands verkrijger. Die blijft staan op de computer van de eerste verkrijger. De ‘kopie’ die tweedehands verkrijger koopt is in feite het recht om zijn eigen kopie bij Oracle te downloaden. Hoe immaterieel de ‘kopie’ van de tweedehands verkrijger is blijkt in rov 67: de ‘kopie’ omvat óók (het recht op toegang tot) *updates* van Oracle.⁸ De (later!) verbeterde functies zijn “een onderdeel van de aanvankelijk gedownloadde kopie”. De ‘kopie’ van UsedSoft heeft dus met de fysieke wereld niets meer te maken: het is een juridische fictie, die ook het recht op levering van toekomstige diensten omvat. Op het moment van de wederverkoop van de ‘immateriële kopie’ moet de verkoper zijn eigen

⁶ Vincent Varet, De distorsions le droit (de reproduction) s’est épuisé. À propos de l’arrêt de la CJUE en date du 3 juillet 2012, *UsedSoft c/ Oracle, Propriétés Intellectuelles* 2012, p. 384-387, zie 385.

⁷ Het Hof gebruikt die term in de rovv 53, 59 en 67.

⁸ “abacadabra!” Aldus: Vincent Varet, De distorsions le droit (de reproduction) s’est épuisé. À propos de l’arrêt de la CJUE en date du 3 juillet 2012, *UsedSoft c/ Oracle, Propriétés Intellectuelles* 2012, p. 384-387, zie p. 385.

materiële kopie onbruikbaar maken, anders is er auteursrechtinbreuk (rov 70 en 78-80). Deze overweging is universeel gekritiseerd. De onbruikbaarmaking is immers oncontroleerbaar.⁹ Het Hof constateert dat zelf ook, maar tilt er niet zwaar aan. Bron van smalend vermaak voor de critici is dat het Hof de plicht tot onbruikbaar maken in een kennelijke verschrijving ook uitstrekt tot materieel te leveren kopieën. Zij informeren of de levering van een volgens voorschrift onbruikbaar gemaakt exemplaar geen wanprestatie oplevert.¹⁰

c. Terzijde stelling van het burgerlijk recht

Het arrest interpreteert het begrip ‘verkoop’ uitsluitend binnen het kader van de auteursrechtlijn. Het schept dus slechts een *richtlijnspecifiek* begrip van verkoop. Het oordeelt niet over het begrip koop en verkoop in het eigenlijke *privaatrecht* van de lidstaten.¹¹ Niettemin: één en dezelfde transactie moet nu voor de toepassing van het auteursrecht gelden als verkoop van een *kopie* en voor de toepassing van het burgerlijk recht als verschaffing van een *gebruiksrecht*. Een dergelijke schizofrene constructie kan in de praktijk echter niet werken. Het auteursvermogensrecht is te nauw met het burgerlijk recht vervlochten om dit soort esoterie te kunnen verdragen. Dat bewijst het arrest zelf al. Het privaatrecht blijft niet buiten het vizier. Wij zullen zien dat de door het Hof geconstrueerde verkoop van de kopie meebrengt dat de verkrijger deze kopie mag gebruiken in weerwil van het civielrechtelijke, goederenrechtelijk werkende verbod van overdracht van de gebruikslicentie.¹² Dat kan alleen als er ook privaatrechtelijk ‘iets’ verkocht is. Van Engelen werpt de vraag op *wat* nu eigenlijk wordt verkocht. Dat kan men zich met recht afvragen. Van Engelen meent dat het arrest per saldo een nieuw – *sui generis* – eigendomsrecht schept op onlichamelijke zaken. Zelf komt het mij voor dat de “immateriële kopie” van het Hof trekken vertoont van een als afgesplitst, partieel auteursrecht ingekleed gebruiksrecht.¹³ Hoe dan ook, resultaat is het juridische tegendeel van wat partijen zijn overeengekomen: de non-verkoop wordt

⁹ Malte Stieper, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012 – C-128/11 – UsedSoft, ZUM 2012, 668-670, op p. 670 stelt dat op de vervreemder de (onmogelijke) bewijslast van de vernietiging rust.

¹⁰ Hauke Hansen, Oliver Wolff-Rojczyk, noot bij het arrest in GRUR 2012, 908-910. Zie ook Malte Stieper, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012 – C-128/11 – UsedSoft, ZUM 2012, 668-670, op 669.

¹¹ Dick van Engelen, Twee voor de prijs van één. Een markt voor tweedehands software licenties en een nieuw Europees eigendomsrecht op ‘bits & bytes’, *NJB* 2012, 2171.

¹² Reinout Wibier en Jael Diamant, UsedSoft vs Oracle gaat niet over eigendom maar over contractsvrijheid, *NJB* 2012, 2416.

¹³ Zie daarover ook EDC Neppelenbroek, *Softwarebetrekkingen*, Boom 2013, p. 128 e.v.

verkoop (48). Dit is scherp gekritiseerd door Grosheide.¹⁴ Terecht: ondernemers moeten vrij kunnen kiezen tussen een goederen- dan wel een verbintenisrechtelijk exploitatiemodel. Dit zullen wij echter eerst later bespreken.

d. Drie twijfelachtige argumenten voor de kwalificatie als ‘verkoop’

Het Hof beargumenteert de verkoop dus samenvattend met drie argumenten: 1) Het onverbrekelijk verband tussen het beschikbaar stellen van de kopie en de gebruikslicentie; 2) Oracle levert een gebruiksrecht voor onbepaalde tijd; 3) Oracle kan daarvoor een prijs krijgen die overeenkomt met de economische waarde van een kopie.

Juridisch stelt deze constructie weinig voor.¹⁵ Dat men voor een gebruiksrecht een prijs bedingt die equivalent is aan de verkoopprijs van een kopie maakt nog niet dat er civielrechtelijk sprake is van verkoop van een kopie. Maar men moet de argumenten van het Hof dan ook op de eerste plaats in een economische sleutel lezen:¹⁶ het contract is economisch equivalent aan een verkoop. Is dat zo?

