

# **Masterscriptie Nederlands Recht**

## **De vrije softwarekeuze**

*Over de vraag of een softwareleverancier gehouden kan zijn  
dataconversie te bieden wanneer de gebruiker van de software  
wil overstappen op een concurrerend product.*

Naam: **Mark Jansen**

Studentnummer: **0102067**

Afstudeerrichting: **Handels- en economisch recht**

Afstudeervak: **Informaticarecht**

Scriptiebegeleider: **prof. mr. J.M.A. Berkvens**

Augustus 2006



*De Creative Commons Naamsvermelding-Niet-commercieel-Gelijk delen 2.5 Nederland Licentie is van toepassing op dit werk. Ga naar <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/nl/> of stuur een brief naar Creative Commons, 559 Nathan Abbott Way, Stanford, Californië 94305, VS om deze licentie te bekijken.*

## Voorwoord

Deze scriptie vormt de afsluiting van mijn studie Nederlands Recht aan de Radboud Universiteit te Nijmegen. Ik ben hier in september 2001 begonnen aan het dubbelprogramma 'Recht & Management', om dat aan het begin van het afgelopen collegejaar op te splitsen in het volgen van een afzonderlijke master Nederlands Recht en een master Bedrijfswetenschappen. Met die laatste master zal ik komend collegejaar beginnen.

Graag wil ik vooraf enkele mensen bedanken. Allereerst uiteraard mijn ouders, aangezien zij me gedurende de studie gesteund hebben.

Verder wil ik prof.mr. J.M.A. Berkvens bedanken. Hij heeft me begeleid in het schrijven van deze scriptie en heeft daarbij zeer waardevolle feedback gegeven op de diverse voorlopige versies van de tekst.

Ten slotte wil ik iedereen bedanken met wie ik tijdens mijn studententijd tot nu toe een leuke tijd heb gehad. Gelukkig duurt die studententijd nog een jaartje voort.

Deze scriptie is nagenoeg geheel geschreven in de periode tussen 13 februari 2006 en 30 juni 2006. Daarnaast heb ik in die periode ook enkele vakken gevolgd. De laatste kleine verbeteringen heb ik op 9 augustus uitgevoerd.

Mark Jansen

[www.markjansen.nl](http://www.markjansen.nl)

# Inhoudsopgave

<b>1. INLEIDING .....</b>	<b>1</b>
<b>2. AUTEURSRECHTELIJKE BESCHERMING VAN SOFTWARE .....</b>	<b>3</b>
2.1 INLEIDING .....	3
2.2 DE SYSTEMATIEK VAN HET AUTEURSRECHT.....	3
2.3 COMPUTERPROGRAMMA'S IN HET AUTEURSRECHT .....	7
2.4 MATE VAN BESCHERMING VAN COMPUTERPROGRAMMATUUR.....	21
2.5 CONCLUSIES.....	30
<b>3. BESCHERMING VAN EEN BESTANDSFORMAAT.....</b>	<b>32</b>
3.1 INLEIDING .....	32
3.2 BESTANDSFORMAAT ALS AUTEURSRECHTELIIJK WERK.....	34
3.3 BESTANDSFORMAAT BESCHERMEN MIDDELS OCTROOIRECHT.....	41
3.4 CONCLUSIES.....	57
<b>INTERMEZZO: VAN BESCHERMING NAAR OPENHEID .....</b>	<b>59</b>
<b>4. OPENHEID OVER BESCHERMDE KENNIS .....</b>	<b>60</b>
4.1 INLEIDING .....	60
4.2 AUTEURSRECHT .....	61
4.3 OCTROOIRECHT .....	66
<b>5. OPENHEID OP GROND VAN CONTRACTUELE RELATIE OF ECONOMISCHE MACHTSPPOSITIE .....</b>	<b>69</b>
5.1 INLEIDING .....	69
5.2 DE WERKING VAN HET LICENTIECONTRACT .....	69
5.3 ALGEMENE VOORWAARDEN .....	83
5.4 OPENHEID OP GROND VAN HET MEDEDINGINGSRECHT.....	88
<b>6. CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN .....</b>	<b>102</b>
6.1 SAMENVATTING EN CONCLUSIES .....	102
6.2 CONCLUSIE VRAAGSTELLING .....	104
6.3 AANBEVELINGEN.....	104
<b>LITERATUURLIJST.....</b>	<b>I</b>
<b>ZAKENOVERZICHT.....</b>	<b>VI</b>

## 1. Inleiding

Automatiseringsbeslissingen in instellingen hebben vaak grote impact. De effecten kunnen zowel positief als negatief zijn. Zeer positief is dat met de keuze voor een bepaalde automatiseringsoplossing zich nieuwe strategische kansen kunnen voordoen<sup>1</sup>. Een groot nadeel is dat de vaste kosten vaak keer op keer schromelijk onderschat worden, vooral omdat er vaak veel kosten met onderhoud gemoeid zijn<sup>2</sup>.

Met de keuze voor bepaalde software wordt vaak tevens (impliciet) voor een bepaald, regelmatig niet-open, bestandsformaat gekozen. De kosten om nadien van product te veranderen zijn daardoor nog weer hoger dan de kosten ten tijde van implementatie van het destijds gekozen product. Nu moet immers ook geïnvesteerd worden in de conversie van de ingevoerde data. Wellicht zijn de gegevens opgeslagen in een formaat dat een ander softwarepakket niet (optimaal) kan inlezen, of staan de gegevens om een andere reden niet vrijelijk ter beschikking van de gebruiker van de software.

Wanneer die situatie zich voordoet, plaatst dit de afnemer van de software in een afhankelijke relatie tot zijn leverancier. Zonder de medewerking van hem kan de afnemer niet vrij van programmatuur wisselen zonder verlies van data. Zelf onderzoeken hoe het programma werkt is immers wellicht in strijd met het auteursrecht of de licentievooraarden.

In deze scriptie wil ik onderzoeken in hoeverre deze leverancier juridisch gedwongen kan worden de overstap door zijn (voormalige) klant naar andere software te ondersteunen. Dat doe ik aan de hand van de volgende hoofdvraag:

In hoeverre biedt het recht mogelijkheden de leverancier van software te dwingen mee te werken aan de conversie van met haar software opgeslagen data in verband met de overstap naar software van een andere producent?

---

<sup>1</sup> Boddy, Boonstra & Kennedy 2002, p. 77.

<sup>2</sup> Boddy, Boonstra & Kennedy 2002, p. 103 e.v..

De scriptie is in enkele hoofdstukken onderverdeeld. Hoofdstuk één bevat de inleiding die u nu leest. In hoofdstuk twee onderzoek ik in hoeverre de software van de leverancier beschermd is door het Auteursrecht en welke beperkingen hier op zijn. Daarmee wordt duidelijk wat de afnemer van de software wel en niet mag op grond van het auteursrecht.

In hoofdstuk drie onderzoek ik in hoeverre het door de software gehanteerde bestandsformaat als zodanig beschermd wordt. Daarbij behandel ik opnieuw het auteursrecht. Ditmaal komt ook het octrooirecht aan bod.

Nadat hiermee duidelijk is in hoeverre de programmatuur en daaraan gerelateerde kennis beschermd wordt door het recht en door welk rechtsgebied, zal ik in de hierna volgende hoofdstukken juist bekijken in hoeverre sprake kan zijn van een plicht tot openheid over deze beschermde kennis. In hoofdstuk vier bekijk ik in hoeverre de twee eerder besproken intellectuele eigendomsrechten (auteursrecht en octrooirecht) hierover zelf regelingen bevatten. In hoofdstuk vijf onderzoek ik dit juist vanuit een extern perspectief, door het contractenrecht en het mededingingsrecht erbij te betrekken.

Ten slotte volgen in hoofdstuk zes de conclusies.

## **2. Auteursrechtelijke bescherming van software**

### **2.1 Inleiding**

In dit hoofdstuk beantwoord ik de volgende vraag: "In hoeverre wordt de software van de leverancier door het recht beschermd en in hoeverre is eigen onderzoek aan de software geoorloofd?".

Software wordt door het auteursrecht beschermd. Daar heeft zich in de jaren zeventig en tachtig wereldwijd veel discussie over afgespeeld<sup>3</sup>. Het auteursrecht beschermt immers 'werken' en de vraag was in hoeverre software als een 'werk' te kwalificeren zou zijn. Door de software onder het beschermingsregime van het auteursrecht te brengen zou het auteursrecht, dat klassiek op mensen gerichte werken beschermt, opeens ook techniek gaan beschermen. Deze bezwaren werden in de rechtspraak van vele westerse landen echter gepasseerd<sup>4</sup>.

Voordat ik de, zeer relevante, ontwikkelingen op het niveau van de Europese Unie (hierna: EU) in de jaren '90 zal schetsen, eerst kort iets in het algemeen over het auteursrecht. Vervolgens zal ik de vraag beantwoorden in hoeverre computerprogramma's door het auteursrecht beschermd worden.

### **2.2 De systematiek van het auteursrecht**

Het Nederlandse auteursrecht is geregeld in de Auteurswet 1912 (hierna: Aw). Deze wet is tot stand gekomen naar aanleiding van de Nederlandse toetreding in 1912 tot de Berner Conventie van 1886<sup>5</sup>. Uit deze conventie is voor nationaal recht vooral van belang dat wereldwijd het auteursrecht dankzij artikel 5 lid 2 zonder enige formaliteiten tot stand komt. Ook voor de handhaving en uitoefening van het auteursrecht hoeven geen bijzondere formaliteiten in acht te worden genomen<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Franken, Kaspersen & De Wild 2004, p. 244.

<sup>4</sup> Franken, Kaspersen & De Wild 2004, p. 245.

<sup>5</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 20 en p. 689.

<sup>6</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 692.

Het auteursrecht beschermt ‘werken’. Het biedt de auteur van een werk het *uitsluitende* recht om dit werk openbaar te maken en te verveelvoudigen. Dat komt duidelijk naar voren uit de definitie van artikel 1 Aw:

Het auteursrecht is het uitsluitend recht van den maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen, bij de wet gesteld.

Openbaar maken en verveelvoudigen zijn de twee rechten van de auteur die ook wel exploitatierechten worden genoemd<sup>7</sup>. In de wet staat uitdrukkelijk omschreven wat er allemaal onder deze begrippen moet worden verstaan. Dit alles is zeer ruim ingevuld. Het auteursrecht wordt dan ook wel getypeerd als een verbodsrecht. Daarbij moet wel goed bedacht worden dat dit alleen geldt voor die handelingen die de wet onder ‘openbaar maken’ en ‘verveelvoudigen’ verstaat<sup>8</sup>.

In deze scriptie zal ik niet verder uitwerken wat er precies onder deze handelingen moet worden verstaan, aangezien dat niet op de vraagstelling van deze scriptie ziet. Heel grof ziet het ‘openbaar maken’ op het aan het publiek ter kennis stellen van het werk en ziet ‘verveelvoudigen’ op het maken van stoffelijke exemplaren waar het werk in besloten zit en het vertalen of bewerken van het werk<sup>9</sup>.

## Beschermde werken

De vraag is vervolgens wat een ‘werk’ in de zin van de Aw inhoudt. In artikel 10 Aw wordt in lid 1 een opsomming gegeven van diverse categorieën beschermde werken, zoals boeken<sup>10</sup>, muziekwerken<sup>11</sup> en mondelinge voordrachten<sup>12</sup>. Aan het slot van de opsomming staat echter dat deze opsomming niet limitatief is. Volgens de wet worden naast de genoemde voorbeelden ook beschermd “ieder voortbrengsel op het gebied van letterkunde, wetenschap of kunst, op welke wijze of in welken vorm het ook tot uitdrukking zij gebracht”<sup>13</sup>.

---

<sup>7</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 152.

<sup>8</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 153.

<sup>9</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 151.

<sup>10</sup> Auteurswet 1912, artikel 10 sub 1.

<sup>11</sup> Auteurswet 1912, artikel 10 sub 5.

<sup>12</sup> Auteurswet 1912, artikel 10 sub 3.

<sup>13</sup> Auteurswet 1912, artikel 10 slot.



De opsomming van artikel 10 Aw biedt dan ook in wezen weinig houvast, het is hooguit een richtsnoer. Veel meer bepalend is de vraag waaraan een werk moet voldoen, wil het als 'werk' in de zin van de Auteurswet worden beschermd. Hier biedt de Auteurswet geen houvast, maar de criteria hiervoor zijn in de doctrine en de rechtspraak ontwikkeld<sup>14</sup>.

## **De werktoets**

Sinds het arrest *Screenoprints/Citroën*<sup>15</sup> uit 1985 hanteert de Hoge Raad hiervoor het volgende criterium: een werk is een schepping met "een eigen oorspronkelijk karakter, dat het persoonlijk stempel van de maker draagt". Dit wordt wel de 'werktoets' genoemd. Weliswaar ligt het criterium in dat arrest nog wat besloten in een redenering die eigenlijk over het modellenrecht gaat, ook in latere arresten blijft de Hoge Raad dit criterium toepassen<sup>16</sup>.

Of een werk 'eigen karakter' heeft, kan meestal met een simpele vraag worden beantwoord: "is het denkbaar dat twee auteurs, onafhankelijk van elkaar, exact hetzelfde werk maken?". Als dit niet waarschijnlijk is, dan is al snel het vermoeden gerechtvaardigd dat het werk aan de eis voldoet. Deze stelregel mag echter absoluut niet worden omgedraaid; uit de conclusie dat het mogelijk is dat twee auteurs tot hetzelfde werk komen, volgt niet dat dit werk 'eigen karakter' ontbeert<sup>17</sup>. Denk hierbij bijvoorbeeld aan betrekkelijk eenvoudige slagzinnen.

---

<sup>14</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 64.

<sup>15</sup> HR 29 november 1985, NJ 1987/880.

<sup>16</sup> Zie bijv. Hoge Raad 4 januari 1991, NJ 1991/608.

<sup>17</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 66.

Iets meer in detail ziet het eigen karakter van het werk op de subjectieve trekken ervan. Het gaat om de keuzes die de auteur in het werk gemaakt heeft op grond van zijn eigen smaak of zijn eigen stijl<sup>18</sup>. De stijl in abstracto is echter niet beschermd<sup>19</sup>. Ook objectieve elementen in een werk zijn vrij. Zelfs niet iedere subjectieve keuze van een maker van een werk wordt tegen bijvoorbeeld overname beschermd; overname van een deel van een auteursrechtelijk beschermd werk is pas relevant als dit overgenomen deel op zichzelf als 'werk' te kwalificeren is<sup>20</sup>.

In het arrest Van Dale/Romme<sup>21</sup> stelt de Hoge Raad uitdrukkelijk dat betrokkenheid van de auteur bij het werk vereist is. Er moet in haar worden blijken van een "persoonlijke visie van de maker". Volgens Spoor is het meest waarschijnlijk dat de Hoge Raad vanwege deze eis het woord "oorspronkelijk" ook in het criterium heeft opgenomen<sup>22</sup>.

Diezelfde menselijke betrokkenheid wordt ook door het tweede deel van het criterium vereist, namelijk "het persoonlijk stempel van de maker". Niet door mensen gemaakte werken worden dan ook niet door het auteursrecht beschermd<sup>23</sup>. Alleen 'eigen karakter' is dus niet voldoende voor auteursrechtelijke bescherming.

Volgens Spoor is door de toevoeging van dit vereiste "persoonlijk stempel" een goede balans ontstaan in de verhouding tussen persoonlijke keuzes en het vereiste eigen karakter. Het eigen karakter hoeft niet in alle onderdelen van het werk ook gebaseerd te zijn op persoonlijk ingrijpen van de maker. Als het geheel maar een persoonlijk stempel draagt<sup>24</sup>. Zo wordt voorkomen dat werken die met hulpmiddelen als bijvoorbeeld de computer tot stand komen, per definitie al onvoldoende eigen karakter zouden hebben.

---

<sup>18</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 67.

<sup>19</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 63.

<sup>20</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 70.

<sup>21</sup> Hoge Raad 4 januari 1991, NJ 1991/608.

<sup>22</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 72.

<sup>23</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 73.

<sup>24</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 74.

Uit hetzelfde arrest blijkt volgens Spoor tevens dat er geen ruimte is voor een afzonderlijke toets aan het criterium dat het werk zou moeten behoren tot 'letterkunde, wetenschap of kunst'<sup>25</sup>. Ook Quaedvlieg huldigt deze opvatting<sup>26</sup>. Hij betreft hierbij de wijziging van de Auteurswet in 1972 ter gelegenheid van de invoering van het tekeningen- en modellenrecht. Destijds werd uitdrukkelijk overwogen dat alle modellen aan welke een "zekere originaliteit niet kan worden ontzegd", ook auteursrechtelijke bescherming verkrijgen.

## **2.3 Computerprogramma's in het Auteursrecht**

### **Bescherming van computerprogramma's voor de Softwarerichtlijn**

Voor de totstandkoming en implementatie van de zogenaamde 'Softwarerichtlijn', waarover later meer, was onduidelijk in hoeverre computerprogrammatuur (kortweg: software) door het auteursrecht beschermd kon worden. Destijds was software niet uitdrukkelijk in de opsomming van werken in de Aw opgenomen<sup>27</sup>. Zoals eerder gezegd was en is die opsomming niet limitatief, toch bood het ontbreken van software in die opsomming zeker wel ruimte voor discussie.

Verkade stelt dat diverse auteurs er op wezen dat het auteursrecht met de bescherming van computerprogramma's in feite techniek zou gaan beschermen<sup>28</sup>. Daarbij wordt o.a. prof. Quaedvlieg aangehaald. Zijn redenering is als volgt opgebouwd. Quaedvlieg wijst er op dat op het beeldscherm weergegeven vormgeving van software meestal simpelweg beschermd wordt door het auteursrecht, zoals dit ook bij vormgeving op bijvoorbeeld papier het geval zal zijn<sup>29</sup>. Van veel grotere waarde is echter meestal de bescherming van de achterliggende ontwerpkeuzes of het algoritme van het programma<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 76.

<sup>26</sup> Quaedvlieg 1987, p. 8.

<sup>27</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 590.

<sup>28</sup> Franken, Kaspersen & De Wild 2004, p. 245.

<sup>29</sup> Quaedvlieg 1987, p. 91.

<sup>30</sup> Quaedvlieg 1987, p. 93.

Die keuzes worden echter vooral begrensd door het doel van de software, niet door de persoonlijke keuze en smaak van de programmeur<sup>31</sup>. Gezien het doel van de software ontwerpt de programmeur een bepaald programma. Hierbij zijn weliswaar keuzes gemaakt, maar niet iedere menselijke uiting waarbij keuzes zijn gemaakt komt in aanmerking voor auteursrechtelijke bescherming<sup>32</sup>. Het levert vermoedelijk niet voldoende 'eigen karakter' op, omdat het vooral functioneel en niet creatief is bedoeld.

Quaedvlieg vergelijkt het algoritme met een wetenschappelijke theorie<sup>33</sup>. En juist wetenschappelijke theorieën zijn van oudsher uitgesloten van auteursrechtelijke bescherming vanwege het te abstracte karakter. Voor het beschermen van abstracte ideeën is het octrooirecht in het leven geroepen, niet het veel soepelere auteursrecht<sup>34</sup>. Ook Dobbelaar wijst op dit probleem. Ze omschrijft het als volgt: "Het auteursrecht (...) biedt aan de gepubliceerde ideeën slechts de syntactische bescherming van de vorm of tekst. Inhoudelijke maar formeel afwijkende navolging is auteursrechtelijk moeilijk te bestrijden"<sup>35</sup>.

Kort gezegd wijst Quaedvlieg er dus op dat het auteursrecht wel degelijk van toepassing is op software, maar niet op het meest relevante deel van de software: de achterliggende ideeën of het gebruikte algoritme, simpelweg omdat dit door het doel van de software al bepaald is en dus door iedere programmeur (nagenoeg) exact hetzelfde zal worden opgelost. Verkade wijst er meermalen fijntjes op dat dit precieze onderscheid in de praktijk in de rechtspraak niet werd gemaakt. Zowel het verweer dat computerprogramma's geen 'werk' zouden zijn<sup>36</sup> als dat ze geen of onvoldoende 'eigen karakter' zouden bezitten<sup>37</sup> werd regelmatig, maar niet altijd, gepasseerd. Het programma als geheel kwam dan ook meestal in aanmerking voor bescherming in Nederland.

---

<sup>31</sup> Quaedvlieg 1987, p. 109.

<sup>32</sup> Quaedvlieg 1987, p. 111.

<sup>33</sup> Quaedvlieg 1987, p. 105 e.v..

<sup>34</sup> Quaedvlieg 1987, p. 107.

<sup>35</sup> Dobbelaar 1993, p. 236.

