

'Tweedehands' verkoop van software moet mogelijk blijven

Het Hof van Justitie besliste recent dat de 'tweedehands' doorverkoop van online aangekochte software niet door de producent kan verboden worden. Indien er sprake is van een 'verkoop' van software speelt het principe van de communautaire uitputting van het distributierecht.

Stefan Van Camp

Een producent van software is de titularis van het auteursrecht op de software, overeenkomstig de Softwarerichtlijn 2009/24 en de Softwarewet van 30 juni 1994. Hij heeft het exclusieve distributierecht, wat inhoudt dat niemand kopieën van zijn computerprogramma mag verspreiden zonder zijn toestemming. Maar elke kopie die door hemzelf of met zijn toestemming in de EER verkocht is, kan nadien vrij doorverkocht worden op een tweedehandse markt. Hij kan dit niet meer verhinderen (art. 4, lid 2 Softwarerichtlijn). Dit is het principe van *communautaire uitputting*, dat ook geldt voor andere intellectuele rechten, en dat tot doel heeft de opdeling van markten en een economisch misbruik van intellectuele rechten te verhinderen.

Dit principe kwam ter sprake in een geschil betreffende de databanksoftware van Oracle. De klanten van Oracle 'kopen' netwerklenties voor het gebruik van deze software, waarna ze een softwarekopie kunnen downloaden van Oracle's website. Binnen de onderneming mag een overeengekomen aantal gebruikers de software gebruiken, voor onbeperkte duur. De licentie is niet overdraagbaar. UsedSoft verkoopt 'gebruikte' Oracle licenties. De tweedehands kopers kunnen de software dan rechtstreeks van de Oracle website downloaden. Na een klacht van Oracle werd UsedSoft's verkoopsysteem door Duitse rechtbanken veroordeeld. De zaak belandde in 2010 bij het Bundesgerichtshof. Het Duitse hof vroeg zich af of er sprake kon zijn van communautaire uitputting en stelde aan het Hof van Justitie drie prejudiciële vragen waarover de rechtsleer al geruime tijd verdeeld is.

Verkoop van software

Het Hof van Justitie velde zijn arrest op 3 juli 2012 (C-128/11, *UsedSoft v Oracle*). Eerst onderzocht het Hof of er sprake kan zijn van een "*eerste verkoop*" van software wanneer in feite *licenties* worden verkocht die een recht geven om software te downloaden. In de internationale rechtspraak en rechtsleer wordt algemeen aanvaard dat een materiële drager van een kopie van software, zoals een DVD-ROM, in eigendom kan overgedragen worden aan een koper. De immateriële inhoud, de kopie van het programma zelf, wordt gewoonlijk niet in eigendom overgedragen maar in gebruik gegeven met een licentie. Volgens een deel van de rechtsleer kan er dus geen sprake zijn van een verkoop. Het Hof van Justitie oordeelde dat de definitie van het begrip 'verkoop' uniform moet zijn. Een technisch-juridische definitie van een bepaald nationaal recht is in dit kader niet geschikt. Op grond van een economische benadering stelde het Hof dat er sprake is van een eigendomsoverdracht van een softwarekopie wanneer het gebruiksrecht op de software voor een onbeperkte duur wordt toegekend, en de betaalde prijs overeenstemt met de economische waarde van de kopie (wat neerkomt op een eenmalige betaling). Het is irrelevant dat een transactie omschreven wordt als een verkoop van een licentie: de licentie en de softwarekopie vormen één geheel. Zoniet, zou de uitputtingsregel gemakkelijk kunnen omzeild worden.

Online verkoop

Het Hof van Justitie oordeelde dat de uitputtingsregel van de Softwarerichtlijn geen onderscheid maakt tussen de verkoop van software op een materiële drager en de online verkoop van downloadbare software. Het gemene auteursrecht, de Richtlijn Auteursrecht in de Informatiemaatschappij 2001/29, verwijst wél naar de verkoop van werken op een materiële drager. Bovendien is het aanbod van bestanden op het internet volgens die richtlijn geen distributie, maar een *mededeling aan het publiek*, en die handeling is niet vatbaar voor uitputting. Het Hof benadrukte echter dat de Softwarerichtlijn een *lex specialis* is, die deze bepalingen niet bevat. Bovendien meent het Hof dat de verkoop van bestanden op het internet geen mededeling aan het publiek vormt, maar een distributie, zodat de uitputtingsregel toch geldt. Het is de vraag of dit laatste standpunt, dat overigens in strijd is met het WIPO Auteursrechtverdrag, ook geldt voor de online verkoop van muziekbestanden en e-books.

Precisering

Het Hof van Justitie oordeelde verder dat de tweedehands verkrijger van de software een *'rechtmatige verkrijger'* is in de zin van art. 5, lid 1 Softwarerichtlijn. Dit betekent dat de verkrijger een *wettelijk reproductierecht en gebruiksrecht* heeft, zonder dat hij een licentie moet afsluiten, en dat een niet-overdraagbaarheidsclausule in de licentie opzij gezet wordt. Sommigen menen dat een rechtmatige verkrijger ingevolge zijn wettelijk gebruiksrecht ook de andere bepalingen van een licentie, zoals gebruiksbeperkingen, kan opzijzetten, maar het Hof spreekt zich hierover niet uit. Wel stelt het Hof dat een netwerklicentie niet mag gesplitst worden: een licentie voor 20 gebruikers die slechts door 15 gebruikers benut wordt, mag niet voor 5 gebruiksrechten worden doorverkocht. Eenzelfde softwarekopie mag immers alleen bij een tweedehands koper geïnstalleerd worden indien ze geheel vernietigd is bij de voorgaande verkrijger. Een dubbele installatie is een verboden reproductie. De producent mag technische beschermingsmiddelen aanwenden om te verzekeren dat een softwarekopie slechts door één koper gebruikt wordt.

Conclusie

Softwareproducenten die de controle willen behouden over de distributie van hun software hebben stof tot nadenken. Uit de definitie van het begrip 'verkoop van een softwarekopie' volgt dat de toekenning van een gebruik van software voor een beperkte duur, bijvoorbeeld via kortlopende licenties, of via een tijdelijk online gebruik (zoals de cloud-, ASP- en SaaS-modellen), niet leidt tot de uitputting van het distributierecht. Men kan verwachten dat het gebruik van deze modellen zal toenemen.