Het *eerste argument* – het onverbrekelijk verband tussen het beschikbaar stellen van de kopie en de gebruikslicentie – is evident slechts een aanloop. Uit de verbinding tussen het beschikbaar stellen van de kopie en de gebruikslicentie kan op zich nog geen eigendomsverschaffing worden afgeleid. Het Hof benadrukt het ‘onverbrekelijk verband’ omdat dit de verschaffing van de kopie verbindt met de *voorwaarden* van de gebruikslicentie. Deze voorwaarden – betaling van een prijs voor de kopie en verkrijging van een onbeperkt gebruiksrecht – zullen de hoofdrol spelen in de motivering, waarom sprake is van verkoop van een kopie.

Het *tweede argument* luidt dat Oracle een gebruiksrecht verschaft voor onbepaalde tijd. Dit element is gemakkelijk te manipuleren. Exploitanten hoeven de licentie slechts te onderwerpen aan een meer beperkte duur om zich onder dit argument uit te wringen. Het *derde argument* van het Hof betreft de prijs. De klant betaalt voor het gebruiksrecht “een prijs waarmee de houder van het auteursrecht een vergoeding moet kunnen verkrijgen die overeenstemt met de economische waarde van de kopie van het hem

¹⁴ F.W. Grosheide, Een revolutie in het EU-auteursrecht? Enkele kanttekeningen bij het UsedSoft/Oracle arrest, *AMI* 2013, p. 61-72, zie p 66-67.

¹⁵ “une analyse civiliste dont les bases apparaissent singulièrement fragiles”: André Lucas in zijn noot in *Propriétés Intellectuelles* 2012, p. 333-337, op p. 336.

¹⁶ Scherp gekritiseerd in een in vitriool gedrenkte noot van Gaudrat in *Revue Trimestrielle du Droit Commercial* 2012, p. 790, nr 31, zie ook nr 49.

toebehorende werk” (45).¹⁷ Het Hof zegt dus niet dat Oracle die vergoeding daadwerkelijk verkrijgt, maar dat zij de vergoeding *moet kunnen* verkrijgen. Die stelling komt geforceerd voor. Juist omdat het de gebruiker verboden is het programma door te verkopen is het gebruiksrecht minder waard dan het eigendomsrecht. Toegegeven, als Oracle het programma *uitsluitend* door middel van een gebruikslicentie ter beschikking stelt, kan zij daarvoor wellicht een prijs vragen die de hypothetische verkoopprijs benadert. Maar gegeven is dat niet. Het prijsargument van het Hof had nader onderzoek behoeft.¹⁸

e. drie nadere argumenten

De conclusie dat er sprake is van verkoop wordt vervolgens nader verdedigd met opnieuw drie argumenten. Ten eerste zou een andere conclusie de uitputtingsleer haar nuttig effect ontnemen (49). Dit is een belangrijk argument, dat het Hof echter pas verderop volledig ontwikkelt. Wij gaan er dan dieper op in. Het tweede en derde argument betreffen de weerlegging van bezwaren tegen de constructie van het Hof.

‘Richtlijn 2009/24 is een lex specialis’

Een massief obstakel voor de conclusie van het Hof vormde de auteursrechtlijn 2001/29. Die bepaalt in artikel 3, lid 3 generiek dat – samengevat – een online beschikbaarstelling en download van een werk *geen* uitputting oplevert (50).¹⁹

Het Hof meent echter dat de softwarerichtlijn een *lex specialis* is ten opzichte van de algemene auteursrechtlijn (51). Daarom voert bij deze richtlijn ook online mededeling aan het publiek tot uitputting. Onwettelijk is dat het Hof voor deze uitleg in rov. 52 steun zoekt in artikel 6²⁰ van het *WIPO Copyright Treaty*.

¹⁷ Met de economische waarde van de kopie van het werk bedoelt het Hof waarschijnlijk: de economische waarde van eigendomsoverdracht. Anders valt immers de volgende stap van het hof, de gelijkshakeling van de verschaffing van het gebruiksrecht met een eigendomsoverdracht van de kopie, moeilijk te verdedigen.

¹⁸ Malte Stieper, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012 – C-128/11 – UsedSoft, ZUM 2012, 668-670, op 668; Stéphane Cherqui en Emmanuel Emile-Zola-Place, Retour sur la licéité du marché secondaire des biens culturels numériques, Légipresse 2013, p. 343-348; Vincent Varet, De distorsions le droit (de reproduction) s’est épuisé. À propos de l’arrêt de le CJUE en date du 3 juillet 2012, UsedSoft c/ Oracle, *Propriétés Intellectuelles* 2012, p. 384-387, op p. 386.

¹⁹ Aan andere distorsies in het communautaire recht wordt in het arrest geen aandacht besteed. Zij zijn er echter wel: zo dienen volgens considerans (19) van de richtlijn consumentenrechten, overeenkomsten betreffende digitale inhoud die niet op een materiële drager wordt geleverd niet te worden aangemerkt als verkoop- of dienstenovereenkomst.

²⁰ Artikel 6 van het Auteursrechtverdrag, „Distributierecht”, luidt:

Daaruit zou volgen dat de “mededeling aan het publiek” van het programma door een “eigendomsoverdracht” een “distributiehandeling” wordt die uitputting meebrengt.²¹ Het WCT bepaalt echter uitdrukkelijk het tegendeel. De *agreed statements* bij artikel 6 WCT beperken de uitputting tot tastbare voorwerpen:

“Onder “het origineel en kopieën” en “exemplaren” zoals in deze artikelen genoemd, die overeenkomstig deze artikelen het voorwerp van het verspreidingsrecht en het verhuurrecht vormen, wordt uitsluitend verstaan vastgelegde exemplaren die als tastbare voorwerpen in het verkeer worden gebracht.”