<sup>36</sup> Franken, Kaspersen & De Wild 2004, p. 245

<sup>37</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 592.

## Openbaar maken en verveelvoudigen

Dat hield in dat de maker van beschermingswaardige software zich kon verzetten tegen het (zonder zijn toestemming) openbaar maken en verveelvoudigen, de twee handelingen die volgens de Auteurswet 1912 exclusief aan hem toekomen.

Verveelvoudiging omvat *iedere* vastlegging van het werk<sup>38</sup>. Wel moet worden vastgelegd in een stoffelijk voorwerp<sup>39</sup>. Dat stoffelijk voorwerp is bij software bijvoorbeeld een harde schijf of CD-ROM. De aard van de drager is irrelevant.

Onder openbaar maken wordt een wat ruimer scala aan handelingen verstaan. Allereerst heeft de maker van de software het recht zelf te bepalen wanneer hij het werk doet verschijnen<sup>40</sup>. Dit geldt ook voor een gedeelte of een bewerking van hetzelfde werk<sup>41</sup>. Dit houdt kortweg in dat het aan de auteur is te bepalen wanneer een werk of de bewerking daarvan in de openbaarheid mag verschijnen. Eenmaal openbaar gemaakt, blijft het werk openbaar gemaakt. Dat laatste kan voorkomen worden door het werk in zeer beperkte kring alvast te tonen: verbreidingsrecht. De wet spreekt hier abusievelijk over 'zolang het niet in druk verschenen is', maar bedoeld is hier dat het werk nog niet openbaar mag zijn gemaakt, op welke wijze dan ook<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 172.

<sup>39</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 174.

<sup>40</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 179.

<sup>41</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 180.

<sup>42</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 181.

Verder is het aan de maker van de software te bepalen of er exemplaren van zijn werk verspreid mogen worden<sup>43</sup>. Verspreiding is vastlegging op een stoffelijke drager (verveelvoudiging!), om vervolgens het eigendomsrecht op die drager over te dragen<sup>44</sup>. Wordt de software niet fysiek, maar via een netwerk verspreid, dan is sprake van 'pure' openbaarmaking (zonder verveelvoudiging). Zodra een stoffelijk exemplaar rechtmatig in het verkeer is gebracht verliest de maker zijn controle; zijn recht is dan uitgeput<sup>45</sup>. Er is echter geen sprake van uitputting wanneer het werk gewijzigd wordt, in dat geval komen alle rechten weer terug bij de maker<sup>46</sup>. Ook geldt uitputting alleen voor stoffelijk verspreide werken.

## **Uitzonderingen**

Op al deze rechten waren ook alle uitzonderingen van het auteursrecht van toepassing. Dat wil zeggen dat het rechten van auteur begrensd werden door het recht om te citeren<sup>47</sup> (artikel 15a Aw), over te nemen voor onderwijsdoeleinden<sup>48</sup> (artikel 16 Aw), korte opnamen en weergaven in het kader van actuele reportages<sup>49</sup> (artikel 16a Aw), te kopiëren voor privé-gebruik<sup>50</sup> (artikel 16c Aw). Naast deze beperkingen zijn er nog enkele andere uitzonderingen op het auteursrecht die moeilijk toepasbaar lijken op software. Voor alle details over de genoemde beperkingen wordt verwezen naar de in de voetnoot vermelde paginanummers.

---

<sup>43</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 181.

<sup>44</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 185.

<sup>45</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 183.

<sup>46</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 189.

<sup>47</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 238 e.v..

<sup>48</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 246 e.v..

<sup>49</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 260 e.v..

<sup>50</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 264 e.v..

## Voorgeschiedenis van de Softwarerichtlijn

Op het niveau van de Europese Unie beseftte men zich aan het eind van de jaren '80 dat de software-industrie een steeds groter economisch belang vertegenwoordigde. In 1988 werd dan ook een Groenboek<sup>51</sup> gepubliceerd waarin gesteld werd dat het beschermingsniveau voor software in de hele Unie gelijk zou moeten worden getrokken, dat de bescherming in de EU zeker zo groot moet zijn als die buiten de EU en dat er adequate bescherming tegen piraterij zou moeten komen<sup>52</sup>.

Vrij snel hierna werd een eerste voorstel voor een richtlijn door de Europese Commissie opgesteld, maar deze werd zeer kritisch ontvangen. De kritiek richtte zich vooral op het niet toestaan van zogenaamd 'reverse engineering' of decompilatie, kortweg het onderzoeken van software van anderen om zelf daarop aansluitende software te kunnen ontwikkelen<sup>53</sup>. Het ontbreken van een recht op decompilatie zou de algemene vooruitgang in de software-industrie aanmerkelijk belemmeren. Over nut en noodzaak van dit recht later nog meer.

Er ontstond een heftig debat tussen voor- en tegenstanders van decompilatie. De tegenstanders – in het bijzonder de grotere, normzettende bedrijven – waren bevreesd voor plagiaat bij een te grote vrijheid voor decompilatie. De voorstanders – vooral de kleinere, normvolgende bedrijven – wezen er op dat auteursrecht geen abstracte ideeën beschermt (in tegenstelling tot het octrooirecht) en dat auteursrecht niet bedoeld mag zijn om verdere ontwikkelingen op het gebied van software te remmen<sup>54</sup>. In wezen werd hier opnieuw het eerder door Quaedvlieg gesignaleerde probleem naar voren gebracht.

## Totstandkoming van de Softwarerichtlijn

Het resultaat van het gelobby is een duidelijk compromisproduct. Drie jaar na het Groenboek kwam de *Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's* (hierna: Softwarerichtlijn) tot stand.

---

<sup>51</sup> Groenboek over het auteursrecht en de uitdaging der technologie - Problemen op het gebied van het auteursrecht die een onmiddellijke aanpak behoeven - Mededeling van de Commissie. COM(88) 172, juni 1988

<sup>52</sup> Van Schelven & Struik 1995, p. 3.

<sup>53</sup> Van Schelven & Struik 1995, p. 4 en 5.

In deze richtlijn wordt vooropgesteld dat bescherming van software hard nodig is, aangezien het gekopieerd kan worden voor een fractie van de ontwikkelingskosten en het van steeds groter belang is voor de industriële ontwikkeling van de Gemeenschap<sup>55</sup>. De richtlijn geeft de maker van software zeer vergaande rechten. Hierover later meer.

## **Implementatie van de richtlijn**

Deze richtlijn is in de Nederlandse Auteurswet geïmplementeerd door een aanpassingswet die op 1 september 1994 in werking trad<sup>56</sup>. De opsomming van werken in artikel 10 lid 1 Aw werd dankzij deze wet aangevuld met 'computerprogramma's en het voorbereidend materiaal'. De overige bepalingen in de richtlijn werden in de artikelen 45h-45n Aw neergelegd (hoofdstuk VI).

De wetgever heeft echter niet de gehele richtlijn overgenomen en dit heeft veel kritiek uitgelokt<sup>57</sup>. Volgens de wetgever zou de Auteurswet al in overeenstemming zijn met de artikelen 1 t/m 3 van de richtlijn. Dat is maar de vraag.

Volgens lid 3 van artikel 1 van de Softwarerichtlijn wordt een programma beschermd wanneer het 'oorspronkelijk is, (in de zin, MJ) dat het een eigen schepping van de maker is'. Verkade wijst er op dat het zeer waarschijnlijk is dat bedoeld is dat dit criterium minder streng is dan de eerder beschreven 'werktoets'<sup>58</sup>. Dat zou betekenen dat er nu twee minimumcriteria in de Auteurswet zijn om te bepalen of een werk voor bescherming in aanmerking komt: één voor computerprogramma's en één voor alle andere werken. Volgens de Memorie van Toelichting is dit niet het geval, nu de richtlijn op dit gebied slechts zou vastleggen wat reeds algemeen aanvaard werd.

---

<sup>54</sup> Dobbelaar 1993, p. 236.

<sup>55</sup> Overwegingen 2 en 3 van de Softwarerichtlijn.

<sup>56</sup> Staatsblad 1994, 521.

<sup>57</sup> Franken, Kaspersen & De Wild 2004, p. 246.

<sup>58</sup> Franken, Kaspersen & De Wild 2004, p. 248.



Van Schelven/Struik<sup>59</sup> en Schippers/Brunt<sup>60</sup> wijzen er mijns inziens terecht op dat dit niet waar kan zijn, aangezien in de verschillende EG-landen verschillende minimumcriteria werden gehanteerd en de richtlijn nu juist bedoeld was om te harmoniseren. Harmoniseren om iets gelijk te trekken wat al gelijk was is zinloos.

Dit argument acht ik zeer sterk. Het argument van de regering gaat mijns inziens alleen op indien de Europese Commissie van mening zou zijn geweest dat de Nederlandse minimumnorm leidend zou moeten worden. Als dat het geval was, dan had de Commissie dit wel als zondanig vermeld. Bovendien bepaalt de richtlijn zelf in artikel 1 lid 3 uitdrukkelijk dat geen andere criteria dan het daar vermelde mogen worden gehanteerd bij de bepaling of een computerprogramma voor bescherming in aanmerking komt. Ik kan dan ook niet anders concluderen dan dat er nu inderdaad voor computerprogramma's een – in de Nederlandse Auteurswet ongeschreven! – eigen criterium is om te bepalen of de software voor bescherming in aanmerking komt.

Aangezien in de lagere rechtspraak voor software weliswaar de werktoets wordt aangehouden, maar deze zeer minimaal wordt ingevuld<sup>61</sup>, zal dit in de praktijk vermoedelijk niet tot problemen leiden. De Europese Commissie wijst er in haar evaluatierapport op dat het criterium uit de richtlijn blijkbaar impliciet zal worden toegepast en dat niemand tegen deze conclusie bezwaar lijkt te maken<sup>62</sup>.

Schippers/Brunt wijzen er op dat deze conclusie in feite nergens op gebaseerd is<sup>63</sup>.

Jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie over 'computer programs' als in deze richtlijn heb ik niet kunnen vinden. Ook Verkade<sup>64</sup> en Schippers/Brunt<sup>65</sup> stellen dat het Hof van Justitie zich over de minimumeis om van een 'schepping' te spreken, nog niet heeft uitgelaten.

---

<sup>59</sup> Van Schelven & Struik 1995, p. 36.

<sup>60</sup> Schippers/Brunt (IEC), 27/151.

<sup>61</sup> Franken, Kaspersen & De Wild 2004, p. 249.

<sup>62</sup> Europese Commissie 2000, p. 10.

<sup>63</sup> Schippers/Brunt (IEC), 21/45.

<sup>64</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 592.

<sup>65</sup> Schippers/Brunt (IEC), 27/149.

Naast het niet geheel overnemen van de richtlijn heeft ook het hoe dan ook willen vasthouden aan het bestaande systeem van de Auteurswet de nodige problemen opgeleverd bij de implementatie van de richtlijn. Verkade wijst er op dat van oudsher niet al het gebruik, met name privé-gebruik, van werken ooit relevant was voor het auteursrecht<sup>66</sup>. De richtlijn gaat echter juist van het tegenovergestelde uit: iedere gebruik van software is relevant, uitgezonderd enkele nauwkeurig afgebakende situaties<sup>67</sup>. Dit heeft geleid tot rare cirkelredeneringen in bijvoorbeeld artikel 45i Aw.

### **Object van bescherming**

De richtlijn en de Nederlandse Auteurswet beschermen computerprogramma's en het voorbereidend materiaal, zonder hiervan een definitie te geven. Wel wordt duidelijk gemaakt dat – in overeenstemming met het algemene beginsel van het auteursrecht – slechts de uitdrukkingwijze van het computerprogramma wordt beschermd, niet de daaraan ten grondslag liggende ideeën<sup>68</sup>. Vergelijk in die zin de eerder besproken stelling van Quaadvlieg.

Dat de wet niet definieert wat onder computerprogramma's moet worden verstaan is helemaal niet zo gek. Van Schelven/Struik wijzen er op dat met het voortschrijden van de techniek een definitie achterhaald zou kunnen worden<sup>69</sup>. Veel sterker nog geldt echter dat de Auteurswet ook voor andere werken nergens een definitie geeft. Het auteursrecht beschermt geestelijke scheppingen, hoe deze ook geuit of vastgelegd worden<sup>70</sup>. Het definiëren van wat beschermd wordt past dus niet in het systeem van het auteursrecht.

---

<sup>66</sup> Franken, Kaspersen & De Wild 2004, p. 250.

<sup>67</sup> Artikel 4 jis. artikel 5 en artikel 6 Softwarerichtlijn

<sup>68</sup> Artikel 1 lid 2 Softwarerichtlijn.

<sup>69</sup> Van Schelven & Struik 1995, p. 21.

<sup>70</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 60 e.v..

## **Welk criterium van toepassing**

Problematisch is echter dat bij de beoordeling of iets een 'werk' is in de zin van de Auteurswet 1912 er voor één soort werk moet worden beoordeeld of dit 'oorspronkelijk' en een 'eigen schepping van de maker' is (computerprogramma's) en voor alle andere werken of dit 'een eigen oorspronkelijk karakter heeft, dat het persoonlijk stempel van de maker draagt'.

In het bijzonder de 'oorspronkelijkheid' uit dit laatste criterium kan problematisch zijn, aangezien veel software voortbouwt op, of gebruik maakt van iets anders dat reeds bestaat. Daarbij komt ook nog eens dat de programmeur in zijn keuzes zeer sterk door het doel van de software begrensd wordt. Juist voor computerprogrammatuur is de 'werktoets' dan ook een behoorlijke zware toets.

Met de introductie van software in het auteursrecht is dus opeens het onderscheid naar de aard van het werk relevant geworden. Niet langer hoeft slechts onderzocht te worden of het werk voldoende hoogwaardig is om beschermd te worden.

Tegenwoordig zal eerst moeten worden gekeken wat de aard van het werk is om vervolgens met het juiste criterium te beoordelen of het werk voor bescherming in aanmerking komt.

Dit geldt uiteraard overigens alleen indien ter discussie staat of het werk niet aan de 'werktoets' zal voldoen. Zoals eerder is beschreven is de toets voor computerprogrammatuur minder zwaar; scheppingen die aan de 'werktoets' voldoen, voldoen zeker aan de minimumnorm om als computerprogrammatuur beschermd te worden.

## Typering computerprogrammatuur

Daarmee is dus de vraag relevant geworden wat er onder ‘computerprogramma’s’ moet worden verstaan. Bij gebrek aan een Nederlandse of EU-definitie zoek ik daarvoor elders. Verkade stelt dat in ieder geval software die voldoet aan de definitie uit § 101 van de Amerikaanse Copyright Act onder ‘computerprogramma’s’ in de zin van de Auteurswet en de richtlijn vallen<sup>71</sup>. Deze definitie luidt als volgt<sup>72</sup>:

A “computer program” is a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result.

Van Schelven/Struik opteren daarentegen meer voor de definitie van de WIPO<sup>73</sup>, zoals ook door de regering in de Memorie van Toelichting wordt gesteld<sup>74</sup>. Deze definitie uit een verdragsvoorstel luidt als volgt<sup>75</sup>:

A computer program is a set of programming instructions that may cause a computer to perform certain functions or achieve certain results.

Opvallend verschil in beide definities is dat de laatste veel vrijer is. In de definitie van de WIPO behoeven de instructies niet direct of indirect tot resultaat te leiden. Hier wordt immers uitdrukkelijk gesteld dat dit mogelijkwijs het geval moet zijn. Volgens deze definitie zouden de instructies ofwel bepaalde functies moeten uitvoeren, ofwel tot bepaalde resultaten moeten kunnen leiden.

Dat laatste lijkt me ook veel meer in overeenstemming met de aard van computerprogrammatuur. Ik pleit dan ook voor de 2<sup>e</sup> definitie. Het zou te zot zijn dat wanneer bijvoorbeeld een goed geschreven mathematisch programma een onmogelijke (of oneindige) opdracht ingegeven krijgt door de gebruiker, dit programma opeens geen ‘software’ meer is. Die conclusie zou dan louter op basis van het ontbreken van resultaat gestoeld zijn.

---

<sup>71</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 591.

<sup>72</sup> <http://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#101>

<sup>73</sup> Van Schelven & Struik 1995, p. 21.

<sup>74</sup> Kamerstukken II 1991/92, 22531, nr. 3, p. 9.

<sup>75</sup> <http://www.copyright.gov/wipo/wipo6.html>

De tweede definitie is ogenschijnlijk weer strikter in de zin dat de 'instructions' wel geprogrammeerd moeten zijn, terwijl deze eis in de eerste definitie niet wordt gesteld. Dat verschil is verder niet relevant: auteursrechtelijk bescherming ziet immers toch alleen maar op menselijke scheppingen.

De verschijningsvorm van de software is niet relevant voor bescherming<sup>76</sup>. Zowel bron- als objectcode wordt door het auteursrecht beschermd als computerprogrammatuur.

Gezien bovenstaande definitie is in ieder geval alles wat in het normale verkeer als software heeft te gelden en dat voldoet aan het criterium dat het 'oorspronkelijk' en een 'eigen schepping van de maker' is, door het Auteursrecht beschermd.

### **Begrenzing begrip 'computerprogramma'**

Vervolgens is de vraag waar de grens ligt van het begrip 'computerprogramma'. Valt een module van een computerprogramma ook zelfstandig onder de definitie van 'computerprogramma'?

Van Schelven/Struik wijzen er op dat gezien de zeer ruime en vrije definitie van computerprogrammatuur, betrekkelijk snel kan worden geconcludeerd dat een bepaalde module op zichzelf ook een 'computerprogramma' is, mits het op zichzelf maar voldoende 'oorspronkelijk' is en een 'eigen schepping van de maker' betreft<sup>77</sup>.

Hier ben ik het mee eens. Het is immers een logisch gevolg van de lage grens voor bescherming van software. Wanneer de drempel voor het kwalificeren van een bepaald werk als 'computerprogramma' (zeer) laag is, dan volgt hier al snel uit dat een (groter) computerprogramma meerdere (kleine) beschermingswaardige computerprogramma's kan omvatten.

Veel software is immers modulair opgebouwd al deze onderdelen van het grotere geheel kunnen prima voldoen aan de hierboven aangehaalde definitie van computerprogrammatuur. Wanneer de maker van al deze programma's dezelfde is, levert dit uiteraard geen problemen op.

---

<sup>76</sup> Artikel 1 lid 2 Softwarerichtlijn.

<sup>77</sup> Vgl. Van Schelven & Struik 1995, p. 22.

Aangezien veel software tegenwoordig zo complex is dat deze door vele mensen samen wordt ontwikkeld levert dit wel een aandachtspunt op. Het is zaak dat de auteursrechten op al deze werken in één hand liggen of worden gelicentieerd aan de houder van het auteursrecht op het meeromvattende programma. Dat probleem ligt verder buiten het bereik van deze scriptie.

## Het voorbereidend materiaal

Volgens artikel 10 lid 1 sub Aw worden als werk erkend 'computerprogramma's en het voorbereidend materiaal'. Naar Nederlands recht vormt het voorbereidend materiaal dus een eigen werk. Dat was echter niet de bedoeling van de gemeenschapswetgever<sup>78</sup>. Volgens de softwarerichtlijn omvat het begrip computerprogramma's *tevens* het voorbereidend materiaal. Anders gezegd: naar Europees recht is het voorbereidend materiaal voor software zelf ook software.

Dit verschil kan in de praktijk tot problemen leiden<sup>79</sup>. Zo kan het zijn dat het voorbereidend materiaal als 'geschrift' en niet als 'computerprogramma' wordt gekwalificeerd<sup>80</sup>, of dat het weliswaar als 'werk' wordt beschermd, maar niet met toepassing van de bijzondere bescherming voor computerprogramma's<sup>81</sup>.

Aangezien de Nederlandse Auteurswet 1912 – voor zover deze is aangepast op grond van Europese richtlijnen – conform de richtlijn moet worden geïnterpreteerd, betekent dit dat dit voorbereidend materiaal dezelfde ruime beschermingsomvang moet krijgen als het eindproduct. Hoe ver die bescherming gaat beschrijf ik in paragraaf 2.4. Deze is in ieder geval op veel punten ruimer dan de bescherming voor andere werken en wijkt ook qua uitzonderingen sterk af van de 'normale' auteursrechtelijke uitzonderingen.

---

<sup>78</sup> Van Schelven & Struik 1995, p. 20.

<sup>79</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 591.

<sup>80</sup> Van Schelven & Struik 1995, p. 29.

<sup>81</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 592.