Ten overvloede, *hier*, in art. 6 van het WIPO Treaty, is het begrip “eigendomsoverdracht” zonder enige twijfel een eigendomsoverdracht van een lichamelijke zaak,²² onderworpen aan het gezond verstand van het burgerlijk recht. Het verschaffen van een in tijd onbeperkt gebruiksrecht is *geen* eigendomsoverdracht in de zin van artikel 6 van het Auteursrechtverdrag. Het is dus veeleer de vraag of de uitleg van het begrip ‘verkoop’ door het Hof in het licht van het internationale recht geoorloofd is.²³ Het Europese recht moet immers, zoals het Hof ook erkent, zoveel mogelijk worden uitgelegd volgens het toepasselijke internationale recht. Hier interpreteert het Hof ‘verkoop’ in artikel 6 WCT in het licht van artikel 4, lid 2 richtlijn programmatuur. De richtlijn moet evenwel het Auteursrechtverdrag volgen, en niet omgekeerd.

Artikel 4, lid 2 van de richtlijn computerprogrammatuur en de “immateriële kopie”

Ten derde verweert het Hof zich tegen het argument dat ook artikel 4, lid 2 van de richtlijn computerprogrammatuur uitputting beperkt tot tastbare zaken. Het artikel luidt: “Het distributierecht

„1. Auteurs van werken van letterkunde en kunst hebben het uitsluitend recht 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 hun werken.

2. Niets in dit verdrag doet afbreuk aan de vrijheid van de verdragsluitende partijen om de eventuele voorwaarden te bepalen waaronder de uitputting van het recht bedoeld in lid 1 van toepassing 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.”

²¹ Een conclusie die door Dreier wordt aangemerkt als “rather surprising”: Thomas Dreier, Online and its effect on the “Goods” Versus “Services” Distinction, *IIC* 2013, p. 137-140, op p. 138.

²² Een andere uitleg zou m.i. indruisen tegen artikel 31 van het Verdrag van Wenen: een verdrag moet te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het Verdrag.

²³ Hauke Hansen, Oliver Wolff-Rojczyk, noot bij het arrest in GRUR 2012, 908-910; Marlous Schrijvers, Tweedehands digitale muziek, *IEF* 12290 29 januari 2013.

met betrekking tot het origineel of kopieën van een werk is in de Gemeenschap alleen dan uitgeput, wanneer de eerste verkoop of andere eigendomsovergang van dat materiaal in de Gemeenschap geschiedt door de rechthebbende of met diens toestemming.” Oracle, Commissie en regeringen betoogden dat een “immateriële kopie” daar niet onder viel (53). Maar het Hof replicateert dat artikel 4, lid 2 (anders dan de auteursrechtlijn doet) voor uitputting *geen* uitdrukkelijk onderscheid maakt tussen fysieke of online verkoop (55). Dit argument kan moeilijk serieus worden genomen. De richtlijn computerprogrammatuur is vrijwel 25 jaar oud. Toen die werd geschreven, bestond er nog geen online verkoop.²⁴ Te stellen, dat de wetgever in 1989 voor online uitputting koos omdat hij deze niet uitsloot, is daarom nogal wonderlijk. Na te hebben herhaald dat de richtlijn computerprogrammatuur een *lex specialis* is benadrukt het Hof ook nog dat artikel 1, lid 2 richtlijn programmatuur bescherming verleent aan computerprogramma’s “in welke vorm dan ook.” (57) Dit is zo mogelijk nog meer *beside the point*.²⁵ De richtlijn beoogde een techniekneutrale bescherming van alle programmatuur in welke vorm dan ook. Maar dat betekent uiteraard niet dat *exploitatie* van een werk in welke vorm dan ook uitputting meebrengt.

4. Rov. 61-63. Het specifiek voorwerp, de beloningstheorie, de uitputting

Wij vatten opnieuw samen. Het Hof heeft geoordeeld dat het contract van Oracle een immateriële kopie verkoopt (A) en heeft vervolgens uitgemaakt dat degene die deze immateriële kopie tweedehands verwerft op grond van artikel 5, lid 1 van de richtlijn computerprogrammatuur het recht heeft om, als rechtmatige verkrijger van deze kopie, de programmatuur te gebruiken (B).

Het nuttig effect van de uitputtingsleer

Pas nu verschaft het rechtscollege in 3 cruciale²⁶ rechtsoverwegingen volledig inzicht in de drijfveren van de beslissing.²⁷ Het Hof voert aan dat de overdracht online functioneel gelijkwaardig is aan de overhandiging van een materiële drager (61), dat de strekking van de uitputting is om het distributierecht te beperken tot het

²⁴ Malte Stieper, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012 – C-128/11 – UsedSoft, ZUM 2012, 668-670, op 668-669.

²⁵ F.W. Grosheide, Een revolutie in het EU-auteursrecht? Enekele kanttekeningen bij het UsedSoft/Oracle arrest, AMI 2013, p. 61-72, op p. 68.

²⁶ Hugenholtz noemt het in zijn noot in NJ 2013, 118 het *killer argument*

²⁷ rov. 61-63.

specifiek voorwerp van de betrokken intellectuele eigendom (62), en dat het verder zou gaan dan noodzakelijk is voor het behoud van het specifiek voorwerp als de houder van het auteursrecht bij iedere wederverkoop opnieuw een vergoeding zou kunnen vragen, ofschoon hij bij de eerste verkoop al een passende vergoeding heeft kunnen ontvangen (63). Hier is de dragende grond voor de hele UsedSoft uitspraak.

Gelijke behandeling

In rov. 61 roept het Hof om te beginnen het beginsel van gelijke behandeling in. Economisch gezien, zo luidt het daar, zijn de verkoop van een computerprogramma op cd-rom of dvd en de verkoop van een computerprogramma door download van internet vergelijkbaar. De overdracht online is functioneel gelijkwaardig aan de overhandiging van de materiële drager. Daarom moet uitputting intreden ongeacht of de verkoop betrekking heeft op een materiële of immateriële²⁸ kopie.

De functionele gelijkwaardigheid waar het Hof op doelt is economisch van natuur.²⁹ Onder (3.d) betoogden wij reeds dat de economische uitgangspunten van het Hof gebrekkig zijn. Zwak is met name 's Hof's argument dat de houder van het auteursrecht door middel van de prijs van de licentie een vergoeding moet kunnen verkrijgen die overeenstemt met de economische waarde van de kopie van het werk. Het feit dat bij een gebruikslicentie uitputting niet behoort op te treden, maakt dat de twee gevallen functioneel verschillend zijn. Onzeker is daarom of een met werkelijke verkoop overeenstemmende prijs gevraagd kan worden. Het argument van de economische equivalentie tussen verkoop en licentie wordt door het Hof niet onderbouwd. Het is in feite volkomen uit de lucht gegrepen.³⁰ Het economisch argument is hier dan ook helemaal niet economisch van aard. Het is niet meer dan de vermomming voor een subjectief *rechtvaardigheidsoordeel*. Het Hof vindt dat de consument recht heeft op een tweedehands markt. Ondernemingen die zich daaraan onttrekken door de uitputtingsregel te ‘omzeilen’, spelen een ongeoorloofd

²⁸ Waarbij dan, het zij nog eens herhaald, met de ‘verkoop van een immateriële kopie’ bedoeld wordt niet een eigenlijke door partijen beoogde verkoop, maar de ‘bundeling’ van een in tijd onbeperkte gebruikslicentie en de verschaffing van een kopie.

²⁹ Hierop wordt door veel commentaren gewezen, onder meer door S. van Camp, Het doorverkopen van gedownloade software en communautaire uitputting: het UsedSoft arrest van het Hof van Justitie, *Computerrecht* 2012, p. 183 e.v., zie o.m. zijn conclusie; Pierre Sirinelli, in Recueil Dalloz 2012, p. 2836 e.v.; Frédéric Pollaud-Dullian, *Revue Trimestrielle de droit commercial* 2012, p. 542 e.v.

³⁰ “Au fond, on aimerait que la Cour de justice fasse plus de droit et moins d’économie (ou alors en fasse vraiment)”: Vincent Varet, *De distorsions le droit (de reproduction) s’est épuisé. À propos de l’arrêt de le CJUE en date du 3 juillet 2012, UsedSoft c/ Oracle, Propriétés Intellectuelles* 2012, p. 384-387, op p. 387.

spelletje. Op dit oordeel komen wij aan het eind van dit artikel terug.

De leer van het specifieke voorwerp

Rov 62 en 63 brengen vervolgens de leer van het *specifiek voorwerp* van de betrokken industriële eigendom in stelling. Past men geen uitputting toe, dan zou Oracle bij iedere “wederverkoop” (ik citeer het Hof) van een gedownload kopie opnieuw een vergoeding kunnen vragen ofschoon ze al een passende vergoeding had ontvangen. Een dergelijke beperking van de wederverkoop van gedownload computerprogramma’s zou verder gaan dan noodzakelijk is voor het behoud van het specifieke voorwerp van de betrokken industriële eigendom (63).

“Afscherming van de markten”?

Het Hof brengt in herinnering dat het uitputtingsbeginsel ook dient ter vermindering van afscherming van de markten.³¹ Maar moet daaronder ook het afschermen van de tweedehands markt worden begrepen? De leer van het specifiek voorwerp beleefde haar glorie dagen in de tijd dat nog continu gevaar bestond dat i.e.-rechten werden ingezet ter afscherming van de *nationale* markten, zoals het Hof in rov. 62 in herinnering brengt. Maar is ook het kiezen voor een verbintenisrechtelijk business model afscherming van een markt?

Passende beloning als ratio voor uitputting

In zijn kleine meesterwerk over de uitputtingsleer onderscheidt Ulrich Joos³² drie theorieën aangaande de ratio van de uitputting. De *eigendomstheorie* verklaart de uitputting uit de these dat na de eerste openbaarmaking het recht tot verder openbaar maken volgt uit de eigendom. Daargelaten dat dit reeds op zich niet juist lijkt, biedt deze theorie geen steun voor de stelling dat er een algemeen belang is bij het handhaven van een tweedehands markt. De ‘*Verkehrssicherungstheorie*’ (wellicht het best te vertalen als: theorie van het vrije handelsverkeer) legt de nadruk op het vrije handelsverkeer in werkexemplaren. Na de eerste vervreemding van het werk mag dat niet meer door de auteur belemmerd worden. De *beloningstheorie* neemt daarentegen aan

³¹ Zie rov. 62: “het beginsel van uitputting van het distributierecht voor door het auteursrecht beschermde werken [strekt] ertoe, de beperkingen van de distributie van die werken te beperken tot hetgeen noodzakelijk is voor het behoud van het specifieke voorwerp van de betrokken industriële eigendom, ter vermindering van afscherming van de markten.”

³² Ulrich Joos, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Auspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz*, Urheberrechtliche Abhandlungen des Max-Planck-Instituts Heft 26, München: Beck 1991, p. 51-56.

dat het distributierecht na de eerste openbaarmaking van het exemplaar zijn functie vervuld heeft: bij de eerste vervreemding heeft de auteur de mogelijkheid, de hem toekomende vergoeding voor de distributie van de kopie te ontvangen.

De reden die het Hof aan zijn beslissing ten grondslag legt sluit aan bij de beloningstheorie: het Hof motiveert immers dat Oracle door de éénmalige vergoeding die het vroeg voor het in tijd onbeperkte gebruiksrecht “een met de economische waarde van de kopie van het hem toebehorende werk overeenstemmende vergoeding kan ontvangen.” Dat maakte de gebruikslicentie van UsedSoft volgens het Hof *functioneel gelijkwaardig* aan een verkoop in eigenlijke zin.