Het 'voorbereidend materiaal' is een begrip dat, naast het begrip computerprogramma, niet gedefinieerd is. Daarmee is niet alleen onduidelijk wat nu te verstaan is onder software, maar ook wat allemaal voorbereidend materiaal daarvoor is. In de overwegingen van de softwarerichtlijn komt wel een indicatie naar voren:

dat deze term eveneens het desbetreffende voorbereidende ontwerp-materiaal moet omvatten **dat tot het vervaardigen van een programma leidt**, op voorwaarde dat dit voorbereidende materiaal van dien aard is dat het later tot zulk een programma kan leiden;

Van Schelven/Struik stellen dat vooral gedacht moet worden aan materiaal rondom het functioneel en technisch ontwerp<sup>82</sup>. Ook Spoor haalt deze zaken aan, evenals de probleemanalyse en de te gebruiken algoritmes<sup>83</sup>.

Daarbij is het van groot belang dat het materiaal uiteindelijk tot een programma moet kunnen leiden. Gedachten rondom het programma die niets met het uiteindelijke eindproduct te maken hebben vallen hier dus niet onder. Van Schelven/Struik wijzen daarbij op heel abstracte schetsen<sup>84</sup>. Zodra een en ander wat geconcretiseerd wordt en een schets van het programma ontstaat, wordt dit uitdrukkelijk wel beschermd. Ook zaken die pas na het schrijven van het programma kunnen zijn ontstaan, als handleidingen of hulpteksten, zijn logischerwijs geen voorbereidend materiaal<sup>85</sup>. In dat geval moet simpelweg getoetst worden of ze beschermingswaardig zijn onder het auteursrecht.

Dat het voorbereidend materiaal beschermd wordt, hangt samen met de praktijk van het maken van software; niet zo zeer het kunnen programmeren zelf, maar het kunnen uitdenken wat geprogrammeerd zou moeten worden is zo waardevol aan softwareontwerpers<sup>86</sup>. Juist in die fase van het ontwerp van software worden nog veel creatieve/vrije keuzes gemaakt. Vandaar de politieke keuze ook dit materiaal uitdrukkelijk te beschermen.

---

<sup>82</sup> Van Schelven & Struik 1995, p. 27.

<sup>83</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 591.

<sup>84</sup> Van Schelven & Struik 1995, p. 27.

<sup>85</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 592.

<sup>86</sup> Van Schelven & Struik 1995, p. 28.

## In software verwerkte data en databestanden

Veel software omvat niet alleen maar programma-instructies, maar ook veel feitelijke gegevens. Te denken valt aan een lijst met juist gespelde woorden voor software die de spelling controleert of (na compilatie vaak verdwenen) korte geheugensteuntjes van de programmeurs. Van Schelven/Struik stellen dat, gezien de definitie van 'computerprogramma's', de in de software verwerkte data en databestanden niet onder 'computerprogramma's en het voorbereidend materiaal' vallen en dus niet door deze richtlijn beheerst worden<sup>87</sup>.

Dit lijkt mij juist voor een deel van de data. Wanneer het gegeven deel uitmaakt van de programma-instructie – bijvoorbeeld wanneer de data bestaan uit getallen die in de berekening gebruikt worden – is er al sprake van een grensgeval. In het geval de getallen in deze formule vast staan, kan in ieder geval gesteld worden dat deze data tot de programma-instructie horen. Wanneer echter de getallen in de formule dynamisch kunnen worden ingelezen uit een database, is dat databasebestand daarmee nog geen software in de definitie.

Deze data geven immers op zichzelf geen enkel effect in de computer, het is juist de programmacode die (met verwerking van de data) de computer tot een resultaat doet komen. In die zin past data simpelweg niet in de hierboven aangehaalde definitie van software. Deze definitie luidde immers:

A computer program is a set of programming instructions that may cause a computer to perform certain functions or achieve certain results.

Zonder de bijbehorende instructies doet de computer met dit databestand met getallen helemaal niets.

---

<sup>87</sup> Van Schelven & Struik 1995, p. 22.



Bovendien beschermt het auteursrecht geen feitelijke gegevens<sup>88</sup>. Hooguit kan gesteld worden dat de ordening van een grote collectie feitelijke gegevens op zichzelf een auteursrechtelijk beschermingswaardig 'werk' vormt<sup>89</sup>. Dat deze collectie in software verwerkt zit, maakt het op zichzelf nog geen software. Mocht de verzameling van data onvoldoende 'eigen karakter' hebben, dan biedt vermoedelijk het databankenrecht uitkomst. Dat rechtsgebied behandel ik verder niet in deze scriptie.

## **2.4 Mate van bescherming van computerprogrammatuur**

### **De rechten van de rechthebbende**

De bescherming van software in de richtlijn en auteurswet gaat, zoals eerder gezegd, zeer ver. Artikel 4 van de softwarerichtlijn stelt dat de maker van de software toestemming moet geven voor de volgende handelingen:

- a) iedere reproductie van het programma in welke vorm dan ook van een deel of het geheel van het computerprogramma, zelfs die welke nodig is om het programma uit te voeren;
- b) iedere bewerking of verandering aan het programma en de reproductie van het resultaat daarvan;
- c) iedere vorm van distributie.

Van Schelven/Struik<sup>90</sup> en Verkade<sup>91</sup> wijzen er op dat het inherent is aan de meeste computerprogramma's dat deze (deels) moeten worden verveelvoudigd om te kunnen worden gebruikt. Met het uitvoeren van het programma wordt immers een (gedeeltelijke) kopie in het (werk)geheugen van de computer geplaatst. Alleen software die direct kan worden uitgevoerd – zoals de besturing van huishoudelijke apparatuur die 'hard' in de chip zit – hoeft niet te worden verveelvoudigd bij gebruik. Op die software ziet deze scriptie verder niet.

---

<sup>88</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 67.

<sup>89</sup> Vgl. Hoge Raad 4 januari 1991, NJ 1991/608.

<sup>90</sup> Van Schelven & Struik 1995, p. 57.

<sup>91</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 595.

Het toekennen van deze vergaande rechten voor de auteur is in feite zeer vreemd voor het auteursrecht. Hier wordt het beginsel tot uitgangspunt genomen dat het *gebruik* van het auteursrechtelijke werk verboden is. Hugenholtz stelt dan ook dat auteursrecht niet gebruikt zou mogen worden om de toegang tot informatie te beperken. Dat zou hier wel het geval zijn<sup>92</sup>.

Huydecoper maakt een duidelijke nuancering<sup>93</sup>. Hij wijst er op dat in het auteursrecht – in tegenstelling tot het octrooirecht – niet de idee heerst dat de auteur verplicht is de in een werk verscholen idee openbaar te maken. Er geldt immers ook auteursrechtelijke bescherming voor ongepubliceerde werken. Huydecoper wijst er op dat bij de meeste werken, zoals boeken, deze naar hun aard volledig door anderen kunnen worden bestudeerd. Dat is ook de bedoeling van de maker; met de publicatie neemt hij voor lief dat anderen zijn werk volledig kunnen bestuderen. Bij software ligt dat anders, deze wordt juist gepubliceerd om te gebruiken, niet om verder bestudeerd te worden<sup>94</sup>.

De richtlijn erkent bovendien het principiële onderscheid tussen bescherming van ideeën en de concrete uitwerking van die ideeën<sup>95</sup>, zoals overal ter wereld in het auteursrecht wordt gemaakt. Slechts de uitwerking wordt beschermd. Het verschil met computerprogrammatuur en andere ‘werken’ is dan ook vooral dat de mogelijkheid tot onderzoek hoe de maker tot de uitwerking van bepaalde ideeën is gekomen, beperkter is. Gezien de redenering van Huydecoper is auteursrechtelijke bescherming zonder openbaarmaking van de achterliggende ideeën dan ook niet in strijd met het systeem van de Auteurswet.

Hier ben ik het van harte mee eens. Een dergelijke openheid over (achterliggende) ideeën is vreemd aan het auteursrecht. Hierover meer in paragraaf 4.2

---

<sup>92</sup> Hugenholtz 1992, p. 323.

<sup>93</sup> Huydecoper 1991, p. 59.

<sup>94</sup> Zie ook Dobbelaar 1993, p. 236.

<sup>95</sup> Artikel 1 lid 2 Softwarerichtlijn.

## De uitzonderingen

In artikel 5 en 6 van de Softwarerichtlijn worden enkele uitzonderingen gemaakt op dit strikte vereiste van toestemming voor *ieder* gebruik. Zo is het de gebruiker, tenzij bij overeenkomst anders is bepaald, niet verboden het programma te reproduceren of te bewerken wanneer dit vereist is voor normaal gebruik of om fouten te verbeteren<sup>96</sup>.

De richtlijn erkent daarmee dat voor het gebruik van software technisch gezien altijd een (gedeeltelijke) kopie van die software in het (werk)geheugen van de computer vereist is. Strikt genomen zou dat een verveelvoudigingshandeling zijn waarvoor toestemming zou moeten worden gevraagd. Dat belet echter ieder normaal gebruik en is daarom uitgezonderd.

Het maken van een reservekopie mag nooit verboden worden<sup>97</sup>. Verder is het de rechtmatige gebruiker toegestaan het programma tijdens het gebruik er van te observeren om te ontdekken welke ideeën hieraan ten grondslag liggen<sup>98</sup>. Verkade<sup>99</sup> merkt op dat dit een geheel loze bepaling is. Hier ben ik het van harte mee eens; een omgekeerd verbod zou een verbod op het opdoen van inspiratie inhouden.

Tenslotte is het de rechtmatige gebruiker toegestaan het programma te analyseren en te 'vertalen' naar een andere computertaal, indien dit (a) nodig is om de compatibiliteit van een onafhankelijk gecreëerd programma met de bestaande software tot stand te brengen en (b) de benodigde kennis hiervoor niet reeds vooraf gemakkelijk beschikbaar was<sup>100</sup>. Dit wordt ook wel 'reverse engineering' of 'decompilatie' genoemd en is een van de meest omstreden bepalingen uit de richtlijn.

---

<sup>96</sup> Artikel 5 lid 1 Softwarerichtlijn.

<sup>97</sup> Artikel 5 lid 2 Softwarerichtlijn.

<sup>98</sup> Artikel 5 lid 3 Softwarerichtlijn.

<sup>99</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 600.

<sup>100</sup> Artikel 6 Softwarerichtlijn.

## Decompilatie van software

Allereerst zal ik iets duidelijker proberen te maken wat onder 'decompilatie' en 'reverse engineering' wordt verstaan en wat daarbij juridisch relevant is. Bij het schrijven van een computerprogramma wordt eerst bepaald wat de software moet doen (functioneel), vervolgens hoe de software dit moet doen (technische specificaties) en ten slotte wordt de software daadwerkelijk geschreven. Bij 'reverse engineering' wordt de omgekeerde weg gevolgd, wat wil zeggen dat vanuit de broncode de achterliggende technische en functionele specificaties worden afgeleid<sup>101</sup>.

Juridisch interessant wordt het wanneer hierbij aan de rechthebbende voorbehouden handelingen moeten worden verricht. Dat is bij software met vrije broncode uiteraard niet het geval; het staat een ieder vrij dit in programmeertaal leesbare programma zelfstandig te analyseren. Dat wil niet zeggen dat dit eenvoudig is; de meeste software is zo complex dat alleen de oorspronkelijke programmeurs de finesses vaak goed kennen.

De meeste software wordt echter niet aangeleverd in de vorm van broncode, maar als objectcode. Dat is eenvoudig gezegd de niet voor mensen te begrijpen in 'nullen en enen' omgezette variant van het programma, die de computer rechtstreeks kan uitvoeren<sup>102</sup>. Broncode moet altijd worden 'vertaald' in objectcode voordat de computer deze kan uitvoeren. Dit proces wordt 'compilatie' genoemd<sup>103</sup>.

Uit de objectcode kan zoals gezegd een mens in beginsel niets afleiden. Vandaar dat die software eerst terug zal moeten worden omgezet in broncode, een proces dat 'decompilatie' genoemd wordt. Vervolgens kan uit de aldus verkregen broncode worden afgeleid hoe het programma technisch en functioneel werkt<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> Dobbelaar 1993, p. 221.

<sup>102</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 591.

<sup>103</sup> Dobbelaar 1993, p. 227.

<sup>104</sup> Dobbelaar 1993, p. 228.

Decompilatie is juridisch relevant. Juridisch gezien is decompilatie namelijk niets anders dan het omzetten van een (beschermd) programma in een andere codevorm<sup>105</sup>. Er is dus sprake van verveelvoudiging, een handeling die in beginsel alleen aan de rechthebbende op het programma is voorbehouden<sup>106</sup>.

Voor de Softwarerichtlijn was decompilatie voor eigen gebruik toegestaan op grond van artikel 16b Aw<sup>107</sup>. Nu de richtlijn is geïmplementeerd is dit uitdrukkelijk uitgesloten in artikel 45n Aw en is decompilatie alleen nog toegestaan onder de voorwaarden van de Softwarerichtlijn.

Daarmee is hier een uitzondering op een uitzondering gecreëerd. Zoals eerder gezegd is het voor normaal gebruik van software noodzakelijk dat deze (in het geheugen van de pc) verveelvoudigd wordt. De richtlijn stelt dat voor iedere verveelvoudiging toestemming vereist is, behalve voor normaal gebruik. Vervolgens wordt – min of meer impliciet – duidelijk gemaakt dat verveelvoudiging vanwege decompilatie geen ‘normaal gebruik’ is, maar wel onder bepaalde voorwaarden is toegestaan.

### **Voorwaarden voor decompilatie van software**

Die voorwaarden voor decompilatie zijn zeer strikt. Zo mag alleen dat deel van het programma worden gedecompileerd dat informatie bevat om de compatibiliteit met andere programma's tot stand te brengen<sup>108</sup>. Dobbelaar<sup>109</sup> en Van Schelven/Struik<sup>110</sup> stellen terecht dat dit een onmogelijke voorwaarde is, aangezien nu juist pas na decompilatie te zien is waar deze informatie zich in het programma bevindt. Op dat moment is dus al meer gedecompileerd dan is toegestaan.

---

<sup>105</sup> Dobbelaar 1993, p. 230.

<sup>106</sup> Artikel 13 en 45i Aw.

<sup>107</sup> Dobbelaar 1993, p. 232.

<sup>108</sup> Artikel 6 lid 1 sub c Softwarerichtlijn

<sup>109</sup> Dobbelaar 1993, p. 234.

<sup>110</sup> Van Schelven & Struik 1995, p. 117.

Ook moet die informatie niet al eerder “snel en gemakkelijk beschikbaar zijn gesteld”<sup>111</sup> en mag het decompileren alleen gedaan worden door een rechtmatige gebruiker van de software of een door hem daartoe gemachtigde<sup>112</sup>. Van Schelven/Struik stellen dat – ondanks de voltooide tijd van ‘zijn gesteld’ – een bepaling in de licentie de gebruiker rechtens kan dwingen eerst te vragen om deze gegevens, voor tot decompilatie over te gaan<sup>113</sup>. Die stelling is vermoedelijk in de praktijk wel juist, maar dogmatisch gezien wordt dit resultaat volgens mij dan bereikt middels het contractenrecht en niet middels het auteursrecht of deze richtlijn.

De verkregen informatie mag alleen voor het “tot stand brengen van de compatibiliteit van het onafhankelijk gecreëerde programma” worden gebruikt<sup>114</sup> en dus ook niet aan anderen worden meegedeeld voor een ander doel<sup>115</sup> of worden gebruikt voor de ontwikkeling van een concurrerend programma<sup>116</sup>.

## Zin decompilatie

Uit de overwegingen 19 t/m 22 van de Softwarerichtlijn blijkt duidelijk het doel van het toestaan van decompilatie: het zo goed mogelijk kunnen laten samenwerken van verschillende onderdelen van computers (interoperabiliteit). De gekozen oplossing is echter een windei<sup>117</sup>. Het maken van een interoperabel programma door middel van decompilatie is helemaal niet de meest logische weg.

Bij compilatie gaat namelijk alle voor de computer niet-relevante informatie verloren en krijgt het programma een heel andere structuur. Deze verloren informatie komt bij decompilatie uiteraard nooit meer terug en ook de structuur van het programma is nooit meer zo overzichtelijk als deze voor compilatie was. Het is dan ook ondoenlijk uit de grove code die decompilatie oplevert zinnige gegevens af te leiden<sup>118</sup>. De gewenste interoperabiliteit is dan ook lastig te realiseren.

---

<sup>111</sup> Artikel 6 lid 1 sub b Softwarerichtlijn.

<sup>112</sup> Artikel 6 lid 1 sub a Softwarerichtlijn.

<sup>113</sup> Van Schelven & Struik 1995, p. 118.

<sup>114</sup> Artikel 6 lid 2 sub a Softwarerichtlijn.

<sup>115</sup> Artikel 6 lid 2 sub b Softwarerichtlijn.

<sup>116</sup> Artikel 6 lid 2 sub c Softwarerichtlijn.

<sup>117</sup> Naar De Cock Buning 1993, p. 134.

<sup>118</sup> De Cock Buning 1993, p. 130.

Daar komt bij dat, mocht met decompilatie wel de juiste informatie worden verkregen, de interfaces van het oude programma leidend zijn. Dat kan zeer beperkend werken. Het is immers alleen toegestaan om een bestaand programma te decompileren, om daarmee een compatibel, niet-concurrerend, nieuw programma te kunnen ontwikkelen. Het omgekeerde mag uitdrukkelijk niet: het aanpassen van een bestaand programma na dit gedecompileerd te hebben, om het zo aan te laten sluiten op een nieuw ontwikkeld programma. De interfaces van het oude programma blijven daarmee dominant.

### **Decompilatie zelfstandig opererend programma**

De richtlijn maakt duidelijk dat de decompilatie is toegestaan om communicatie met *andere* computerprogramma's mogelijk te maken. De begrenzing van het begrip computerprogramma's is echter – zoals eerder beschreven – zo dun dat ook een module van een meeromvattend programma al snel als 'computerprogramma' gekwalificeerd kan worden.

Daar ontstaat een spanning. Wanneer een module van een bepaald programma al snel zelfstandig als 'computerprogramma' in de zin van de Softwarerichtlijn of Auteurswet 1912 kan worden gekwalificeerd, betekent dit tevens dat de modules van het meeromvattende softwarepakket waar ze deel van uitmaken ten opzichte van elkaar als 'andere software' gelden. Een modulair opgebouwd programma bestaat dus juridisch gezien uit meerdere zelfstandige computerprogramma's.

Dit is een logisch gevolg van de lage grens voor bescherming van software. Wanneer enerzijds software snel wordt beschermd, betekent dit anderzijds dat er ook snel sprake kan zijn van het recht op decompilatie.

Aangezien de meeste software tegenwoordig zo veelomvattend is dat deze welhaast modulair opgebouwd moet zijn, zal er snel sprake zijn van '(interne) interfaces', dat wil zeggen onderdelen van het computerprogramma die intern communiceren met andere onderdelen van dit programma.

In de meeste gevallen levert dit echter geen recht op decompilatie op. Vereist voor decompilatie is dat dit gedaan wordt om “compatibiliteit met andere programma’s tot stand te brengen”<sup>119</sup>. Een modulaair opgebouwd programma functioneert reeds en hier kan dus geen sprake zijn van het tot stand brengen van die compatibiliteit. Uit het gegeven dat het programma functioneert, volgt dat het reeds (intern) compatibel is. De constatering dat de meeste programma’s veel onderlinge interfaces bevatten, betekent dus niet noodzakelijkerwijs dat het geheel ook in grote mate gedecompileerd mag worden.

Omgekeerd kan deze constatering tot een heel grote mate van vrijheid tot decompileren leiden wanneer een module van een bestaand programma moet worden vervangen. Deze module is ten opzichte van alle andere modules in het meeromvattende softwarepakket te kwalificeren als ‘andere software’. De nieuw te schrijven module zal compatibel moeten zijn met de al bestaande modules, zodat ook aan het doel van decompilatie voldaan wordt. Het is overigens wel de vraag of in dat geval geen sprake is van een ongeoorloofde bewerking<sup>120</sup> van het programma, of juist van geoorloofd herstel van fouten<sup>121</sup>. Dit voert te ver voor deze scriptie.

## **Onbeschermde interfaces en informatie na decompilatie**

Volgens de overwegingen van de richtlijn worden interfaces op zichzelf niet beschermd door het auteursrecht<sup>122</sup>. Interfaces zijn dan te begrijpen als “de onderdelen van het programma die koppeling en interactie tussen componenten van een systeem verzekeren”<sup>123</sup>. In de volgende overweging wordt uitgelegd wat te verstaan is onder compatibiliteit en hier wordt verwezen naar deze overweging over interfaces. De tekst luidt als volgt:

Overwegende dat die functionele koppeling en interactie algemeen met de term "compatibiliteit" wordt aangeduid; dat een dergelijke compatibiliteit kan worden omschreven als "het vermogen om informatie uit te wisselen en om deze uitgewisselde informatie onderling te gebruiken";

---

<sup>119</sup> Artikel 6 lid 1 sub c Softwarerichtlijn

<sup>120</sup> Artikel 13 Auteurswet 1912.