Maar Joos waarschuwt op overtuigende gronden tegen overschatting van de beloningstheorie.³³ Het doel van de uitputting ligt er op de eerste plaats in, te voorkomen dat het vrije verkeer in tweedehands werkstukken te zeer zou worden belast, zonder dat de bescherming van de belangen van de auteur dat zou rechtvaardigen. De nadruk ligt dus op de belangen van het vrije handelsverkeer. Dat biedt tegelijkertijd een goede verklaring waarom de uitputtingsleer zo principieel vasthoudt aan de eis van *vervreemding* van een *exemplaar* van het werk. Wie naar burgerlijk recht een kopie van het werk vervreemdt, en daarmee aanvaardt dat deze onderwerp wordt van het vrije handelsverkeer, moet niet met de i.e.-hand terugnemen wat hij met de privaatrechtelijke hand gegeven heeft.

De overgave aan het handelsverkeer die gestalte krijgt door de vervreemding van het werk wordt door het recht van de intellectuele eigendom aanvaard en gerespecteerd. Maar als iemand daarentegen privaatrechtelijk juist controle verzekert over het exemplaar door slechts een gebruiksrecht te verschaffen zonder dat sprake is van vervreemding, is er juist geen reden voor uitputting. Het i.e.-recht zou dan zonder reden vóór het privaatrecht uithollen, en het werk overgeven aan het vrije handelsverkeer zonder dat het privaatrechtelijk verhandeld kan worden.

Het hof omarmt dus een maar half begrepen beloningstheorie. De kern van die theorie betreft de vrije handel. Als een rechthebbende zelf door vervreemding van een werkexemplaar die zaak vrijgeeft aan het handelsverkeer, is het fair te zeggen dat hij zijn kans gehad heeft om zijn i.e.-beloning te innen; thans moet het exemplaar vrij zijn van het distributierecht. Maar als hij, zoals in dit geval, uitsluitend een gebruiksrecht verschaft en de eigendom van de zaak voorbehoudt, heeft hij niets overgegeven aan het vrije handelsverkeer – en daar geen prijs voor geïnd. Oracle stelt bovendien alle nieuwe klanten in staat hun eigen kopie te downloaden. Alleen al daarom kan niet gezegd

³³ *Op. cit.*, p. 67-68.

worden dat de auteur twee keer een vergoeding vraagt voor dezelfde kopie.

5. Rov 84-88. ‘Verknoedeling’³⁴ van contractuele en wettelijke licenties.

De wettelijke licentie van Artikel 5, lid 1 van de richtlijn

Het Hof heeft in rov 40-49 het contract van Oracle gekwalificeerd als de verkoop van een immateriële kopie. De koper moet deze kopie kunnen gebruiken. Technisch maakt echter ieder gebruik van een computerprogramma een reproductie noodzakelijk, en de reproductie valt onder het uitsluitend recht van de maker. Artikel 5, lid 1 van de richtlijn³⁵ biedt hiervoor een oplossing. Het verleent aan de ‘rechtmatige verkrijger’ van een kopie van het programma een gebruiksrecht in de vorm van een *wettelijke* licentie. De rechtmatige verkrijger mag het computerprogramma gebruiken voor ‘het beoogde doel’. Daarom onderzoekt het Hof vanaf rov 73 de vraag of de tweedehands verkrijger van de gebruikte licenties kan worden beschouwd als een “rechtmatige verkrijger.” Dat is hij, als Oracle in de transactie met de eerste verkrijger zijn recht heeft uitgeput. Dan kan de eerste verkrijger immers rechtmatig overdragen en de tweedehands koper mitsdien rechtmatig verkrijgen.

Artikel 5, lid 1 is een onduidelijke bepaling. Over de uitleg van de term ‘voor het beoogde doel’ woedt nationaal en internationaal een nog steeds niet beslechte discussie.³⁶ Sommigen zijn van mening dat het beoogde doel objectief bepaald moet worden aan de hand van de technische mogelijkheden van het programma. Anderen menen dat het doel subjectief bepaald moet worden aan de hand van de voorwaarden van het gebruikscontract. Eén ding staat echter vast: de *wet* verleent het gebruiksrecht van artikel 5, lid 1. De basis is *niet* de overgang van het contractuele

gebruiksrecht van degene die rechtstreeks met Oracle of een andere rechthebbende heeft gecontracteerd. Dat geldt zelfs als men meent dat de *omvang* van de wettelijke licentie wordt bepaald door de voorwaarden van het contract.

Het Hof kan niet kiezen tussen wet en contract

Het gebruiksrecht van de tweedehands koper kan op twee manieren juridisch worden ingekleed. Het kan berusten op verkoop van de kopie, uitputting en de wettelijke licentie van artikel 5, lid 1 van de richtlijn. Of het kan berusten op overdracht van de gebruikslicentie. Het arrest lijkt echter tussen deze twee niet te kunnen kiezen. In de rechtsoverwegingen 40-49 construeert het Hof moeizaam dat sprake is van verkoop van een *kopie* van het programma. Maar in rov 84 leidt het Hof de wederverkoop van de kopie af uit de wederverkoop van de *gebruikslicentie*. Gaat het dan toch, zoals Neppelenbroek het formuleert in de slotbeschouwing van zijn proefschrift, bij de uitputting van software op de eerste plaats om ‘wederverkoop van een gebruikslicentie’?³⁷ Het lijkt erop. Ook rov 85 spreekt over de nieuwe verkrijger van de *gebruikslicentie*. Maar in dezelfde rechtsoverweging meldt de gebruikslicentie zich ineens weer in zijn avatar van kopie! Want, aldus het Hof, de licentie brengt mee dat de nieuwe verkrijger een “rechtmatige verkrijger” van de *kopie* is in de zin van artikel 5, lid 1 softwarerichtlijn. Maar de verkrijger van een gebruikslicentie heeft artikel 5, lid 1 toch niet meer nodig om te mogen gebruiken?³⁸ Het lijkt erop dat de gebruikslicentie *wel* overgaat om, samen met de beschikbaar gemaakte kopie, ten behoeve van verdere overdracht de “wederverkoop van een kopie” te construeren, maar *niet* overgaat om zijn oorspronkelijke functie te vervullen, namelijk de verschaffing van een gebruiksrecht! Voor dat laatste dient dan de wettelijke licentie. Men breekt zich vergeefs het hoofd over de beweegredenen die het Hof kan hebben gehad om zo een onbegrijpelijke en contradictoire constructie op te zetten.

³⁴ Een fraaie term door H. Cohen Jehoram – in geheel ander verband – geïntroduceerd in BIE 2007, p. 12 e.v.

³⁵ Artikel 5 van richtlijn 2009/24, „Uitzonderingen voor handelingen waarvoor toestemming nodig is”, bepaalt in lid 1:

„Tenzij bij overeenkomst uitdrukkelijk anders bepaald is, is voor de in artikel 4, lid 1, sub a en b, genoemde handelingen geen toestemming van de rechthebbende vereist wanneer deze handelingen voor de rechtmatige verkrijger noodzakelijk zijn om het computerprogramma te kunnen gebruiken voor het beoogde doel, onder meer om fouten te verbeteren.”

³⁶ De uitleg van deze clause is echter heftig omstreden, zie (onder vele andere) het recente Groningse proefschrift van EDC Neppelenbroek, *Softwarebetrekkingen*, Boom 2013; H. Struik, PC van Schelven, WAJ Hoorneman, *Softwarerecht. Bescherming en gebruik van computerprogrammatuur onder auteursrecht en octrooirecht*, 2^e, geheel herziene druk, Deventer: Kluwer 2010; alsmede Quaadvlieg, Fleury, Van Andel, Kapitel 8: *Niederlande*, in: Ullrich/Lejeune (red.), *Der Internationale Softwarevertrag nach deutschem und ausländischem Recht*, 2e druk, Schriftenreihe Kommunikation & Recht, Band 26, Verlag Recht und Wirtschaft Frankfurt am Main 2006, p. 911-977 en 985-989.

³⁷ EDC Neppelenbroek, *Softwarebetrekkingen. De auteur, de verkrijger en hun vermogensrechtelijke positie jegens derden*, Boom 2013, p. 191.

³⁸ Zie ook rov. 88. De richtlijn beperkt overigens de restricties die een contractuele licentieovereenkomst de gebruiker kan opleggen. Het laden of in beeld brengen dat noodzakelijk is voor het gebruik van een rechtmatig verkregen kopie van een programma, alsmede het corrigeren van fouten mag niet bij overeenkomst worden verboden: zie considerans (13) bij de richtlijn. Over de verhouding tussen de considerans en artikelen van een richtlijn zie de Conclusie van A-G E. Sharpston van 24 januari 2013 in de gevoegde zaken C-457/11, C-458/11 en C-460/11, VG Wort/Kyocera en Hewlett Packard/VG Wort.

6. Schending van de keuzevrijheid tussen een goederen- dan wel verbintenisrechtelijk exploitatiemodel

In rov 49 verklaart het Hof de ruime uitleg van het autonome begrip ‘verkoop’ van een kopie. Het oordeelt dat uitputting moet intreden bij alle vormen van verhandeling waarbij in feite de marktprijs voor een permanent gebruiksrecht wordt betaald.³⁹ Anders wordt afbreuk gedaan aan het *nuttig effect*⁴⁰ van de uitputtingsbepaling, “daar de leveranciers de overeenkomst slechts zouden hoeven aan te duiden als een “licentie”overeenkomst en niet als “verkoop” om de uitputtingsregel te omzeilen.”

Het woord ‘omzeilen’ zegt alles. De uitputting is een dwingend concept. Exploitatie door licentiëring *hoort* niet gebruikt te worden om het ontstaan te belemmeren van een tweedehands consumentenmarkt. Daarmee ligt het kernpunt van UsedSoft bloot.⁴¹ Instandhouding van de tweedehands markt voor programmatuur is een doel op zichzelf, een garantie voor een gezond mededingingsverkeer, een morele imperatief.⁴² Maar waarom eigenlijk? In de uitputtingsleer zelf is een dergelijke imperatief niet te lezen. Zij is niet in het leven geroepen om het (voort-)bestaan te garanderen van een tweedehands markt. Zij maakt exemplaren vrij van het distributierecht *als* de eigendom daarop overgaat. Maar als geen eigendom overgaat treedt geen uitputting in, ook als de eigendom slechts wordt voorbehouden met het oogmerk om tweedehands verkoop de pas af te snijden. Dat is geoorloofd, zolang er althans geen sprake is van mededingingsrechtelijk misbruik van machtspositie, of van misbruik van bevoegdheid in de zin van het burgerlijk recht is.

³⁹ De volledige formulering van rechtsoverweging (49) luidt als volgt: “Zoals de advocaat-generaal in punt 59 van zijn conclusie opmerkt zou, indien de term „verkoop” in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 niet ruim werd uitgelegd in die zin dat daaronder vallen 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 onbeperkte tijd een gebruiksrecht voor een kopie van een computerprogramma wordt toegekend, afbreuk worden gedaan aan het nuttig effect van die bepaling, daar de leveranciers de overeenkomst slechts zouden hoeven aan te duiden als „licentie”overeenkomst en niet als „verkoop” om de uitputtingsregel te omzeilen en hieraan iedere betekenis te ontnemen.”

⁴⁰ Vgl ook de al besproken rechtsoverwegingen 61-63. Ook later, in rov. 83, benadrukt het Hof het belang van de handhaving van het nuttig effect van de uitputtingsregel. Het nuttig effect zou gefrustreerd zou worden als een verkrijger alleen dan als ‘rechtmatige’ verkrijger zou gelden, als er sprake is van een rechtstreeks van de rechthebbende verkregen licentie.