<sup>121</sup> Artikel 5 lid Softwarerichtlijn.

<sup>122</sup> Overweging 13 Softwarerichtlijn.

<sup>123</sup> Overweging 11 Softwarerichtlijn.



Het eerste woord 'die' verwijst overduidelijk terug naar de vorige overweging (met de definitie van interfaces). Dat gebeurt ook in de Engelse tekst van de richtlijn met het woord 'this'. Dat doet denken dat compatibiliteit ook kan worden omschreven als "het vermogen van interfaces om samen te werken". Daarmee zou gedacht kunnen worden dat het recht op decompilatie alleen bedoeld is om interface-informatie te achterhalen, terwijl die informatie toch al onbeschermd is. Dat is echter wat te eng.

De tekst over interfaces en compatibiliteit loopt in de overwegingen weliswaar achter elkaar door en is daar onderling verweven, in het artikel waar decompilatie uitdrukkelijk wordt toegestaan gebeurt dit niet meer. Decompilatie is (grofweg) toegestaan om "compatibiliteit van een onafhankelijk gecreëerd computerprogramma met andere programma's tot stand te brengen"<sup>124</sup>. De crux in wat compatibiliteit is zit hem dan ook in het slot van de omschrijving (zie hierboven) hiervan: "**en** deze uitgewisselde informatie **onderling te gebruiken**".

Interfaces zijn vergelijkbaar met stekkers van elektronische apparatuur: een bepaalde aansluiting die voldoet aan een bepaalde standaard. Een ieder die weet hoe de stekker gemaakt moet worden, kan er zelf ook een maken en daarmee bijvoorbeeld een defecte stekker vervangen. Met het kunnen maken van de stekker is echter nog niet bekend welke signalen er over de lijn zullen gaan. Dat kan heel divers zijn; in extremen gesproken kan dit signaal zowel analoog als digitaal zijn, met daarbinnen uiteraard weer vele variaties.

Deze analogie maakt duidelijk waarom het recht op decompilatie in de richtlijn is opgenomen, terwijl ook al bepaald is dat interfaces überhaupt niet beschermd worden. Om software samen te kunnen laten werken is namelijk meer informatie nodig dan de gegevens van de interfaces. De programmeur moet weten welke functionele en technische specificaties daarbij gehanteerd worden. Anders gezegd: alleen weten hoe de stekker eruit ziet is niet zo interessant, interessant is te weten welk signaal er over die stekker komt.

---

<sup>124</sup> Artikel 6 lid 1 Softwarerichtlijn.

Het recht op decompilatie is dan ook niet nodig voor die interface-informatie – die delen van de software zijn überhaupt al niet beschermd en kunnen dus vrij worden gedecompileerd – maar voor de achterliggende technische en functionele specificaties die rond die interfaces worden gehanteerd.

## **2.5 Conclusies**

De Softwarerichtlijn zelf blinkt mijns inziens niet uit in helderheid door de vele uitzonderingen op vergaande hoofdregels. De Nederlandse implementatie van de richtlijn is echter zeker zo onduidelijk vanwege de strikte wens de richtlijn in het bestaande systeem van de Auteurswet te passen. Het is dan ook zeer aan te raden altijd de Softwarerichtlijn te bekijken in Nederlandse situaties rond computersoftware.

Software wordt vrij vergaand beschermd. De drempel voor bescherming is laag en het aantal voorbehouden handelingen is zeer groot. Aangezien zelfs normaal gebruik aan toestemming van de auteur onderhevig kan zijn, is ieder gebruik in strijd met de licentievoorwaarden ook automatisch een schending van auteursrecht (naast gebrekkige nakoming).

Het auteursrecht beschermt niet de achterliggende ideeën van de software, maar er achter komen wat deze ideeën zijn is – behalve door observatie van het gedrag van het programma – juist door datzelfde auteursrecht<sup>125</sup> zeer lastig. Iedere verveelvoudiging is immers in beginsel verboden. Decompilatie is hierbij geen oplossing, aangezien dat technisch gezien simpelweg bijna altijd te weinig informatie oplevert.

Weliswaar is het recht op decompilatie te strikt en wat vaag geformuleerd, het is wel goed dat een poging is gedaan dit uitdrukkelijk te formuleren. Dat de tekst een politiek compromis is, daar moet mee geleefd worden.

---

<sup>125</sup> Na de Softwarerichtlijn.

De bescherming van computerprogrammatuur door het Auteursrecht is in zijn huidige uitwerking wat gekunsteld. De gewenste openheid om interoperabiliteit te effectueren wordt zo niet bereikt. Wellicht was achteraf gezien het auteursrecht helemaal niet de meest logische keuze voor bescherming van software, maar lag bescherming door het octrooirecht veel meer voor de hand<sup>126</sup>. Juist dan was er openheid gekomen er allerlei technische specificaties, zonder dat deze klakkeloos overgenomen hadden mogen worden.

---

<sup>126</sup> Dobbelaar 1993, p. 238.

## 3. Bescherming van een bestandsformaat

### 3.1 Inleiding

Hoewel de software door een bedrijf gebruikt van zeer grote waarde is, zijn de met die software opgeslagen gegevens toch uiteindelijk van grotere waarde. Weliswaar zijn er hoge kosten verbonden aan het overstappen op andere software, vooral door zeer hoge bijkomende organisatorische kosten, toch gaat het er in essentie natuurlijk om dat de juiste gegevens op een juiste wijze door een softwarepakket verwerkt worden.

Continuïteit is daarbij van groot belang. Te denken valt aan de wettelijke administratieplicht voor ondernemers, waarbij de gegevens voor de duur van tenminste zeven jaren bewaard moeten worden op een zondanige wijze dat te allen tijde de “rechten en verplichtingen (...) kunnen worden gekend”<sup>127</sup>. Een ander voorbeeld waarbij het belang van de continuïteit wordt onderstreept is artikel 13 van de Wet Bescherming Persoonsgegevens. Hierin wordt o.a. de plicht opgelegd om persoonsgegevens te beveiligen tegen verlies.

Op het moment dat besloten wordt over te stappen, moeten dus de gegevens van het ‘oude’ naar het ‘nieuwe’ computerprogramma worden overgezet. Als het ‘oude’ programma zelf geen mogelijkheid biedt deze gegevens te exporteren naar een algemeen aanvaard bestandsformaat zodat deze (probleemloos) in het ‘nieuwe’ programma kunnen worden geïmporteerd, dan zullen de gegevens op een andere wijze moeten worden omgezet. Hiervoor is kennis van het door het ‘oude’ programma gehanteerde bestandsformaat vereist.

---

<sup>127</sup> Artikel 2:10 jo. artikel 3:15i Burgerlijk Wetboek.

Daarom zal ik in dit hoofdstuk onderzoeken in hoeverre een bestandsformaat (in abstracto) door het recht beschermd wordt en in hoeverre in dat formaat opgeslagen gegevens door een derde mogen worden omgezet in een ander formaat. De maker van de 'oude' software kan er immers grote belangen bij hebben dat de door hem gebruikte bestandsformaten nu juist niet bekend worden<sup>128</sup>.

## Bestandsformaat

Onder bestandsformaat<sup>129</sup> versta ik "de manier waarop de informatie in een computerbestand gecodeerd is"<sup>130</sup>. Dat is een ruime definitie en deze omvat volgens mij goed de vele variaties die in de praktijk voorkomen. Te denken valt aan het al dan niet hanteren van een recordindeling/compressie/encryptie, aan het gebruik van binaire- of lettertekens, aan de beperkingen op het gebied van karakterset/aantal kleuren/bestandsgrootte, etc. etc.

Deze definitie wil wel zeggen dat er sprake moet zijn van gegevens die terug op te roepen zijn. Zodra immers de gegevens willekeurig worden weggeschreven op een zodanige wijze dat ze niet meer goed kunnen worden teruggehaald, is geen sprake meer van 'informatie'. Informatie is immers niets anders dan gegevens die kunnen worden geïnterpreteerd door mensen<sup>131</sup>. Die mogelijkheid tot interpretatie verval, wanneer de data onleesbaar zijn geworden. Kan de computer de gegevens wel terug oproepen en voor mensen leesbaar presenteren, dan valt dit wel onder de definitie.

De complexiteit van het bestandsformaat zegt daarbij niets over de complexiteit van het computerprogramma en vice versa. Het is heel goed denkbaar dat een bepaald programma na een zeer complexe berekening niet anders doet dan de uitkomst wegschrijven naar een bestand, tezamen met de oorspronkelijke invoer. In het bestand staat dan bijvoorbeeld niets anders dan twee getallen, terwijl de computer hier wellicht dagen mee aan het rekenen is geweest.

---

<sup>128</sup> Stuurman 1995, p. 440.

<sup>129</sup> Hoewel dit een Anglicisme is, is het wel een zodanig ingeburgerd woord dat ik het in deze scriptie zal gebruiken.

<sup>130</sup> <http://nl.wikipedia.org/wiki/Bestandsformaat>

<sup>131</sup> <http://nl.wikipedia.org/wiki/Informatie>

In een dergelijk geval zal het bestand onbeperkt kunnen groeien in grootte door simpelweg op de volgende regels weer getallen weg te schrijven. In andere gevallen is een bestandsformaat veel uitgebreider gedefinieerd en maakt deze definitie bijvoorbeeld dat een bestandsformaat beperkt in grootte is, zoals bij het TAR-formaat<sup>132</sup>.

Bij diverse bestandsformaten wordt compressie toegepast. Daarbij zijn twee situaties te onderscheiden: daar waar de compressie in de definitie van het bestandsformaat zelf is opgenomen en daar waar de compressie, volgens de functionele specificaties van de programmatuur, optioneel op het bestandsformaat kan worden toegepast. Het eerste is het geval bij bijvoorbeeld het formaat JPEG, waar bij het opslaan van afbeeldingen gekozen kan worden voor een bepaalde mate van compressie (en daarmee corresponderend kwaliteitsverlies)<sup>133</sup>. Het tweede is het geval bij bijvoorbeeld het formaat TIFF, waar optioneel diverse compressiealgoritmes kunnen worden toegepast. In dat geval wordt de eigenlijke bestandsinhoud pas door de computer ingelezen na toepassen van een decompressiealgoritme.

### **3.2 Bestandsformaat als auteursrechtelijk werk**

In het vorige hoofdstuk zijn de vereisten voor auteursrechtelijke bescherming reeds behandeld. Het belangrijkste criterium is de vraag of het werk voldoende 'eigen karakter' heeft om door het auteursrecht beschermd te kunnen worden.

---

<sup>132</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Tar\\_\(file\\_format\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Tar_(file_format))

<sup>133</sup> <http://www.cs.cf.ac.uk/Dave/Multimedia/node234.html>

## Eigen karakter

Stuurman wijst er op dat het auteursrecht alleen de vorm en niet de achterliggende ideeën beschermt<sup>134</sup>. Deze ideeën zijn dus vrij. Deze achterliggende ideeën kunnen echter in verschillende gradaties onderscheiden worden. Het zeer abstracte idee bij een bestandsformaat is volgens mij de notie dat het handig is de met het programma verwerkte gegevens in een bepaalde structuur weg te schrijven, zodat deze – met toepassing van diezelfde structuur – later weer terug op te roepen zijn. Die abstracte idee is uiteraard geheel vrij.

De iets concretere uitwerking hiervan bestaat uit het feitelijk opstellen van dit bestandsformaat. Hoe die bestandsstructuur wordt ingericht is mijns inziens wel degelijk een proces waarin eigen keuzes door de ontwerper gemaakt worden. Daarbij erken ik dat dit leidt tot een zeer abstract resultaat, bijvoorbeeld in de vorm van een normdocument met heel algemene bepalingen.

Er zijn echter wel meer abstracte werken die voor bescherming in aanmerking komen. Spoor/Verkade/Visser stellen dat een *character* – een fictief personage in abstracto – als zodanig aan de werktoets kan voldoen<sup>135</sup>. Ook voor programmaformules, bordspelen en computerspelletjes nemen zij de mogelijkheid van bescherming aan<sup>136</sup>. Hierbij is volgens hen bepalend in hoeverre deze zijn uitgewerkt in details en in hoeverre deze uitwerking origineel is.

---

<sup>134</sup> Stuurman 1995, p. 459.

<sup>135</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p 122.

<sup>136</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p 124 e.v..

Bij een bestandsformaat moeten er bepaalde keuzes gemaakt worden, zeker wanneer het een geheel nieuw bestandsformaat betreft. Het betreft daarbij zowel keuzes voor wat betreft de indeling van het bestand als voor wat betreft de daarin gebruikte codering. Wanneer deze keuzes verwerkt worden in een computerprogramma dat er feitelijk voor zorgt dat de gegevens in dat bestandsformaat worden opgeslagen, meen ik dat er in ieder geval sprake is van auteursrechtelijke bescherming van dat programma of -module. Dat is echter niet de vraag. Veel relevanter is de vraag of een derde die een soortgelijk programma schrijft met (nagenoeg) hetzelfde resultaat, inbreuk maakt op een eventueel bestaand auteursrecht op dat bestandsformaat of op het auteursrecht op dat programma.

Stuurman wijst er op dat bij standaards – als de definitie van een bestandsformaat – nu eenmaal minder snel kan worden aangenomen dat het een auteursrechtelijk beschermingswaardig ‘werk’ is dan bij de meeste andere werken<sup>137</sup>. De definitie van een standaard ziet nu immers eenmaal op het scheppen van een (saaie) orde en eenduidigheid, wat weinig meer met creativiteit te maken heeft.

De uitwerking van de definitie van een bestandsformaat wordt daarbij door vele aspecten begrensd. Zo volgt uiteraard de definitie van het bestandsformaat de functionele specificaties van het geschreven programma (en niet omgekeerd). Het bestandsformaat kan pas worden opgesteld op het moment dat duidelijk is wat het programma moet doen. Ook technische specificaties zijn zeer belangrijk. De definitie wordt begrensd door het gebruikte besturingssysteem, de hardware waarop het programma zal draaien, de maximale bestandsomvang waartoe het bestandsformaat mag leiden, etc.

De uitwerking van een bestandsformaat is dan ook weliswaar zeer uitgebreid gespecificeerd, het is vermoedelijk niet voldoende origineel. Het is dermate begrensd door de randvoorwaarden dat er geen sprake is van echt eigen keuzes van de maker. Daarmee voldoet het volgens mij niet aan de werktoets en wordt het dus niet in abstracto door het auteursrecht beschermd.

---

<sup>137</sup> Stuurman 1995, p. 438.



Zoals vele normdocumenten zal er dan ook vermoedelijk genoeg moeten worden genomen met slechts eenvoudige geschriftenbescherming<sup>138</sup>. Dat is in wezen maar goed ook. Stuurman wijst er op dat niet alleen voor formele, maar ook voor de facto normen toepassing van de norm vrij moet blijven<sup>139</sup>. De omgekeerde situatie leidt tot ongewenste monopolies.

Dit bovenstaande geldt dan alleen voor bestandsformaten die daadwerkelijk zijn ontstaan als gevolg van de functionele en technische specificaties van een programma. In die gevallen is het bestandsformaat min of meer het bijproduct van de softwareontwikkeling. Bestandsformaten die bewust op zichzelf zijn uitgedacht, te denken valt aan PNG<sup>140</sup> voor afbeeldingen en MPEG<sup>141</sup> voor films, voldoen volgens mij veel sneller aan de werktoets. Daar richt zich de creativiteit immers ook op het bestandsformaat als zodanig en is het bestandsformaat niet langer een bijproduct van softwareontwikkeling.

## **De softwarerichtlijn**

Zoals in het vorige hoofdstuk beschreven is voor computerprogrammatuur de Softwarerichtlijn van zeer groot belang. Vandaar dat ik zal bekijken of deze richtlijn ook voor bestandsformaten een specifieke bescherming biedt.

Een bestandsformaat voldoet niet aan de eerder genoemde definitie van een computerprogramma. Het 'resultaat' dat door beide definities van computerprogrammatuur wordt vereist, wordt immers niet door de computer bereikt door het (abstracte) bestandsformaat zelf, maar door bepaalde programma-instructies die de definitie van dit bestandsformaat hanteren om tot een resultaat te komen. Dat resultaat is dan bijvoorbeeld het wegschrijven van data in dat bestandsformaat of het terug oproepen van die gegevens, opgeslagen in dat formaat.

---

<sup>138</sup> Stuurman 1995, p. 438.

<sup>139</sup> Stuurman 1995, p. 440.

<sup>140</sup> <http://www.libpng.org/pub/png/>.

<sup>141</sup> <http://www.chiariglione.org/mpeg/>.

Wellicht harmoniseert de richtlijn wel op een ander – voor bestandsformaten relevant – gebied. In de richtlijn wordt niet heel duidelijk over bestandsformaten gesproken, maar wel over zogenaamde *interfaces*. Deze heb ik in het vorige hoofdstuk al kort besproken. Hier zal ik nog nader ingaan op de vraag in hoeverre dit een antwoord biedt op de vraag of een bestandsformaat door het auteursrecht beschermd wordt.

## **Interfaces**

Uit de richtlijn blijkt duidelijk dat programmaonderdelen die “koppeling en interactie tussen componenten van een systeem verzekeren” niet worden beschermd. Deze onderdelen worden interfaces genoemd. Daarbij is irrelevant of dit nu om de communicatie tussen software/software of software/hardware gaat<sup>142</sup>.

Zoals eerder beschreven in het vorige hoofdstuk, worden interfaces zelf niet beschermd door het auteursrecht. Deze mogen dus zonder problemen worden gedecompileerd. Tevens is eerder gezegd dat decompilatie vaak geen zinnige gegevens oplevert. De informatie om het bestandsformaat te kunnen hanteren wordt er ongetwijfeld niet mee gevonden.

In datzelfde hoofdstuk heb ik ook uitgewerkt dat de begrenzing van het begrip computerprogramma zeer dun is. Dat wil zeggen dat ook een module van een computerprogramma zelfstandig als computerprogramma beschermd kan worden. De koppeling tussen de module voor het opslaan en terugoproepen van gegevens en andere modules van hetzelfde programma kan als ‘interface’ worden gekwalificeerd. Dat zegt echter nog niets over het bestandsformaat, noch over de module die het bestandsformaat hanteert.

Met de overwegingen over interfaces kom ik dus niet veel verder voor de vraagstelling. Interfaces worden wellicht gebruikt om een bestandsformaat toe te passen, door de data in een bepaalde vorm over de interface te sturen. Of de standaard die daarna op de data wordt toegepast (het bestandsformaat) wordt beschermd is daarmee niet beantwoord.

---

<sup>142</sup> Van Schelven & Struik 1995, p. 30.

## Bestandsformaat als logica

Uit de overwegingen van de Softwarerichtlijn komt nog wel een ander aspect naar voren. Er is uitdrukkelijk voor gekozen om bepaalde zeer abstracte ideeën niet te beschermen. Hiervoor haal ik de overwegingen 12 en 13 van de Softwarerichtlijn aan.

Overwegende dat onzekerheid dient te worden vermeden, en dat dus duidelijk moet worden gesteld dat alleen de uitdrukkingwijze van een computerprogramma wordt beschermd, en dat ideeën en beginselen die aan enig element van een programma - inclusief de bijhorende **interfaces** - ten grondslag liggen, niet **overeenkomstig deze richtlijn door het auteursrecht worden beschermd**;

Overwegende dat ideeën en beginselen overeenkomstig dat principe van het auteursrecht niet uit hoofde van deze richtlijn worden beschermd, in zoverre **logica, algoritmen** en programmeertalen uit deze ideeën en beginselen zijn opgebouwd;

De overwegingen moeten nadrukkelijk duidelijk maken dat alleen de uitdrukkingwijze van een programma wordt beschermd. De vraag is nu of een bestandsformaat daarbij als een 'logica' of 'algoritme' kan worden beschreven, zoals in de hierboven afgedrukte overwegingen van de Softwarerichtlijn.

Van Dale definieert een algoritme als 'systematisch stelsel voor het uitvoeren van berekeningen en de volgorde daarvan'<sup>143</sup>. Hoewel voor alles wat een computer doet berekeningen nodig zijn, ben ik niet helemaal gelukkig met deze definitie. De definitie op Wikipedia is ruimer en sluit meer aan bij wat hier elders over geschreven wordt: "Een algoritme is een eindige reeks instructies om vanuit een gegeven begintoestand het daarbij behorende doel te bereiken. Dat doel kan van alles zijn met een herkenbare eindsituatie, eindpunt of resultaat."<sup>144</sup>.