⁴¹ Reto M. Hilty, Kaya Köklü, Fabian Hafenbrädl, Software agreements: Stocktaking and Outlook – Lessons from the UsedSoft v. Oracle Case from a Comparative Law Perspective, *IIC* 2013, p. 263-292, op p. 280.

⁴² Gaudrat, *Revue Trimestrielle du Droit Commercial* 2012, p. 790 e.v., zie nr 49.

Men moet vrij zijn om de manier waarop men handel drijft in te richten volgens de contracts- en bedrijfsmodellen die het burgerlijk recht daarvoor verschaft. Patroniserende correcties door de rechter zijn daarbij niet wenselijk. Er is vrije keuze tussen verkopen en verhuren. Er is vrije keuze tussen een goederenrechtelijk of een verbintenisrechtelijk exploitatiemodel. Software vormt hier geen uitzondering op.⁴³ Artikel 4(1), sub c) van de richtlijn computerprogrammatuur zelve verschaft de rechthebbende het recht van elke vorm van distributie, dus verkoop, maar óók, zoals uitdrukkelijk aan de bepaling wordt toegevoegd, het recht om het programma te verhuren. Er is dus vrije keuze tussen modellen die al dan niet uitputting meebrengen.⁴⁴

Functionele equivalentie tussen het goederenrechtelijke en verbintenisrechtelijke exploitatiemodel

De vrije keuze voor een verbintenisrechtelijk model werd Oracle afgenomen. De gebruikslicentie werd, tegen de duidelijke contractvoorwaarden in, omgevormd in een verkoop omdat Oracle de uitputting niet mocht ‘omzeilen’. De reden was Oracle’s wijze van exploitatie volgens het Hof overeenstemming met het geval van verkoop vertoonde. Er werd slechts een éénmalige vergoeding gevraagd voor het in tijd onbeperkte gebruiksrecht, waardoor Oracle “een met de economische waarde van de kopie van het hem toebehorende werk overeenstemmende vergoeding kan ontvangen.” Dat maakt de gebruikslicentie volgens het Hof *functioneel gelijkwaardig* aan een verkoop.⁴⁵ Vandaar “uitputtingsdwang”.

Dat het Hof deze economische premisse niet of onvoldoende onderbouwd heeft is al eerder betoogd. Maar doet zij überhaupt wel ter zake? Ik meen van niet. Zonder specifieke wettelijke basis moet het Hof een ondernemer niet voorschrijven of hij moet exploiteren door verkoop of verhuur of onbenoemde licentie. De vrijheid om dit zelf te bepalen is een essentieel gegeven op een vrije markt.

⁴³ Voor de internationaal discussie en verschillen tussen kwalificatie van de aanschaf van standaardsoftware: benoemd of onbenoemd contract, verkoop, gebruiksrecht of i.e.-licentie zie o.m. Reto M. Hilty, Kaya Köklü, Fabian Hafenbrädl, Software agreements: Stocktaking and Outlook – Lessons from the UsedSoft v. Oracle Case from a Comparative Law Perspective, *IIC* 2013, p. 263-292.

⁴⁴ Voor ‘verhuur’ eist considerans (12) van de richtlijn computerprogrammatuur dat sprake is van het voor een beperkte tijdsduur voor gebruik beschikbaar stellen van een programma. De licentie van Oracle bevatte geen beperking in tijdsduur. Maar principieel verandert dit niets aan het punt, dat het op zich vrijstaat om een immaterieel goed verbintenisrechtelijk te exploiteren.

⁴⁵ Het staat er niet met zoveel woorden, maar zo mag men rov. 61 (waar staat: het contract met UsedSoft is functioneel gelijkwaardig met overhandiging van een materiële drager) i.v.m. 71 (waar, concluderend, nog een keer gewezen wordt op de prijs waardoor vergoeding kan worden ontvangen voor de economische waarde van de kopie, en het gebruiksrecht zonder beperking in tijd) wel lezen.

Allerwege wordt verwacht dat de exploitanten wegen zullen vinden om UsedSoft te omzeilen.⁴⁶ Wellicht dat het overschakelen op de verschaffing van gebruiksrechten voor bepaalde tijd daartoe reeds volstaat.⁴⁷ Anders kan overschakeling beproefd worden op modellen van dienstverlening, in het bijzonder ook via de cloud.⁴⁸ Ook kan gepoogd worden het contractuele verbod op vervreemding van de gebruikslicentie te vervangen door technische beschermingsmaatregelen.⁴⁹ Deze veelheid van alternatieven vloeit echter voort uit precies dat beginsel waar UsedSoft in essentie tegen aanloopt: de fundamentele vrijheid om handel te drijven volgens de regels en contractmodellen van het burgerlijk recht. Het gehele systeem is dusdanig doordrenkt van dit beginsel, dat de alternatieven die zich voor UsedSoft aandienen bij wijze van spreken onuitputtelijk zijn. Er zal een ontsnappingsroute gevonden worden. Dan is het arrest UsedSoft, waarvoor het burgerlijk recht en het auteursrecht ondersteboven werden gekeerd,⁵⁰ een Pyrrhus-overwinning.⁵¹

7. De passende beloning als sleutel tot vrij rechterlijk activisme

De vraag is nu waarom het Hof de tweedehands markt zo belangrijk vindt dat het daarvoor de vrijheid beknot van Oracle om zijn business model te kiezen. Het begrip ‘passende vergoeding’ keert nu terug, maar op een ander niveau. Het verschijnt niet als de rechtvaardiging van de uitputting. Het wordt de ratio van de dwingende *uitbreiding* van de uitputting over heel andere modellen van uitbating dan verkoop.

Het Hof oordeelt dat de ‘passende beloning’ die considerans 10 van de auteursrechtrichtlijn voor de auteur wil verzekeren in een *redelijke verhouding tot de economische waarde van de prestatie* moet staan. Het Hof verwijst naar der rechtsoverwegingen 105-109 in het arrest Premier League, waarin werd geoordeeld dat

⁴⁶ Aldus ook Alexandra Mendoza-Caminade, *Vers une libéralisation du commerce du logiciel en Europe? Recueil Dalloz* 2012, p. 2142. De auteur is een van de weinigen die gelukkig is met UsedSoft en het arrest prijst.