Het idee van een bestandsformaat is eenvoudig. Bij het openen van een bestand moet de daarin aanwezige data worden omgezet naar voor de software zinnige gegevens, volgens het algoritme van het bestandsformaat. Bij het wegschrijven van de gegevens met behulp van de software gebeurt precies het omgekeerde.

---

<sup>143</sup> Via <http://www.vandale.nl>

<sup>144</sup> <http://nl.wikipedia.org/wiki/Algoritme>

Ook dat gebeurt echter door een bepaald stukje software, niet door het bestandsformaat zelf in abstracto. Die software valt te kwalificeren als 'algoritme', niet het bestandsformaat zelf. Anders gezegd: het bestandsformaat is abstracter dan het algoritme; dat laatste omvat nu juist de concrete uitwerking van het bestandsformaat op zo'n wijze dat het computerprogramma hier iets zinnigs mee kan.

### **Doel van de Softwarerichtlijn**

Wanneer die delen van de software die zorgen voor het wegschrijven van data op zichzelf niet beschermd worden omdat het hetzij een 'interface', hetzij een 'logica' of 'algoritme' betreft, is het niet logisch de daarin in abstracto verwerkte informatie wel te beschermen conform de Softwarerichtlijn.

Naar de strekking heeft de Softwarerichtlijn wellicht wel bedoeld de bescherming uit te sluiten – gezien alle overwegingen rondom het grote belang van samenwerking tussen verschillende software – maar zoals hierboven betoogd is daarbij steeds de computerprogrammatuur zelf in ogenschouw genomen. De door deze programmatuur gehanteerde definities zelf zijn niet genoemd. Bestandsformaten zijn dan ook niet behandeld in de Softwarerichtlijn.

De richtlijn was bedoeld om te harmoniseren en duidelijk te maken wat er uitdrukkelijk wel en niet beschermingswaardig was. Wanneer de Softwarerichtlijn voor een bepaald aspect geen uitdrukkelijk antwoord geeft, valt niet anders te concluderen dat dit aspect van het auteursrecht nog niet geharmoniseerd is. Deze vraag kan dus naar 'normaal' auteursrecht worden beantwoord.

### **Conclusie**

Een bestandsformaat in abstracto wordt niet vaak door het auteursrecht beschermd. Alleen bewust als zodanig uitgedachte formaten zijn vermoedelijk voldoende creatief. Voor andere bestandsformaten geldt dat ze bijna altijd nooit voldoende 'eigen karakter' hebben om als werk beschermd te kunnen worden.

Een bestandsformaat is vaak simpelweg te technisch en onvoldoende concreet om door het auteursrecht te worden beschermd. Dat neemt natuurlijk niet weg dat het document waarin het bestandsformaat beschreven wordt wellicht op zichzelf beschermd kan worden, op zijn minst middels de eenvoudige geschriftenbescherming. Dat was echter niet de vraag die ik hier heb willen beantwoorden.

De Softwarerichtlijn geeft op de vraag verder geen duidelijk antwoord.

### **3.3 Bestandsformaat beschermen middels octrooirecht**

Hier kan het octrooirecht van pas komen. Het octrooirecht komt voor software van pas, aangezien het in tegenstelling tot het auteursrecht nu juist wel functionele elementen (van een programma) beschermt. Daar waar het in het auteursrecht is toegestaan tot functioneel hetzelfde resultaat te komen met eigen vormgeving gebaseerd op eigen keuzes, beschermt nu juist het octrooirecht dat functionele resultaat. In zoverre vormt het octrooirecht dus zeker een aanvulling op het auteursrecht voor de bescherming van software<sup>145</sup>.

Bovendien beschermt het octrooirecht tegen ieder gebruik van de door het octrooi beschermde vinding, ook al is daaraan niet ontleend. Terwijl juist bij auteursrecht ontlening wel relevant is. Daar geldt zelfs dat indien twee personen onafhankelijk van elkaar hetzelfde werk kunnen maken, dit vermoedelijk betekent dat dit werk niet beschermingswaardig is.

In deze paragraaf zal ik allereerst beschrijven wat het octrooirecht inhoudt. Vervolgens zal ik onderzoeken in hoeverre een bestandsformaat in abstracto kan worden geoctrooieerd. Ten slotte zal ik enkele voorbeelden van door octrooien beschermde bestandsformaten geven.

---

<sup>145</sup> Verkade, Visser & Bruining 2000, p. 33.

## Omvang van het octrooirecht

De houder van een octrooi heeft het recht anderen te beletten het in het octrooi omschreven toe te passen. Het is dus een verbodsrecht dat leidt tot een tijdelijk monopolie. Er kan octrooi worden verkregen op voortbrengselen en werkwijzen. Bij een octrooi op een voortbrengsel is de houder van het octrooi als enige bevoegd de in het octrooi beschreven producten te vervaardigen, op de markt te brengen, door te voeren of in voorraad te hebben<sup>146</sup>.

Een octrooi op een werkwijze leidt tot het exclusieve recht die werkwijze toe te passen. Verder krijgt de houder dezelfde rechten op het dankzij die werkwijze verkregen voortbrengsel, als voor een octrooi op dat voortbrengsel. Dit laatste geldt alleen niet indien op het voortbrengsel zelf geen octrooi verkregen zou kunnen zijn, om te voorkomen dat een sluiproute bewandeld wordt<sup>147</sup>.

In beide gevallen geldt dat de handelingen alleen exclusief zijn voorbehouden aan de houder van het octrooirecht voor zover deze worden verricht 'in of voor een bedrijf'. Particulieren en de wetenschappelijke wereld kunnen dus niet door de houder van een octrooi worden belet in het toepassen of fabriceren van het door het octrooi beschermde.

## Regelgeving rondom octrooirecht

Voor Nederland zijn er diverse bronnen van octrooirecht. Voor het gehele Koninkrijk der Nederlanden is er de Rijksoctrooiwet 1995 (hierna ROW 1995). De voorganger hiervan was de Rijksoctrooiwet uit 1910 en deze is per 1 september 2004 ingetrokken<sup>148</sup>. Deze was nog van toepassing op alle aangevraagde en verkregen nationale octrooien van voor 1 april 1995 en alle voor 1 april 1995 gepubliceerde Europese octrooien<sup>149</sup>.

---

<sup>146</sup> Wichers Hoeth 2000, p. 39.

<sup>147</sup> Wichers Hoeth 2000, p. 41.

<sup>148</sup> Vervallen bij wet gepubliceerd in Stb. 2004, 352.

<sup>149</sup> Wichers Hoeth 2000, p. 14.

Groot verschil tussen beide is dat onder de oude wet octrooiaanvragen eerst moesten worden getoetst door de Octrooiraad, terwijl onder de huidige wet juist geen vooronderzoek meer plaatsvindt. Tegenwoordig vindt dus geen enkele toetsing plaats naar de vereisten voor een octrooi, totdat wellicht ooit de rechter zich hierover moet uitspreken<sup>150</sup>. De verwachting van Verkade/Visser/Bruining is dat de rechter de door de Octrooiraad ontwikkelde criteria zal laten meewegen in een dergelijke procedure, maar in welke mate durven zij niet te voorspellen<sup>151</sup>.

Verder is er het 'Verdrag inzake de verlening van Europese Octrooien'<sup>152</sup> (hierna: Europees Octrooiverdrag of EOv). Dit verdrag voorziet in één procedure voor de aanvraag van een Europees octrooi, dat direct na verlening uiteenvalt in een bundel octrooien naar nationaal recht. Op het eerste gezicht is dit dus een verdrag van louter formeel recht. Toch bevat het verdrag zelf wel degelijk ook materieel recht. Zo bepaalt het verdrag uitdrukkelijk zelf wat octrooieerbare vindingen zijn, wie er tot het octrooi gerechtigd is, wat de rechtsgevolgen van de aanvraag zijn en hoe het octrooi tot het vermogensrecht staat<sup>153</sup>.

Het verdrag creëert zo de wat merkwaardige situatie dat het zelf bepaalt aan welke criteria een uitvinding moet voldoen wil het octrooieerbaar zijn, maar dat het vervolgens – zodra het octrooi eenmaal verleend is – aan de nationale rechters overlaat of deze criteria inderdaad juist zijn toegepast. Hier schuilt een gevaar, aangezien dit kan leiden tot het toepassen van verschillende criteria in de verschillende deelnemende landen<sup>154</sup>.

---

<sup>150</sup> Verkade, Visser & Bruining 2000, p. 23.

<sup>151</sup> Verkade, Visser & Bruining 2000, p. 24.

<sup>152</sup> Trb. 1975, 108 en Trb. 1976, 101.

<sup>153</sup> Wichers Hoeth 2000, p. 30.

<sup>154</sup> Bakels 2002, p. 350.

De criteria van de ROW 1995 en het EOV stemmen volgens Verkade/Visser/Bruining sterk overeen<sup>155</sup>. Brinkhof stelt daarentegen dat de ROW 1995 vooral een vernieuwing van de ROW 1910 inhoudt en met name verschilt van de ROW 1910 op het punt van de te volgen procedures<sup>156</sup>. Dit laatste lijkt mij juister en bovendien meer in overeenstemming met de verwachting van Verkade/Visser/Bruining dat de uitspraken van de Nederlandse Octrooiraad relevant blijven voor de uitleg van de ROW 1995. Een octrooi verleend conform het EOV zal dus zowel aan de ROW 1995 als aan het EOV moeten worden getoetst.

### **Voorwaarden voor bescherming**

In alle regelgeving rondom de bescherming van octrooien komen steeds drie voorwaarden terug. De uitvinding moet nieuw zijn, zij moet op uitvinderwerkzaamheid berusten en ze moet kunnen worden toegepast op het gebied van de nijverheid<sup>157</sup>. In de ROW 1995 staat dit in artikel 2 lid 1 en voor het EOV staat dit in artikel 52.

### **Uitvinding**

Daarbij moet een ontdekking van een uitvinding worden onderscheiden. Bij een ontdekking wordt een nieuwe eigenschap van iets bestaands ontdekt (bijvoorbeeld dat metalen stroom geleiden). Dat is niet vatbaar voor octrooi. Een nieuwe toepassing voor een bestaand product weer wel (bijvoorbeeld dat dankzij die geleiding bepaalde signalen kunnen worden doorgegeven). Een uitvinding moet namelijk een inventieve oplossing bieden voor een bepaald probleem<sup>158</sup>.

De uitvinder moet iets ontdekt hebben wat voor de gemiddelde deskundige niet zo zeer voor de hand lag, dat hij het ook zonder enige moeite zou kunnen hebben gemaakt. Het moet gaan om iets inventiefs en dit kan in feite alleen van geval tot geval worden beoordeeld<sup>159</sup>.

---

<sup>155</sup> Verkade, Visser & Bruining 2000, p. 23.

<sup>156</sup> Brinkhof (IEC) 4/149.

<sup>157</sup> Wichers Hoeth 2000, p. 15.

<sup>158</sup> Wichers Hoeth 2000, p. 16.

<sup>159</sup> Wichers Hoeth 2000, p. 17.



## **Nieuwheid**

Alleen dat wat nog niet behoort tot de zogenaamde 'stand der techniek', kan worden geïntroduceerd. Deze stand van de techniek omvat alles wat openbaar toegankelijk is gemaakt op enige wijze. Denk aan schriftelijke of mondelinge beschrijvingen, maar ook aan praktische toepassing van de vinding. Het maakt bovendien niet uit waar ter wereld deze informatie openbaar toegankelijk is geworden. Bepalend is of een deskundige (theoretisch) aan de informatie had kunnen komen<sup>160</sup>.

Dit is daarmee een zeer streng criterium. De reden hiervoor is dat er na octrooiverlening een zeer sterk recht wordt verkregen. De wetgever wilde niet te snel een monopolie aan vondsten verlenen, zeker wanneer dit zeer triviale vondsten betreft.

Bovendien zijn ook vindingen die zo vanzelfsprekend voortvloeien uit de 'stand der techniek' al niet meer voldoende nieuw<sup>161</sup>. In dat geval betreft het echter ook al geen 'uitvinding' meer zoals hierboven omschreven, aangezien het dan voor de gemiddeld deskundige te zeer voor de hand lag.

Wanneer een ander een vondst onrechtmatig openbaar maakt, kan dit worden hersteld door binnen zes maanden na deze openbaarmaking octrooi aan te vragen en daarbij aan te geven dat de ander onrechtmatig openbaar gemaakt heeft. Dit is een billijkheidscorrectie op de strenge eisen van nieuwheid en deze is opgenomen in zowel de ROW 1995 in artikel 5 lid 1 sub a als in het EOV in artikel 55 lid 1.

## **Toepasbaarheid op het gebied van de nijverheid**

Toepasbaarheid is een criterium dat zeer ruim moet worden uitgelegd. Het omvat in ieder geval iedere activiteit met een bepaald 'technisch karakter'. Octrooien beschermen uitvindingen die een bepaald technisch effect hebben en geen zaken die louter kunstzinnig of heel abstract (zelfs ontoepasbaar) zijn<sup>162</sup>. Het idee moet toepasbaar zijn.

---

<sup>160</sup> Wichers Hoeth 2000, p. 17.

<sup>161</sup> Wichers Hoeth 2000, p. 19.

<sup>162</sup> Wichers Hoeth 2000, p. 20.

De grens van deze toepasbaarheid is echter dun en kan creatief worden ingevuld. Zo kan bijvoorbeeld vanwege deze eis geen octrooi worden verkregen op medicijnen, maar wel op de (technische) bereiding van deze stof<sup>163</sup>. Op grond van artikel 53 sub b EOV rust vervolgens ook octrooirechtelijke bescherming op het met deze werkwijze verkregen voortbrengsel. De facto wordt de genoemde bescherming dus wel verkregen.

### **Technisch karakter vereist?**

Er is veel discussie of de eis toepasbaarheid ook impliceert dat de vinding zelf technisch van karakter moet zijn.

Prof. Louët Feisser wijst er op dat niet de uitvinding zelf technisch moet zijn, maar alleen de beschrijving van de uitvinding op een technische wijze in de conclusies moet staan. Anders gezegd: de uitvinding moet concreet worden omschreven als een toepasbare vinding<sup>164</sup>. Meer eisen stellen het EOV en de ROW 1995 volgens hem simpelweg niet.

Het meest sprekende voorbeeld van een niet-technische, volgens hem wel octrooieerbare vinding, is de idee dat op Post-it notities ook reclame kan worden gemaakt. Daar is weinig technisch aan, terwijl dit wel degelijk 'technisch' kan worden omschreven als een werkwijze voor het maken van reclame, aldus Louët Feisser. Ook Hermans wijst er op dat een uitvinding die bij toepassing een niet-technisch effect teweeg brengt best op zichzelf vatbaar kan zijn voor octrooirechtelijke bescherming<sup>165</sup>.

---

<sup>163</sup> Wichers Hoeth 2000, p. 21.

<sup>164</sup> Louët Feisser 2000, p. 243.

<sup>165</sup> Wichers Hoeth 2000, p. 20.

Bakels geeft direct toe dat de wet als zodanig niet vereist dat het octrooi voldoende technisch karakter heeft. Dit zou echter wel uit diverse rechterlijke uitspraken volgen<sup>166</sup>. Ook hij lijkt twijfels te hebben of dit terecht is. Hij vindt het argument dat de *Implementing Regulations* van het EOV vereisen dat de aanvraag duidelijk maakt welk 'technisch probleem' ermee opgelost wordt al niet sterk, aangezien het karakter van het probleem nog niets zegt over het karakter van de oplossing. Bovendien wijst hij er op dat deze regels door de Raad van Bestuur van de Europese Octrooiorganisatie<sup>167</sup> zelf kunnen worden gewijzigd<sup>168</sup>.

Wanneer dit een belangrijk materieel vereiste voor octrooiëring zou zijn geweest, was dit wel als zodanig in het verdrag gekomen. Bovendien zijn er volgens hem enkele casussen denkbaar waarbij het afwijzen van het octrooi vooral was te wijten aan de wijze van documenteren en niet aan het karakter van de vinding zelf<sup>169</sup>.

De argumenten van Bakels en Louët Feisser komen mij overtuigend over. Zolang de vinding zelf maar op een wijze beschreven is dat deze kan worden uitgevoerd – wat uiteraard al snel neerkomt op een bepaald technisch effect – is deze vatbaar voor bescherming middels een octrooi.

## **Procedure octrooiaanvraag ROW 1995**

Een octrooi wordt verkregen op aanvraag. Dat is overal ter wereld zo. Voor de Nederlandse ROW 1995 geldt de volgende procedure.

---

<sup>166</sup> Bakels 2002, p. 348.

<sup>167</sup> Artikel 4 lid 2 sub b EOV.

<sup>168</sup> Artikel 33 lid 1 sub b EOV.

<sup>169</sup> Bakels 2002, p. 349.

In de aanvraag moet worden vermeld wie de uitvinder is en wat is uitgevonden. Dat laatste moet zeer gedetailleerd. In deze conclusies moet duidelijk en volledig worden vermeld wat de uitvinding is, eventueel vergezeld van tekeningen en moet worden uitgewerkt wat hier nu precies nieuw aan is en waarvoor bescherming wordt verlangd<sup>170</sup>. Al deze papieren zijn openbaar. Aan deze papieren worden in het “Uitvoeringsregeling Rijsoctrooiwet 1995” meer precieze voorwaarden gesteld, welke ik verder niet zal behandelen.

Vervolgens kan de verzoeker besluiten al dan niet een nieuwheidonderzoek te laten instellen door het Bureau voor de industriële eigendom<sup>171</sup>. Wordt dit onderzoek ingesteld, dan volgt – ongeacht de uitkomst van dit onderzoek – een octrooi met een geldigheid van twintig jaar<sup>172</sup>. In andere gevallen heeft het octrooi een geldigheidsduur van zes jaren<sup>173</sup>.

Naar Nederlands recht wordt dus tegenwoordig een octrooi verkregen dat verder niet onderhevig is aan preventieve toetsing. Alleen de rechter kan achteraf octrooien vernietigen. Dit in tegenstelling tot de situatie onder de Rijsoctrooiwet 1910, waar juist pas na inhoudelijk toetsing vooraf een octrooi kon worden verkregen.

## **Procedure octrooiaanvraag EOV**

De aanvraag voor een octrooi conform het EOV moet worden ingediend bij het Europees Octrooibureau (EOB) te München. De documenten moeten er in grote lijnen hetzelfde uit zien als bij een aanvraag conform de Nederlandse procedure<sup>174</sup>.

---

<sup>170</sup> Wichers Hoeth 2000, p. 24.

<sup>171</sup> Artikel 32 lid 1 ROW 1995.

<sup>172</sup> Artikel 36 lid 5 ROW 1995.

<sup>173</sup> Artikel 33 lid 5 ROW 1995.

<sup>174</sup> Wichers Hoeth 2000, p. 28.

Groot verschil is dat het EOB, in tegenstelling tot het Nederlandse Bureau voor de industriële eigendom, vervolgens uit zichzelf een nieuwheidonderzoek zal starten<sup>175</sup>. Binnen 18 maanden na de indiening zal de aanvraag, inclusief de resultaten van dit onderzoek als deze al beschikbaar zijn, worden gepubliceerd<sup>176</sup>. Als het verslag nog niet beschikbaar is wordt dit later afzonderlijk gepubliceerd.

Binnen zes maanden na de (uiteindelijke) publicatie van het verslag van nieuwheidsonderzoek moet de aanvrager verzoeken om een toetsing aan de voorwaarden van het verdrag<sup>177</sup>. Naar aanleiding van de conclusies van de onderzoeksafdeling wordt het octrooi ofwel afgewezen ofwel verleend<sup>178</sup>, waarbij het in het laatste geval ook direct gepubliceerd wordt<sup>179</sup>.

Na verleningen kunnen derden binnen negen maanden oppositie instellen tegen de verlening van het octrooi<sup>180</sup>. De oppositie kan alleen worden ingesteld in de situatie dat de vinding niet aan de voorwaarden voor octrooiverlening voldoet, dat de beschrijving van uitvinding onvoldoende duidelijk is om toe te passen in de praktijk of dat onderwerp en inhoud van de octrooiaanvraag niet door elkaar worden gedekt<sup>181</sup>.

Wordt deze oppositie toegekend, dan heeft dit effect in alle landen waarvoor het octrooi gegolden zou hebben. Feitelijk is na succesvolle oppositie het octrooi dus van de baan.

Het Nederlands Octrooicentrum legt op zijn website in een mooi schema uit hoe de procedure kan worden samengevat<sup>182</sup>. Groot verschil met de situatie van een octrooi verleend onder de ROW 1995 is dus dat op Europees niveau juist wel inhoudelijk vooraf wordt getoetst.

---

<sup>175</sup> Artikel 92 EOV.

<sup>176</sup> Artikel 93 EOV.

<sup>177</sup> Artikel 94 EOV.

<sup>178</sup> Artikel 97 EOV.

<sup>179</sup> Artikel 98 EOV.

<sup>180</sup> Artikel 99 EOV.

<sup>181</sup> Artikel 100 EOV.

<sup>182</sup> Zie <http://www.octrooicentrum.nl/internationaal/Europeesoctrooi/>.

## Verval octrooi

Zowel voor Europese octrooien als Nederlandse geldt dat deze te allen tijde kunnen worden getoetst door de rechter. Blijkt een octrooi niet geldig te zijn (geweest), dan wordt dit als dusdanig vastgesteld en volgt er doorhaling van het octrooi in het register.

De rechter moet in zo'n geval altijd vernietigen; in artikel 75 ROW staat simpelweg dat indien een octrooi niet aan de vereisten blijkt te voldoen, dat vernietigd moet worden. Op grond van lid 5 van dit artikel heeft een dergelijke vernietiging algehele terugwerkende kracht, maar lid 6 matigt dit enigszins. In kracht van gewijsde gegane uitspraken en overeenkomsten inzake het handelen in strijd met een octrooi worden in principe geheel gerespecteerd.

Verder vervalt een octrooi van rechtswege wanneer niet de jaartaks op tijd is betaald<sup>183</sup>. Voor een Europees octrooi hoeft pas na vijf jaren jaarlijks te worden betaald. De octrooihouder kan nog binnen zes maanden na verstrijken van de eigenlijke betalingstermijn betalen, maar betaalt dan wel een verhoging<sup>184</sup>. Hermans wijst er op dat de meeste octrooien niet de maximale leeftijd bereiken, simpelweg omdat het voor de meeste octrooihouders vaak niet lonend blijkt al die tijd de jaartaksen te blijven betalen<sup>185</sup>.

Tenslotte kan een octrooihouder ook conform artikel 63 ROW 1995 afstand doen van zijn octrooi. Deze mogelijkheid lijkt mij niet veel benut te worden, aangezien de octrooihouder ook simpelweg kan stoppen de jaartaksen te betalen. Dat is voor hem iets dat minder moeite kost. Een verklaring van het doen van afstand moet in het register worden ingeschreven en kan pas worden gedaan wanneer blijkt dat er geen personen meer zijn die licenties of andere rechten op het octrooi hebben (lid 2).

---

<sup>183</sup> Artikel 61 jo. Artikel 62 ROW 1995.

<sup>184</sup> Artikel 62 jo. 61 lid 3 ROW 1995.

<sup>185</sup> Wichers Hoeth 2000, p. 54.

## Uitzonderingen

Bepaalde vondsten zijn per definitie niet vatbaar voor octrooi. Het betreft dan vooral allerlei soorten vondsten waarvan het ethisch niet wenselijk is dat deze beheerst worden door één individu, of vondsten waarvoor andere intellectuele eigendomsrechten eigenlijk bedoeld zijn. Bij het eerste kan gedacht worden aan uitvindingen waarbij menselijke embryo's worden gebruikt<sup>186</sup>, bij het tweede aan het kweken van planten- of dierenrassen<sup>187</sup>. Dergelijke uitzonderingen zijn voor deze scriptie verder niet zo heel relevant.

## Octrooiering presentatie van gegevens

Wel zeer relevant voor deze scriptie is de uitzondering voor de octrooiering van de presentatie van gegevens. In de ROW 1995 is staat het als volgt in artikel 2 beschreven.

1. Vatbaar voor octrooi zijn uitvindingen die nieuw zijn, op uitvinderswerkzaamheid berusten en toegepast kunnen worden op het gebied van de nijverheid.
2. In de zin van het eerste lid worden in het bijzonder **niet** als uitvindingen beschouwd:  
(...)  
**d. presentaties van gegevens.**
3. Het tweede lid geldt alleen voor zover het betreft de aldaar genoemde onderwerpen of werkzaamheden **als zodanig**.

In het stelsel van deze wet is de presentatie van gegevens als zodanig dus simpelweg geen uitvinding en vandaar dat er logischerwijs geen octrooi op verleend kan worden. De tekst van dit wetsartikel is sinds de invoering ongewijzigd gebleven<sup>188</sup>.

Verkade/Visser/Bruining stellen dat de uitzonderingen van de ROW 1995 op dezelfde wijze moeten worden geïnterpreteerd als die uit het EOV<sup>189</sup>.

---

<sup>186</sup> Artikel 3 lid 2 sub c jo. artikel 3 lid 1 sub a ROW 1995.

<sup>187</sup> Artikel 3 lid 1 sub c ROW 1995. Hiervoor is het kwekersrecht namelijk aangewezen.

<sup>188</sup> Volgens een controle via de SDU Wettenbank.

<sup>189</sup> Verkade, Visser & Bruining 2000, p. 24.

Dat de interpretatie van het EOV bepalend is lijkt ook logisch, aangezien via de route van het EOV altijd ook een Nederlands octrooi (als onderdeel van de bundel Europese octrooien) verkregen kan worden. De ROW 1995 was nu juist geïntroduceerd omdat geconstateerd werd dat het EOV veel vaker benut werd dan de Nederlandse ROW 1910<sup>190</sup>. Een herhaling van die situatie ligt ongetwijfeld niet in de bedoeling van de wetgever.

In het EOV staat, materieel gezien, precies dezelfde uitzondering, ditmaal in artikel 52. Het luidt als volgt.

(2) In de zin van het eerste lid worden in het bijzonder niet als uitvindingen beschouwd:

(...)

d) **presentatie van gegevens.**

(3) Het tweede lid sluit de octrooieerbaarheid van de aldaar genoemde onderwerpen of werkzaamheden alleen dan uit voor zover de Europese octrooiaanvraag of het Europees octrooi betrekking heeft op een van die onderwerpen of werkzaamheden **als zodanig**.

In beide gevallen is het onderscheid tussen 'presentatie van gegevens als zodanig' en 'presentatie van gegevens, niet als zodanig' dus bepalend voor de vraag of het octrooieerbaar is.

### **Presentatie van gegevens als zodanig**

Wellicht valt een bestandsformaat onder deze uitzondering. Dit is immers niets anders dan een manier om informatie te ordenen of te presenteren. Het is dan ook zeer relevant te weten hoe de leden 2 en 3 van deze artikelen in samenhang gelezen moeten worden. Immers, slechts de 'presentatie van gegevens als zodanig' wordt van octrooieerbaarheid uitgesloten.

---

<sup>190</sup> Wichers Hoeth 2000, p. 14.



Bakels stelt dat deze uitzondering zo moet worden gelezen dat de in deze artikelen genoemde uitzonderingen van octrooiering zijn uitgesloten “als zij niet zijn uitgewerkt in de vorm van een werkwijze of voortbrengsel”<sup>191</sup>. Anders gezegd, hij wijst er op dat een uitvinding best de presentatie van gegevens mag omvatten, maar deze presentatie moet dan wel concreet zijn uitgewerkt in een beschrijving van een werkwijze<sup>192</sup>.

In deze opvatting lijkt hij ook anderen, waaronder het Technisch Kamer van Beroep (hierna: TKB) van het EOB, mee te krijgen. Overdijk wijst er op dat deze afdeling in 1992 moest oordelen over een computersysteem voor het managen van een grote onderneming<sup>193</sup>. Dit systeem werd hierdoor gekenmerkt dat de informatie ingevoerd in een onderdeel van het programma ook in een ander onderdeel kon worden opgeroepen, aangezien een vast bestandsformaat werd gehanteerd. Die uitwisseling van data werd als ‘technisch effect’ bestempeld door de TKB. Er was voldoende technisch effect aanwezig, aangezien er bij de oplossing van het probleem technische overwegingen aan de orde zijn geweest.

Dit ‘technisch effect’ moet volgens mij worden gezien als voldoende concreet uitgewerkt. Wanneer dat immers het geval is, kan de uitvinding voldoende precies worden omschreven. Dit wordt in de richtlijnen van het EOB ‘technisch’ genoemd, zoals eerder gemeld.

Deze zaak zag weliswaar niet op de presentatie van gegevens, hij zag wel op een van de andere uitzonderingen van zaken die niet als ‘uitvinding’ te kwalificeren zijn onder het EOV wanneer het slechts om die vondst ‘als zodanig’ gaat, namelijk computerprogramma’s<sup>194</sup>.

---

<sup>191</sup> Bakels 2003, p. 219.

<sup>192</sup> Of voortbrengsel, maar dat lijkt me praktisch minder voorstelbaar.

<sup>193</sup> Overdijk 2005.

<sup>194</sup> Artikel 52 lid 2 sub EOV.

## Uitspraak inzake CD-i van Philips

Op 15 maart 2000 oordeelde de TKB over een aanvraag van Philips inzake een patent op de CD-i<sup>195</sup>. Philips had patent aangevraagd op zowel het systeem van de CD-i, de CD-i speler en de CD-i schijfjes voor toepassing in het systeem. De onderzoeksafdeling van de Octrooiraad had geconcludeerd dat de CD-i's zelf niets meer of minder betroffen dan een wijze van presenteren van gegevens en had het verzoek dan ook afgewezen. De TKB stelt dat dit onjuist is. Met Hanneman in de noot onder het arrest in Computerrecht ben ik het zeer eens dat dit op een zeer nette en overtuigende manier gebeurt<sup>196</sup>.

De kamer onderscheidt duidelijk twee typen data, door Hanneman vertaald als 'functionele data' en 'data die betrekking hebben op de cognitieve informatie-inhoud'. Volgens mij kan dit eenvoudiger, door onderscheid te maken tussen enerzijds informatie die specificiert hoe met andere informatie om te gaan en anderzijds die volgens die specificatie opgeslagen data zelf.

De uitspraak zelf is zeer helder, vandaar dat ik hier enkele onderdelen uit citeer.

3.3 In decision T 163/85, Colour television signal/BBC (OJ EPO 1990, 379, reasons point 2), the deciding board considered it appropriate to distinguish between two kinds of information, when discussing its presentation. According to this distinction, a TV signal solely characterised by the information per se, eg moving pictures, modulated upon a standard TV signal, may fall under the exclusion of Article 52(2)(d) and (3) EPC but not a TV signal defined in terms which inherently comprise the technical features of the TV system in which it occurs.

The present board regards a record carrier having data recorded thereon as being in this respect analogous to a modulated TV signal and considers it appropriate to distinguish in a corresponding way between data which encodes cognitive content, eg a picture, in a standard manner and **functional data defined in terms which inherently comprise the technical features of the system** (reader plus record carrier) in which the record carrier is operative.

---

<sup>195</sup> Gepubliceerd in OJ EPO 2000, p. 525.

<sup>196</sup> Hanneman 2001, p. 81.

Het hierboven afgedrukt stuk maakt al duidelijk dat een onderscheid gemaakt moet worden tussen functionele en feitelijke informatie. De feitelijke informatie is – uiteraard – niet te beschermen door het octrooirecht. Octrooirecht is bedoeld voor uitvindingen en daarom zal hooguit de toepassing van die informatie op een bepaalde wijze vatbaar zijn voor octrooirechtelijke bescherming.

Aan het einde wordt nog eens extra duidelijk gemaakt waarom nu juist functionele data voor bescherming in aanmerking komt. Dat hangt samen met dit wezen van het octrooirecht.

Both the binary string and the analog synchronization pulse could be **interpreted in an infinite number of different ways** in other technical or human contexts, but this does not detract from their technical function of synchronization in the relevant context, **in particular when the record carrier of claim 4 is considered in the context of the picture retrieval system of claim 1**. The same applies mutatis mutandis to the other functional data features recorded on the record carrier.

De kamer maakt duidelijk dat de data op een schijfje op een oneindig aantal manier zou kunnen worden geïnterpreteerd, maar het in de relatie tot dit systeem nu juist voor een specifieke, concrete toepassing is bedoeld. Juist omdat de CD-i alleen kan worden gehanteerd in samenhang met de CD-i speler, is aangetoond dat het hier een voldoende uitgewerkt idee betreft.

De uitvinding schuilt in het (simpele) feit dat er keuzes zijn gemaakt om deze data op een bepaalde wijze te interpreteren en dat dit vervolgens ook werkt. Anders gezegd: er staat een berg digitale informatie op een dergelijk schijfje, maar in combinatie met de juiste speler leidt dit (mooie) presentaties op het tv-scherm. De gemaakte keuzes bij het formaat van de data zijn dus beschermingswaardig door het octrooirecht.

Dit is uiteraard geen rechterlijke uitspraak en in die zin biedt dit nog geen heel goed houvast. Het zijn immers uiteindelijk alleen rechters die over het octrooirecht juist kunnen oordelen. Aan de uitspraken van deze kamer van beroep wordt echter dermate waarde gehecht dat het in ieder geval een zeer belangrijke indicatie vormt.

## Praktijkvoorbeeld van verleend octrooi op een bestandsformaat

De databank van verleende Europese octrooien is eenvoudig in te zien via het Internet (op <http://nl.espacenet.com>). Dit zijn allemaal octrooien die al getoetst zijn door het EOB en in die zin redelijk representatief.

Na enig zoekwerk tref ik hierin diverse verleende Europese octrooien op bestandsformaten<sup>197</sup>. Zo heeft Microsoft een octrooi met als titel 'Backup file format and corresponding method and system'<sup>198</sup>. In dit octrooi wordt een systeem beschreven waarmee de volledige inhoud van een harde schijf of andere drager in één bestand kan worden opgeslagen om later weer terug te worden geplaatst. Dit alles uiteraard in de meest ruime zin van het woord.

Het Franse Alcatel heeft een octrooi aangevraagd op een alarmsysteem, waarbij het vastleggen van de opgetreden alarmsituaties plaatsvindt in een bepaald bestandsformaat dat voldoet aan de XML-specificaties<sup>199</sup>. De uitvinding schuilt hem hier vooral in het feit dat er – aldus het octrooi – nog geen uniform formaat is om het optreden van dergelijke situaties vast te leggen. Daarom moest tot voor deze uitvinding voor analyse van de opgetreden alarmsituaties altijd een enorm onoverzichtelijk logboek doorgeworsteld worden. Door bepaalde standaardbeschrijvingen te gebruiken wordt hierbij veel tijd bespaard. Het aardige van dit patent is overigens dat XML als opmaaktaal al lang bekend is en vrij is gegeven voor publiek gebruik<sup>200</sup>. Deze toepassing van die taal op deze situatie is echter nieuw en daarom is het patent (klaarblijkelijk) verleend.

Een alweer verlopen, maar wel heel bekend patent op een aspect van een bestandsformaat is dat op het LZW-compressieprotocol. Dit protocol wordt veel gebruikt in grafische bestanden in het Compuserve GIF formaat. Houder van dit Amerikaanse patent was Unisys. Ook de corresponderende Europese patenten (in enkele afzonderlijke landen) zijn intussen verlopen<sup>201</sup>.

---

<sup>197</sup> Zoekend op 'file format'.

<sup>198</sup> Octrooinummer EP1376403.

<sup>199</sup> Octrooinummer EP1553724.

<sup>200</sup> Zie <http://www.w3.org/XML/>.

<sup>201</sup> Zie voor een overzicht deze website <http://www.kyz.uklinux.net/giflzw.php>.

Toen in 1994 het bestandsformaat dankzij de opkomst van Internet opeens populair werd, ging de patenthouder licentievergoedingen vragen<sup>202</sup>. Dat leidde tot veel protesten op Internet en zelfs (mede) tot de ontwikkeling van een alternatief, kwalitatief veel beter en bewust patentvrij bestandsformaat met de naam PNG<sup>203</sup>.

## **Conclusies**

Een bestandsformaat kan door het octrooirecht worden beschermd. In dat geval is iedere toepassing van dat formaat geheel voorbehouden aan de houder van het octrooirecht. Wel is uiteraard van belang dat het formaat dan aan alle vereisten voor octrooirechtelijke bescherming voldoet. Met name het feit dat het een nieuwe vondst moet betreffen die nog nooit ergens ter wereld zo is toegepast is vermoedelijk lastig.

### **3.4 Conclusies**

Bestandsformaten worden meestal niet door het auteursrecht beschermd, maar kunnen door het octrooirecht wel worden beschermd. Als dat het geval is en het octrooi blijkt geheel geldig te zijn verleend, dan is iedere toepassing van dit bestandsformaat aan toestemming van de octrooihouder onderhevig.

Openheid over het formaat kan lastig worden verkregen door een beroep op de uitzonderingen op het auteursrecht, aangezien de informatie die nodig is 'verpakt' zit in het geheel gecompileerde programma. In het geval van het octrooirecht wordt er verplicht behoorlijk veel openheid gegeven, aangezien in de conclusies van de octrooiaktes moet worden gespecificeerd waarop nu precies octrooi wordt aangevraagd. Daar staat echter het exclusieve recht van de octrooihouder tot toepassing van het octrooi tegenover.

---

<sup>202</sup> Zie o.a. [http://www.unisys.com/about\\_unisys/lzw/](http://www.unisys.com/about_unisys/lzw/).

<sup>203</sup> Zie <http://www.libpng.org/pub/png/#history>.

Voor de praktijk lijkt het octrooirecht toch minder relevant dan het auteursrecht, aangezien voor het laatste niet betaald hoeft te worden. Bovendien blijkt uit onderzoek dat velen niet weten dat het verbod op octrooiering van computerprogramma's en ordening van informatie in de praktijk niet zo absoluut is als deze op basis van de wetstekst lijkt<sup>204</sup>. De populariteit van het softwareoctrooi zal navenant laag zijn bij een dergelijke situatie.

---

<sup>204</sup> Verkade, Visser & Bruining 2000, p. 42.

## **Intermezzo: van bescherming naar openheid**

Na de vorige hoofdstukken is duidelijk dat computerprogramma's vergaand beschermd worden door het auteursrecht. Bestandsformaten zijn echter vaak auteursrechtelijk vrij. Het kan wel zijn dat ze door het octrooirecht beschermd worden.

In de hierna volgende hoofdstukken zal ik onderzoeken op welke rechtsgrond de eventueel bestaande plicht tot het verschaffen van openheid over het programma en de daarin gehanteerde (bestands)structuren kan worden gebaseerd.

## 4. Openheid over beschermde kennis

### 4.1 Inleiding

In de vorige hoofdstukken is duidelijk gemaakt dat computerprogramma's beschermd worden door het auteursrecht, met dien verstande dat alle nauwelijks het 'gewone' auteursrecht van toepassing is, maar vooral de op de Softwarerichtlijn gebaseerde aanpassingen van de Auteurswet 1912. Bestandsformaten kunnen beschermd zijn door het octrooirecht, maar dan moet wel ook daadwerkelijk octrooi zijn aangevraagd en rechtsgeldig zijn verleend.

In dit en het hierna volgende hoofdstuk wil ik de eigenlijke hoofdvraag beantwoorden: "In hoeverre biedt het recht mogelijkheden de leverancier van software te dwingen mee te werken aan de conversie van met haar software opgeslagen data in verband met de overstap naar software van een andere producent?" Dit zal ik doen door verschillende rechtsgronden waarop een dergelijke vordering wellicht gebaseerd zou kunnen worden, achtereenvolgens te behandelen.

Het 'meewerken aan' kan daarbij in verschillende gradaties worden onderscheiden. De twee uitersten liggen enerzijds bij slechts het summierlijk verschaffen van openheid over de gebruikte protocollen en bestandsformaten zonder daarbij verder iets te ondernemen en anderzijds bij het verschaffen van volledige openheid en het daarbij actief meewerken aan de conversie van de data voor gebruik in een ander programma.



## **4.2 Auteursrecht**

Bij de vraag in hoeverre het objectieve auteursrecht<sup>205</sup> een rechtsgrond biedt om openheid te vorderen, maak ik een onderscheid tussen het commune auteursrecht en het specifieke deel van het auteursrecht dat op de bescherming van computerprogramma's ziet. Anders gezegd: ik maak een onderscheid tussen het auteursrecht van vòòr de Softwarerichtlijn en het auteursrecht dat is aangepast op basis van deze Softwarerichtlijn.

### **Commuun auteursrecht**

Eerder in de scriptie is uitgebreid het rechtskarakter en de regelgeving rondom het auteursrecht behandeld. Daarbij is duidelijk gemaakt dat het auteursrecht alleen die creaties beschermt die de 'werktoets' doorstaan en dat de maker van die werken het alleenrecht heeft deze openbaar te maken en te verveelvoudigen. Dat leidt tot vrij vergaande bescherming en tot veel situaties waarin toestemming vereist is van de auteur om een werk in enige vorm te mogen gebruiken.