⁴⁷ Yin Harn Lee, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp* (Case C-128/11) – Sales of “Used” Software and the Principle of Exhaustion, *IIC* 2012, p. 846 – 853, op p. 852.

⁴⁸ Daarop wordt o.m. gewezen door Coen E. Drion, *Tweedehands software*, *NJB* 2012, 1757; Malte Stieper, *Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012 – C-128/11 – UsedSoft*, *ZUM* 2012, 668-670, op p. 670

⁴⁹ Yin Harn Lee, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp* (Case C-128/11) – Sales of “Used” Software and the Principle of Exhaustion, *IIC* 2012, p. 846 – 853, op p. 853.

⁵⁰ André Lucas, noot bij het arrest in *Propriétés Intellectuelles* 2012, p. 333-337.

⁵¹ Tenzij de wetgever ingrijpt. Hij zou een nieuw benoemd contract kunnen scheppen voor de exploitatie van programmatuur en alle andere modellen van exploitatie kunnen verbieden. Een wijze keuze lijkt ons dat echter voorlopig niet.

het specifiek voorwerp de rechthebbenden niet de mogelijkheid garandeert om de hoogst mogelijke vergoeding te vragen.⁵² Dat betekent dat het Hof zich, in de woorden van Senftleben,⁵³ de mogelijkheid voorbehoudt paal en perk te stellen aan een in zijn optiek te ver gaand auteursrecht.

Voor de sceptische lezer is deze lezing van de ratio van de richtlijn een open uitnodiging tot rechterlijk activisme op het punt van beknotting van intellectuele eigendom.⁵⁴ Willen rechthebbenden meer dan het Hof ‘passend’ acht, dan dreigt strijd met het ‘specifiek voorwerp’. Dat is echter in lijnrecht conflict met het wetgevend systeem. De auteursrechtrichtlijn staat immers principieel afwijzend tegenover onvoorzienbare correcties op het uitsluitend recht. Zij bindt de uitzonderingen op het auteursrecht aan de gesloten wettelijke lijst van de richtlijn 2001/29. De Nederlandse pleidooien voor een opener systeem van *fair use* hebben tijdens de wordingsgeschiedenis van de richtlijn geen poot aan de grond gekregen,⁵⁵ en de kansen dat zo een systeem er ooit toch nog komt⁵⁶ mogen op dit moment niet worden overschat.⁵⁷ Maar beperkingen van het auteursrecht die onder het etiket van *fair use* door de Europese wetgever worden afgehouden, schijnen nu welkom bij de Europese rechter onder het etiket van het specifiek voorwerp.

Als het Hof werkelijk toe wil naar een systeem waarbij intellectuele eigendom in essentie beoogt niet meer te verschaffen dan een recht op een redelijke vergoeding, is dat niet minder dan een wisseling van paradigma. Die wisseling maakt een Nirwana van rechterlijk activisme mogelijk. In een veld dat dan volledig openligt voor rechterlijke herinterpretatie, bereikt de rechter de

⁵² HvJEU 4 oktober 2011, C-403/08 en 429/08, *Premier League*, nrs. 105-109, i.h.b. 108.

⁵³ Zie de fraaie analyse van Senftleben, *Het eerste schaap over de dam. Over het UsedSoft/Oracle arrest van het HvJ EU en de verdere ontwikkeling van de uitputtingsleer in de digitale omgeving*, *AMI* 2013, p. 56-60, zie ook van dezelfde, *Die Fortschreibung des Urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes im digitalen Umfeld. Die UsedSoft-Entscheidung des EuGH: Sündenfall oder Befreiungsschlag?*, *NJW* 2012, p. 2924-2927.

⁵⁴ Anders en relativerender: Christopher Stothers, *When is Copyright Exhausted by a Software License? UsedSoft v Oracle*, *EIPR* 2012, p. 787-791, op p. 790.

⁵⁵ AA Quaedvlieg, *The Netherlands*, in: Brigitte Lindner, Ted Shapiro (eds.), *Copyright in the Information Society. A Guide to National Implementation of the European Directive*, Cheltenham: Edward Elgar 2011, p. 393-426

⁵⁶ Een tamelijk uitgesproken voorbeeld van een gemengd systeem van bestaande uitzonderingen en een maximaal faciliterend systeem biedt de *European Copyright Code* van de Wittem-group, Amsterdam: deLex 2010.

⁵⁷ Paul LC Torremans, *The Perspective of the Introduction of a European Fair Use Clause*, in: Tatiana-Eleni Synodinou (ed.), *Codification of European Copyright Law. Challenges and Perspectives*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2012, p. 197-232, zie p. 102.

hoogste staat van onthechting aan de aardse (Europese) wet. Men kan nog andere punten toevoegen aan de lijst van grieven en vragen aangaande UsedSoft,⁵⁸ maar men kan niet hoger op de ladder van het rechterlijk activisme. Wij stoppen daarom hier.

A.A. Quaedvlieg

⁵⁸ Naast de hier te bespreken punten betreft UsedSoft een aantal andere belangrijke rechtsvragen. Zo buigt de rechter zich over de vraag of de licenties intern kunnen worden opgesplitst en doorverkocht (quod non). Daarnaast is auteursrechtelijk natuurlijk een prangende vraag of het oordeel in UsedSoft beperkt is tot programmatuur of dat de conclusies van het arrest ook betrekking hebben op andere beschermde werken zoals muziekfiles. Enerzijds benadrukt het Hof dat de op programmatuur van toepassing zijnde regel een *lex specialis* is, anderzijds wordt er in de commentaren op gewezen dat het Hof zich om die uitkomst te bereiken bedient van argumenten van algemene gelding.