De wetgever heeft hier zelf een balans gezocht, door enkele uitzonderingen op deze strikte regels te maken. Het onverkort handhaven van de vergaande bevoegdheden die het objectieve auteursrecht zou bieden zou volgens de wetgever te ver gaan<sup>206</sup>. Al deze uitzonderingen zien echter niet op het verkrijgen van de achterliggende ideeën van het werk, maar op bepaalde vormen van gebruik van het werk die ondanks het auteursrecht toch toegestaan zijn. Zo mogen nieuwsberichten onder voorwaarden worden overgenomen (artikel 15 Aw), mag er onder voorwaarden geciteerd worden (artikel 15a Aw) en mogen delen van werken worden gebruikt in het onderwijs (artikel 16 Aw). Dit zijn slechts enkele voorbeelden van de vele uitzonderingen/beperkingen in § 6 van de Auteurswet 1912.

---

<sup>205</sup> Daarmee bedoel ik dan het geheel aan regels rondom het auteursrecht. Vgl. de term subjectief auteursrecht, dat ziet op het individuele rechten die het objectieve auteursrecht aan een bepaalde auteur van een specifiek werk toekent.

<sup>206</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 215.

Dit zegt echter niets over de achterliggende ideeën van die werken. Huydecoper wijst er op dat het auteursrecht simpelweg geen standpunt inneemt over het toegankelijk maken van de achterliggende ideeën van een werk<sup>207</sup>. Hij stelt dat bij het openbaar maken van een 'traditioneel werk'<sup>208</sup> het simpelweg een feitelijk gevolg is dat de achterliggende ideeën openbaar worden gemaakt. Dat is wellicht wat al te stellig. Wie een literaire roman koopt krijgt daarmee niet ook automatisch direct te weten wat de schrijver hiermee heeft willen zeggen, noch krijgt de koper daarbij de vorige versies van de teksten die tot het boek geleid hebben.

De basis van zijn stelling blijft uiteraard wel overeind staan: waar dergelijke 'traditionele' werken feitelijk altijd op alle deelaspecten bestudeerd kunnen worden, kan dit bij computerprogramma's vaak niet zonder ze eerst te verveelvoudigen. Computerprogramma's worden immers gecompileerd aangeleverd en deze objectcode mag op grond van de Softwarerichtlijn alleen worden gebruikt om het programma uit te voeren. Hoe het programma tot stand is gekomen is dan ook niet te zien en valt vermoedelijk voor de buitenstaander, ook langs illegale weg<sup>209</sup>, ook nooit meer te zien.

Dit geldt uiteraard niet voor programma's die compleet met broncode worden geleverd. Bij die programma's speelt echter het hele probleem van deze scriptie ook niet, aangezien daar door eigen bestudering van de broncode kan worden bewerkstelligd dat kan worden overgestapt.

Huydecoper wijst er verder op dat juist het feit dat ook voor ongepubliceerde werken toch de volledige auteursrechtelijke bescherming wordt verkregen, een extra aanwijzing vormt voor de stelling dat de auteur niet verplicht is de achterliggende ideeën van zijn werk te openbaren<sup>210</sup>. Als hij immers al niet hoeft te publiceren om zijn werk beschermd te krijgen, waarom zou hij dan wel openbaar maken wat hem ertoe heeft bewogen het werk op deze wijze te maken?

---

<sup>207</sup> Huydecoper 1991, p. 59.

<sup>208</sup> Zoals een roman, een schilderij of een muziekwerk.

<sup>209</sup> Het decompileren van de software levert immers, zoals eerder gezegd, ook vaak onvoldoende informatie op.

<sup>210</sup> Huydecoper 1991, p. 58 e.v..

De conclusie op dit vlak lijkt me dan ook simpel: het auteursrecht bevat geen enkele wettelijke plicht tot openheid over de beschermde werken. Het auteursrecht doet niet meer en niets minder dan het verschaffen van enkele exclusieve bevoegdheden aan auteurs van werken.

## **De Softwarerichtlijn**

Ook de Softwarerichtlijn geeft in feite geen antwoord op deze vraag. Zoals eerder uitgelegd geeft de richtlijn aan dat computerprogramma's en het voorbereidend materiaal beschermd worden. Deze bescherming is vrij vergaand, wat duidelijk blijkt uit de hoofdregel dat voor ieder gebruik van het computerprogramma toestemming aan de maker moet worden gevraagd.

Met de softwarerichtlijn zijn er ook enkele nieuwe uitzonderingen bij gekomen. Ook deze uitzonderingen zien echter vooral op het gebruik van de computerprogrammatuur en eigen onderzoek hieraan door de gebruiker. Het legt geen plicht op aan de maker van de software, hooguit moet hij zich enkele handelingen laten welgevalen. Het meest sprekende voorbeeld is het recht op decompilatie. Dit is een recht van de gebruiker, niet een plicht van de maker, om bepaalde noodzakelijke informatie boven tafel te kunnen krijgen zodat compatibele programmatuur ontwikkeld kan worden.

Wanneer het auteursrecht een plicht tot openheid zou omvatten, dan zou dit uitgerekend hier wel op die wijze geregeld zijn. Dat is niet gebeurd. Sterker nog, het recht van de rechtmatige gebruiker tot het achterhalen van die informatie is aan strenge voorwaarden verbonden.

Een van de meest in het oog springende voorwaarden is dat de gegevens waar met decompilatie naar wordt gezocht, nog niet eerder “snel en gemakkelijk beschikbaar zijn gesteld”<sup>211</sup>. De rechthebbende op de computerprogrammatuur kan dus juist door het verschaffen van openheid over zijn software, het recht op decompilatie van de rechtmatige gebruiker uitsluiten. Dit lijkt een opening te bieden, maar dat is maar schijn. Het recht op decompilatie mag namelijk alleen worden gebruikt om compatibiliteit met een ander programma tot stand te brengen<sup>212</sup>. Daar is bij de overstap op een ander programma geen sprake van. Het nieuwe programma werkt immers niet samen met het oude, het vervangt het. Van compatibiliteit met elkaar kan dan lastig worden gesproken.

Ook de Softwarerichtlijn biedt dus ook geen houvast voor de hoofdvraag.

### **Jurisprudentie**

In de gepubliceerde jurisprudentie heb ik één zaak gevonden die zeer goed past bij de hoofdvraag en waarbij de vordering gebaseerd was op (louter) het auteursrecht.

Op 25 mei 2005 deed de voorzieningenrechter te Leeuwarden uitspraak in kort geding in een zaak van een scholengemeenschap tegen een softwareproducent en een bedrijf dat hostingdiensten aanbiedt<sup>213</sup>. De scholengemeenschap had software van de producent in licentie, welke werd gedraaid op servers die zich bij de *hoster* bevonden. De school wenste over te stappen op andere software, maar moest hiervoor de data zoals die met de software bij de hosting provider opgeslagen was, om laten zetten naar het formaat van de nieuwe software.

---

<sup>211</sup> Artikel 6 lid 1 sub b Softwarerichtlijn.

<sup>212</sup> Artikel 6 lid 1 Softwarerichtlijn.

<sup>213</sup> Vزر. Rb. Leeuwarden 25-05-2005, *Computerrecht* 2005, 42.

De scholengemeenschap vorderde dat de softwareproducent en/of de *hoster* die de software draaide, hoofdelijk zouden worden veroordeeld kosteloos een conversiescript te draaien en het resultaat van deze conversie op CD te branden en aan de scholengemeenschap af te geven. Het resultaat hiervan zou zijn dat de scholengemeenschap de gegevens van de oude applicatie meteen in het formaat van de nieuwe applicatie zou hebben. De rechter wees deze vordering toe, op grond van het bepaalde in artikel 45m Aw. Dit artikel is de Nederlandse implementatie van het op de Softwarerichtlijn gebaseerde recht op decompilatie om interoperabiliteit tot stand te brengen.

Met Hangelbroek in de noot ben ik het van harte eens dat de rechter hier de plank volledig mislaat. Artikel 45m Aw verschaft een recht aan de rechtmatige eindgebruiker van software om deze software te decompileren teneinde compatibiliteit met andere programma's tot stand te brengen. Het legt zeker geen plicht aan de maker van die software op hier actief aan mee te werken. Deze plicht is wellicht op andere gronden te stoelen, maar niet direct op deze bepaling uit de Auteurswet 1912.

## **Conclusie**

Het auteursrecht regelt de bescherming van werken, niet de openheid rondom de achterliggende ideeën van die werken. Dat is bij meer klassieke werken als boeken en kunstwerken geen enkel probleem. Die werken zijn naar hun aard bij openbaarmaking volledig openbaar en – mochten de achterliggende ideeën niet automatisch al blijken uit het openbaar gemaakte werk zelf – daarbij is er geen enkele reden om per se de achterliggende ideeën hiervan te moeten weten<sup>214</sup>.

Computerprogrammatuur wordt echter naar haar aard niet openbaar gemaakt om ideeën over te brengen, maar om gebruikt te worden. Juist om die reden is het veel belangrijker de achterliggende ideeën te kunnen kennen. Hier zou een ruimer recht op decompilatie wellicht uitkomst kunnen bieden; een recht dat niet alleen ziet op het tot stand brengen van compatibiliteit, maar ook op overstap naar andere software.

---

<sup>214</sup> Interviews met de kunstenaar of simpelweg de eigen fantasie kunnen uitkomst bieden...

### **4.3 Octrooirecht**

In het geval dat een bestandsformaat door het octrooirecht wordt beschermd, is per definitie duidelijk hoe dit bestandsformaat is opgebouwd. Immers, in de conclusies van de octrooiaanvraag moet duidelijk en uitputtend worden beschreven wat er met het octrooi wordt beoogd te beschermen. Die informatie mag echter niet gebruikt worden zolang het octrooi geldig is.

### **Dwanglicenties**

Aangezien het octrooirecht monopolies creëert kan dit in sommige gevallen te zeer nadelig uitpakken voor anderen. Er zijn dan ook drie situaties geregeld in de ROW 1995 waarbij een dwanglicentie kan worden verleend aan een ander.

In artikel 57 lid 1 is bepaald dat de minister van Economische Zaken in het kader van het algemeen belang een licentie kan verlenen aan een ander. Hiervoor is vereist dat eerst wordt onderzocht of de octrooihouder bereid is deze licentie vrijwillig te verstrekken. De octrooihouder kan tegen deze beschikking van de minister in bezwaar en beroep en dit heeft schorsende werking.

In lid 2 van hetzelfde artikel is de situatie geregeld dat de octrooihouder of een licentiehouders geen gebruik maakt van het octrooi. Wanneer niet binnen drie jaar na dagtekening van het Nederlandse octrooi of publicatie van het Europese octrooi van het octrooi gebruik is gemaakt, is de octrooihouder verplicht licentie te verlenen. Gebeurt dit niet vrijwillig, dan kan dit bij de rechter worden gevorderd op grond van artikel 58 ROW 1995. De vordering wordt niet toegewezen wanneer de octrooihouder een geldige reden heeft voor het niet toepassen van het octrooi. Gielen wijst er op dat dit het niet willen exploiteren onder omstandigheden ook een geldige reden kan zijn, naast het niet kunnen exploiteren<sup>215</sup>.

---

<sup>215</sup> Wichers Hoeth 2000, p. 68.

De derde situatie van een dwanglicentie tenslotte is geregeld in lid 4 van ditzelfde artikel. Hierin is bepaald dat de octrooihouder verplicht is licentie te verlenen voor toepassing van zijn octrooi indien dit nodig is voor een later octrooi, mits dit latere octrooi “een belangrijke technische vooruitgang van aanzienlijke economische betekenis” omvat. Dat laatste staat ter toetsing van de rechter, want ook deze dwanglicentie wordt op grond van artikel 58 ROW 1995 door de rechter verleend.

Bij verlening door de rechter is in eerste aanleg uitsluitend de arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage hiervoor bevoegd<sup>216</sup>.

Voor alle dwanglicenties geldt het bepaalde in artikel 58a ROW 1995. Hierin is bepaald dat een dwanglicentie niet uitsluitend is (lid 1) en alleen overdraagbaar is tezamen met (het gedeelte van) de onderneming waarin de licentie wordt uitgeoefend (lid 2). Verder stopt de werking van de dwanglicentie zodra blijkt dat er sprake is van gewijzigde omstandigheden zodanig dat het niet meer in overeenstemming is met de belangen van de octrooigerechtigde om de dwanglicentie in stand te houden (lid 3). Dit laatste wordt getoetst door de instantie die de dwanglicentie heeft verleend, in casu dus de rechter.

## **Beleid rondom dwanglicenties**

Er lijkt geen algemeen vastgelegd beleid te zijn van de minister van Economische Zaken inzake de verlening van dwanglicenties. Het enige besluit dat ik kon vinden betreft specifiek de verlening van dwanglicenties op met patenten beschermde farmaceutische producten van 17 december 2004<sup>217</sup>. Deze regeling biedt echter geen houvast voor andere situaties.

De rechter zal dus van geval tot geval moeten oordelen of het redelijk is dat er om een dwanglicentie wordt verzocht.

---

<sup>216</sup> Artikel 80 ROW 1995.

<sup>217</sup> Beleidsregels omtrent het verstrekken van dwanglicenties ter uitvoering van het WTO besluit (WT/L/540) aangaande de implementatie van § 6 van de Doha verklaring betreffende de TRIPS overeenkomst en volksgezondheid onder artikel 57, eerste lid, van de Rijksoctrooiwet 1995, Staatscourant 21 december 2004, nr. 246, p. 11.

## Conclusies

Het is denkbaar dat een dwanglicentie wordt verleend voor bestandsformaten. Het algemeen belang zal dit niet snel vorderen vermoed ik. De vordering is bij de overstap op andere software zo op de eigen situatie gericht en niet op het algemene belang, dat om deze reden de vordering niet zal slagen vermoed ik. Niet-toepassing lijkt ook geen logische grond, aangezien in de door mij onderzochte casus het gewraakte patent juist in de software gebruikt wordt waar de rechtmatige gebruiker van af wil overstappen.

Mocht de laatste van de drie gronden om een dwanglicentie te verlenen zich voordoen – toepassing van een octrooi in een nieuw product met een belangrijke technische vooruitgang – dan is de vordering overbodig geworden. Wanneer immers het nieuwe softwarepakket het ‘oude’ bestandsformaat ondersteunt (door toepassing van dat octrooi), is geen medewerking van de leverancier van de ‘oude’ software nodig, maar kan eenvoudig worden volstaan met het importeren van de gegevens in de ‘nieuwe’ software.

Behalve door dwanglicenties biedt het octrooirecht op zichzelf verder geen grond om de houder van het octrooi tot medewerking te dwingen.



## **5. Openheid op grond van contractuele relatie of economische machtspositie**

### **5.1 Inleiding**

In het vorige hoofdstuk heb ik onderzocht of de wetgeving rondom de twee besproken intellectuele eigendomsrechten (auteursrecht en octrooirecht) zelf ruimte biedt voor de stelling dat de houder van deze rechten hierover openheid moet verschaffen. In dit hoofdstuk zal ik deze vraag juist benaderen buiten het intellectuele eigendom, door te onderzoeken in hoeverre de regels van het contractenrecht en van het mededingingsrecht hiervoor een antwoord bieden.

### **5.2 De werking van het licentiecontract**

De gebruiker van software staat in een bepaalde contractuele relatie tot de maker op grond van de gebruikerslicentie die (impliciet) overeen gekomen is. De maker heeft immers de exclusieve rechten op de software en kan door middel van de licentie langs contractuele weg de afnemer bepaald gebruik uitdrukkelijk toestaan. Er is geen sprake van enig goederenrechtelijk recht, alleen het contractenrecht doet hier ter zake<sup>218</sup>.

Dit betekent dat enkele algemene leerstukken van vermogensrecht zich bij de probleemstelling aandoen. Te denken valt aan de uitleg van de overeenkomst en de uit de overeenkomst voortvloeiende redelijkheid en billijkheid die partijen jegens elkaar moeten betrachten.

### **Aanvulling van contractuele bepalingen**

Het contractenrecht is geregeld in boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). In artikel 2 van boek 6 van het BW staat het volgende:

1. Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid.

---

<sup>218</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 436 e.v..

2. Een tussen hen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Aangezien deze bepaling in het algemeen deel van boek 6 BW staat, geldt dit voor het gehele verbintennisrecht. Specifiek voor de contracten is er ook nog artikel 248 uit ditzelfde boek, dat luidt als volgt:

1. Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.

2. Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Dit artikel is op licentieovereenkomsten van toepassing, aangezien in artikel 6:213 BW is bepaald dat een 'overeenkomst' in de zin van de titel waarin dit artikel staat, "een meerzijdige rechtshandeling (is, MJ), waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan." Daar is hiervan duidelijk sprake: de licentiegever gaat de verbintenis aan tot het toestaan van de in de licentieovereenkomst omschreven handelingen, terwijl de licentienemer de verbintenis aangaat tot het gebruik van de in de licentieovereenkomst omschreven software onder de daar bepaalde voorwaarden. Uiteraard meestal aangevuld met de verbintenis tot het betalen van een geldsom door de licentienemer.

De vraag is nu of uit het licentiecontract kan worden uitgebreid met een ongeschreven plicht tot medewerking aan de overstap op een ander (lees: concurrerend) programma ten laste van de leverancier van het 'oude' programma, op basis van deze redelijkheid en billijkheid.

Hartkamp wijst er op dat aanvulling van overeenkomsten op grond van de redelijkheid en billijkheid dient te gebeuren met wat gebruikelijk is en wat de wet en de billijkheid voorschrijven. Tegelijk maakt hij direct al een onderscheid tussen wat de wet wel en niet dwingend voorschrijft<sup>219</sup>. Uiteraard vult wettelijk dwingend recht overeenkomsten wel aan, maar dit aanvullend recht zal ik hier niet behandelen. Wanneer uit dergelijk recht immers de plicht tot medewerking voortvloeit zal ik die plicht als zodanig behandelen bij het desbetreffende rechtsgebied. Deze paragraaf ziet alleen op ongeschreven aanvullend recht. Zoals het artikel zelf al stelt ziet dit dus op 'gewoonte' en/of 'eisen van redelijkheid en billijkheid'.

## **Gewoonte**

Van gewoonte kan gesproken worden "als in een bepaalde kring, met betrekking tot soortgelijke overeenkomsten, een gedragslijn algemeen en voortdurend wordt gevolgd en men in het maatschappelijk verkeer wordt geacht zich hieraan te houden, tenzij men van het tegendeel heeft doen blijken"<sup>220</sup>.

Zou het een gewoonte zijn in de ICT-industrie dat een leverancier van software ook zorgdraagt voor alle gemak bij een eventuele overstap naar een concurrerend pakket, dan zou hier een ongeschreven uit afgeleid kunnen worden. Als student ben ik nauwelijks bekend met de contracten en gebruiken uit deze industrie, maar intuïtief bekeken lijkt het me niet waarschijnlijk dat deze gewoonte bestaat.

Een belangrijke geschreven bron hiervoor vormen de algemene voorwaarden van de FENIT (hierna: FENIT-voorwaarden)<sup>221</sup>. De FENIT is een branchevereniging die later is opgegaan in de meeromvattende branchevereniging ICT~Office, waarbinnen het gros van de telecom-, office- en internetbedrijven is vertegenwoordigd. De FENIT-voorwaarden zijn bedoeld als algemene voorwaarden voor de leden van ICT~Office binnen de IT-sector<sup>222</sup>.

---

<sup>219</sup> Asser/Hartkamp 2001 (4-II), p. 287.

<sup>220</sup> Asser/Hartkamp 2001 (4-II), p. 288.

<sup>221</sup> Algemene voorwaarden van FENIT gedeponerd bij de Griffie van de Arrondissementsrechtbank te Den Haag op 3 juni 2003 onder nummer 60/2003, FENIT 2003.

<sup>222</sup> <http://www.ictoffice.nl/index.shtml?ch=TER&id=1661>

---

Uit deze FENIT-voorwaarden ademt een sterk leveranciersgeoriënteerde aanpak. Zo is er slechts recht op gratis herstel van fouten indien deze binnen drie maanden worden gemeld (artikel 25.3) en vindt herstel op grond van garantie plaats op een door de leverancier te bepalen locatie (artikel 25.2). Is er een onderhoudscontract afgesloten dan rust de verplichting de nieuwe software te installeren in beginsel op de afnemer zelf en is de leverancier niet verplicht tot dataconversie (artikel 26.1). Dat laatste ziet zeer sterk op de vraagstelling van deze scriptie.

In hoeverre deze algemene voorwaarden in de praktijk zonder aanvullende afwijkende bedingen worden gevolgd, is lastig in te schatten. Enerzijds lijkt het vrij onnozel om algemene voorwaarden te hanteren die feitelijk nauwelijks gevolgd worden en zou dus uit het feit dat ze nog onverkort zo gelden, kunnen worden afgeleid dat ze ook vaak (bijna onverkort) gevolgd worden. Anderzijds kan het ook een strategie van ieder FENIT-lid zijn altijd hoog in te zetten qua algemene voorwaarden, in de hoop als leverancier zo veel mogelijk naar zich toe te trekken. Er moet toch onderhandeld worden en de juridische voorwaarden komen daarin hoe dan ook wel aan bod.

Gezien die gesignaleerde spanning kan ik uit de FENIT-voorwaarden niet direct afleiden of er sprake is van een bestendige gewoonte. Ze zijn immers voor tweeërlei uitleg vatbaar. Juist daarom vormen ze wel een indicatie dat, mocht er al sprake zijn van een dergelijke gewoonte, deze niet zo bestendig is dat van een juridisch relevante gewoonte gesproken kan worden. Daar waar onderhandelingsruimte is kan immers lastig worden gesproken van “een gedragslijn (waar) in het maatschappelijk verkeer (men) wordt geacht zich hieraan te houden”. Of de data bij overstap op software geconverteerd wordt, spreken leverancier en afnemer simpelweg van geval tot geval met elkaar af.

## Redelijkheid en billijkheid

Voor aanvulling van de overeenkomst op grond van redelijkheid en billijkheid is alleen plaats wanneer er sprake is van een leemte in de overeenkomst. Verder geldt dat op de redelijkheid en billijkheid pas een beroep kan worden gedaan, wanneer wet en gewoonte de leemte in de overeenkomst niet kunnen opvullen<sup>223</sup>. Bovendien geldt uiteraard dat de rechtsverhouding van partijen toch in de eerste plaats bepaald wordt door hetgeen zij hebben afgesproken<sup>224</sup>.

De redelijkheid en billijkheid kunnen zowel aanvullend als beperkend werken. In het eerste lid van artikel 6:248 BW is de aanvullende werking geregeld en in het tweede lid de beperkende werking. De criteria verschillen. De redelijkheid en billijkheid kunnen een bepaling uit een overeenkomst slechts buiten werking stellen indien dit naar “redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* zou zijn”, terwijl een aanvulling slechts uit de redelijkheid en billijkheid hoeft *voort te vloeien*.

Het is de bedoeling dat de rechter de beperkende werking slechts terughoudend toepast en Hartkamp wijst er op dat de Hoge Raad dan ook enkele malen een arrest gecasseerd heeft op de loutere grond dat iets is aangemerkt als “in strijd met de redelijkheid en billijkheid” (en niet: onaanvaardbaar)<sup>225</sup>. Volgens Reurich hangt deze terughoudendheid samen met de contractsvrijheid; dat wat geschreven is krijgt nu eenmaal een zwaar gewicht bij de uitleg van de overeenkomst. Hij stelt dat zowel het eerste als het tweede lid hetzelfde eisen en dezelfde toets verlangen, maar dat bij het tweede lid het belang van het geschreven woord nu eenmaal zwaar meetelt<sup>226</sup>. Beide opvattingen zijn volgens mij qua resultaat prima met elkaar verenigbaar.

---

<sup>223</sup> Asser/Hartkamp 2001 (4-II), p. 297.

<sup>224</sup> Asser/Hartkamp 2001 (4-II), p. 298.

<sup>225</sup> Asser/Hartkamp 2001 (4-II), p. 315.

<sup>226</sup> Reurich 2005, p. 8-10.

Bij de vraag wat nu eigenlijk door redelijkheid en billijkheid gevegd wordt, moet volgens artikel 3:12 BW “rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken”. Voorop staat dat volgens artikel 6:248 BW de aard van de overeenkomst leidend is. Die aard van de overeenkomst is echter geen zelfstandige bron van verbintenissen<sup>227</sup>.

### **Aanvullende werking redelijkheid en billijkheid**

Wanneer in het licentiecontract niets is bepaald over dataconversie en/of anderszins het faciliteren van overstap naar andere software door de oorspronkelijk leverancier, kan een plicht hiertoe wellicht worden afgeleid uit de redelijkheid en billijkheid. Daartoe is zoals gezegd een leemte in de overeenkomst vereist.

In het standaardarrest over deze materie, het Haviltex-arrest<sup>228</sup>, verwoordt de Hoge Raad als volgt hoe hier mee om moet worden gegaan.

De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van pp. is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op **de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten**. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. kan worden verwacht.

Twee criteria zijn hier uit af te leiden: enerzijds gaat het om de interpretatie door de partijen van de schriftelijke bepalingen en anderzijds gaat het er om wat partijen op grond daarvan redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Dat tweede behoeft nog wat nadere toelichting. De Hoge Raad spreekt mijns inziens niet voor niets over “hetgeen zij *te dien aanzien* redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten”. Deze drie gecursiveerde woorden verwijzen terug naar de opmerking dat partijen bepalingen interpreteren en dat hiermee rekening gehouden moet worden bij de vaststelling waartoe ze verplicht zijn. Dat wat geschreven is blijft dus voorop staan.

---

<sup>227</sup> Asser/Hartkamp 2001 (4-II), p. 292.

<sup>228</sup> HR 13 maart 1981, NJ 1981/635.

## **Aard contractuele relatie**

Dat wat partijen over en weer beoogd hebben te bereiken is dus belangrijk bij contractsuitleg. In het geval van een licentiecontract voor software zijn er hierbij verschillende doelen denkbaar.

In de meeste eenvoudige vorm ziet het contract slechts op een gebruiksrecht op de software. In dat geval zal meestal sprake zijn standaardsoftware waarbij geen specifieke nadere eisen zijn gesteld aan de leverancier van de software. Verdere uitbreidingen van het contract zijn denkbaar met, naast dit gebruiksrecht, recht op onderhoud en probleemoplossing, gebruik van nieuw uit te brengen versies, gebruik van opslagcapaciteit van de softwareleverancier<sup>229</sup>, etc. Het meest uitgebreide softwarecontract behelst de ontwikkeling van software in opdracht voor een zeer specifieke situatie, al dan niet aangevuld met een recht op onderhoud en foutcorrectie.

Onder welke omstandigheden dergelijke contracten tot stand zijn gekomen is daarbij dan ook bepalend voor de uitleg. Het is mijns inziens lastig te verdedigen dat bij het kopen van standaardsoftware bij een winkelier, niet zijnde de ontwikkelaar van die software, er over en weer meer verwachtingen dan de mogelijkheid tot normaal gebruik van die software ontstaan. Wordt daarentegen diezelfde standaardsoftware in licentie genomen na langdurige onderhandelingen over de behoeften en wensen van de afnemer, dan ontstaat wellicht een andere situatie.

## **Jurisprudentie**

Jurisprudentie over deze materie is niet zeer veel voorhanden (althans, niet gepubliceerd). De meeste arresten zien bovendien op afgifte van de broncode en niet op het verder actief faciliteren van de overstap op andere software. Met het afgeven van de broncode wordt openheid verschaft over de gebruikte software en met deze kennis kan de licentienemer (meestal) zijn verder gelegen doel bereiken. Vandaar dat deze arresten toch een goed beeld geven over deze materie.

---

<sup>229</sup> Met name denkbaar in ASP-relaties.

Het eerste arrest dat ik behandel is uit 1996<sup>230</sup>. Eiser de Wild dagvaardt in kort geding de softwareproducent Van Genk B.V. die voor haar in het verleden maatwerkprogrammatuur heeft ontwikkeld. Ze vordert nu afgifte van de broncode om hiermee de software te kunnen (laten) aanpassen.

De Hoge Raad oordeelt dat het Hof met juistheid had mogen aannemen dat met het ontwikkelen van maatwerkprogrammatuur, de opdrachtgever ook een volledig gebruiksrecht op de broncodes heeft verkregen. Het Hof had het volgende gesteld in rechtsoverweging 4.6.2.

De betreffende overeenkomst laat zich weliswaar **niet expliciet uit** over de vraag of De Wild BV ook het gebruiksrecht van de broncodes van deze maatwerkprogrammatuur heeft verkregen, maar, nu artikel 2 van die algemene voorwaarden bepaalt dat de eigendom van de standaardprogrammatuur eigendom van Van Genk bleef en dat De Wild BV daarvan slechts een gebruiksrecht kreeg, welk recht echter weer mede omvatte alle daarmee samenhangende documentatie, kon en mocht De Wild BV er **redelijkerwijs op vertrouwen** dat het door haar te verwerven eigendomsrecht van de **maatwerkprogrammatuur** ook het gebruiksrecht daarvan en van alle daarmee samenhangende documentatie, waaronder de broncodes zou omvatten

Eerder in het arrest werden de algemene voorwaarden aangehaald. Hierin was duidelijk bepaald wat de rechtsgevolgen voor wat betreft de broncodes bij de levering van standaardsoftware zouden zijn, maar was dit niet duidelijk geregeld voor de maatwerksoftware. In het arrest wordt weliswaar niet helemaal duidelijk gemaakt dat hier een beroep gedaan wordt op artikel 6:248 BW, maar het Hof maakt wel duidelijk dat het de overeenkomst op gronden van redelijkheid uitbreidt.

Het Hof vult hier de overeenkomst aan op basis van de redelijkheid. Wel lijken de specifieke omstandigheden van het geval zeer bepalend. Het Hof komt vooral tot dit oordeel op basis van een a contrario redenering: omdat expliciet is bepaald dat er geen (gebruiks)recht op de broncode bij standaardsoftware wordt verkregen, mag door de afnemer verondersteld worden dat dit recht wel wordt verkregen bij maatwerksoftware, ook al is er in die overeenkomst hierover niets bepaald. Uit dit arrest een algemene lijn afleiden lijkt me dan ook gevaarlijk.

---

<sup>230</sup> Hoge Raad 21 juni 1996, NJ 1997/327.



In een andere zaak rondom het verschaffen van de broncode, hanteert de kortgedingrechter geheel eigen criteria<sup>231</sup>. Aangezien rechtsoverwegingen 4.9 en 4.10 deze goed en bondig samenvatten, neem ik deze hier geheel over.

4.9. De kernvraag is, of Consor de broncodes van de sub 4 bedoelde programmatuur zonder geldelijke tegenprestatie aan SBW ter beschikking moet stellen. De president is van oordeel, dat deze vraag voorshands bevestigend moet worden beantwoord. Daartoe acht hij van belang:

- a. dat sprake is van maatwerkprogrammatuur, welke speciaal ten behoeve van SBW is ontwikkeld en ook geheel door SBW is gefinancierd;
- b. dat Consor wegens omstandigheden, welke voor haar rekening en risico komen, het planningsprogramma niet meer zelf kan aanpassen, en eventuele opdrachten tot onderhoud en support niet meer kan uitvoeren;
- c. dat Consor niet heeft aangevoerd, dat de programmatuur een commerciële waarde heeft.

Terzijde wil de president in dit kader overigens opmerken, dat het gebruiksrecht van SBW eventuele aanspraken van Consor uit hoofde van het auteursrecht onverlet laat.

4.10. Onder deze omstandigheden is de president van oordeel, dat reeds uit het gemene recht (artikel 6:2 lid 1 BW) voortvloeit, dat Consor het gebruik van de broncodes gratis aan SBW ter beschikking moet stellen.

De president baseert zich meer uitdrukkelijk op de redelijkheid en billijkheid. Ook hier zijn de specifieke omstandigheden van het geval weer zeer bepalend. Dat de leverancier van de programmatuur deze niet meer zelf kan aanpassen, zal in de praktijk niet zeer vaak voorkomen.

In Assen speelde een vergelijkbare zaak, maar in dit geval werd wel beslist dat er betaald zou moeten worden voor afgifte van de broncodes<sup>232</sup>. In dit geval werd afgifte van broncode gevorderd om de software te kunnen aanpassen aan de problematiek van de millenniumbug. Opnieuw enkele selecties uit het arrest.

8.2. De vraag die in deze zaak aan de orde is, is of De Kooi gehouden is alle broncodes van door De Kooi geleverde en door Pooters gebruikte programmatuur af te geven.

---

<sup>231</sup> Pres. Rb. Zwolle 4 februari 1999, KG 1999/113.

<sup>232</sup> Pres. Rb. Assen 4 november 1999, KG 1999/320.

Artikel 18.3 van de toepasselijke algemene voorwaarden bepaalt, dat de broncodes slechts worden afgegeven, als dit uitdrukkelijk schriftelijk is overeengekomen. Een dergelijke schriftelijke overeenkomst hebben partijen niet gesloten. (...)

8.5.1. Partijen zijn het erover eens, dat de problematiek nijpend is. Het is aannemelijk, dat de bodemrechter, wat ook de beslissing zij op een aantal vragen die partijen verdeeld houdt, zou concluderen, dat in de omstandigheden van dit geval redelijkerwijs geen onverkort beroep op de laatste zinsnede van artikel 18.3 van de voorwaarden kan worden gedaan. (...)

8.5.3. Omdat onvoldoende aannemelijk is, dat aanpassing van eerder geleverde apparatuur aan de millenniumproblematiek tegen de afgesproken prijs had moeten worden meegenomen bij de levering van de maatwerkapparatuur in 1995 en er ook geen sprake meer is van een onderhoudscontract, waaronder de werkzaamheden begrepen zouden kunnen zijn, is het redelijk, dat Pooters betaalt voor de van De Kooi verwachte hulp bij oplossing van de problematiek.

Heel mooi worden hier de verschillende belangen tegen elkaar afgewogen. Er is een duidelijk nijpend probleem dat redelijkerwijze snel zal moeten worden opgelost, maar het is niet redelijk dat degene die de oplossing kan bieden, dit kosteloos moet doen. De rechtbank wijst dan ook de vordering toe, tegen betaling van het bedrag dat de leverancier hiervoor al in gedachten had.

### **Conclusies aanvullende werking**

Al deze arresten zijn zeer specifiek op de omstandigheden van het geval gericht en betreffen bovendien allemaal gevallen van speciaal ontwikkelde software. Dat in dat geval de afhankelijkheid van de leverancier zeer groot is komt me logisch voor en dat dan ook vorderingen tot medewerking – al dan niet tegen betaling van een vergoeding – worden toegewezen, lijkt redelijk. Gezien de overwegingen die de rechters maken vermoed ik dat zelfs een vordering tot het meewerken aan de overstap op andere software – met meer handelingen dan louter het ter beschikking stellen van de broncodes – door de rechter zal worden toegewezen. Hier zal dan waarschijnlijk wel – op grond van dezelfde redelijkheid – vergoeding tegenover moeten staan.

Daarmee is nog niet duidelijk in hoeverre dit geldt bij het gebruik van standaardsoftware. Zoals ik al eerder heb geschetst hangt dit af van de omstandigheden van het geval. Deze opvatting is als volgt in een eenvoudige kruistabel samen te vatten.

	Standaardsoftware	Maatwerksoftware
Nauwelijks onderhandelingen	Nagenoeg geen plicht tot medewerking	Redelijk vermoeden van plicht tot medewerking
Uitgebreide onderhandelingen	Redelijk vermoeden van plicht tot medewerking	Zeer sterk vermoeden van plicht tot medewerking

In de linkerkolom is bewust gekozen voor de term ‘onderhandelingen’ en niet voor de aard van het uiteindelijke licentiecontract. Er kan immers na uitgebreide onderhandelingen toch een (te) eenvoudig licentiecontract overeengekomen worden. Juist echter die onderhandelingen hebben dan over en weer bepaalde verwachtingen gewekt.

### **Beperkende werking redelijkheid en billijkheid**

De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid komt van pas wanneer in het licentiecontract is bepaald dat de leverancier uitdrukkelijk niet gehouden is mee te werken aan de overstap op andere software, of alleen tegen onredelijke voorwaarden. Daarmee wordt dus een beroep gedaan op lid 2 van artikel 6:248 BW. Bedacht moet worden dat het terzijde stellen van dergelijke bepalingen nog niet betekent dat automatisch een plicht tot medewerking ontstaat. Dat kan echter met de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid worden bereikt, zoals hierboven vermeld.

Lange tijd werd door de Hoge Raad geen beperkende werking door de redelijkheid en billijkheid (vroeger: 'goede trouw') aangenomen<sup>233</sup> <sup>234</sup>. Contractsvrijheid brengt immers met zich mee dat partijen, uitgezonderd de wettelijke grenzen, geheel vrij zijn in het sluiten van overeenkomsten en daar vervolgens ook gebonden aan zijn. Sinds de arresten Saladin/HBU<sup>235</sup> en Pseudovogelpest<sup>236</sup> is echter duidelijk dat de Hoge Raad wel degelijk beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid aanneemt.

De belangrijkste overweging van de Hoge Raad uit het arrest Pseudovogelpest op dat vlak luidt als volgt.

dat (...) **in verband met de eisen van de goede trouw** onder omstandigheden eveneens kan meebrengen dat de verkoper zich niet op de **contractuele** uitsluiting of beperking van zijn aansprakelijkheid voor de voorzienbare schadelijke gevolgen van deze gebreken kan beroepen; dat het antwoord op de vraag of zulks het geval is, afhankelijk **is van de waardering van tal van omstandigheden** zoals: de zwaarte van de schuld aan de zijde van de verkoper, de aard en de ernst van de voorzienbare schade, **de wijze waarop het beding is tot stand gekomen**, de strekking van het beding (met name in hoeverre bij een beding tot beperking van de aansprakelijkheid de overeengekomen beperking **in enige verhouding** staat tot de omvang van **voorzienbare schade**), het gedrag van de koper met betrekking tot de gebreken of de daardoor veroorzaakte schade;

In dit arrest staat de Hoge Raad toe dat een tussen partijen tot stand gekomen beding niet van toepassing is op grond van de redelijkheid en billijkheid. De criteria lijken sterk op die uit het Haviltex-arrest hierboven genoemd. Er moet worden gekeken naar de omstandigheden waaronder dit beding tot stand is gekomen, wat partijen daarbij redelijkerwijs mochten verwachten en hoe het beding gefunctioneerd heeft.

Tegenwoordig is duidelijk dat de redelijkheid en billijkheid aan alle tussen partijen geldende regels kan derogeren, niet alleen aan de contractuele bepalingen<sup>237</sup>.

---

<sup>233</sup> Rijken 1994, p. 29.

<sup>234</sup> Asser/Hartkamp 2001 (4-II), p. 313.

<sup>235</sup> Hoge Raad 19 mei 1967, NJ 1967/261.

<sup>236</sup> Hoge Raad 20 februari 1976, NJ 1976/486.

<sup>237</sup> Rijken 1994, p. 30.

## Terughoudende toepassing derogerende werking

Wel was en is de Hoge Raad streng voor wat betreft het erkennen van een derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid aan contractsbepalingen<sup>238</sup>. Dit spreekt wat mij betreft ook wel haast vanzelf, aangezien anders een zeer grote rechtsonzekerheid zou ontstaan.

In een zeer recent arrest van de Hoge Raad<sup>239</sup> stond ter discussie of een beroep gedaan mocht worden op een exoneratiebeding dat alle aansprakelijkheid uitsloot voor wat betreft de gevolgen van het niet onderhouden van apparatuur. De Hoge Raad overwoog in rechtsoverweging 3.11 als volgt.

3.11 (...) Een exoneratiebeding dient buiten toepassing te blijven voorzover die toepassing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, hetgeen in het algemeen het geval zal zijn als de schade is te wijten aan opzet of bewuste roekeloosheid van de schuldenaar of van met de leiding van zijn bedrijf belaste personen. Voorzover het hof bij zijn oordeel van de juiste rechtsopvatting is uitgegaan, is dat oordeel **onvoldoende gemotiveerd** door de enkele verwijzing naar de omstandigheid dat het gaat om feiten die een gevolg zijn van het door Spector niet nakomen van haar onderhoudsverplichtingen.

Opvallend is dat de Hoge Raad het woord 'onaanvaardbaar' uitdrukkelijk opneemt in haar overwegingen. Niet iedere strijd met de redelijkheid en billijkheid kan dus de werking aan een bepaling ontnemen. Verder haalt de Hoge Raad in het laatste deel van de overweging uit naar het Hof door duidelijk te maken dat als een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt gehonoreerd, dit wel uitdrukkelijk gemotiveerd moet worden.

In een arrest van 15 oktober 2004<sup>240</sup> stelt de Hoge Raad het in eigen woorden als volgt.

---

<sup>238</sup> Asser/Hartkamp 2001 (4-II), p. 315.

<sup>239</sup> Hoge Raad 17 februari 2006, NJ 2006/158.

<sup>240</sup> Hoge Raad 15 oktober 2004, NJ 2005/141.

3.5 (...) Voor het buiten toepassing laten van een krachtens overeenkomst tussen partijen geldende regel bestaat immers niet reeds grond indien het beroep op die regel in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Daarvoor is nodig dat dat beroep in de omstandigheden van het geval **naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar** is. Indien het hof, hoewel het arrest in dit opzicht niet duidelijk is doordat een verwijzing naar artikel 6:248 lid 2 of de daarin gegeven maatstaf ontbreekt, heeft bedoeld de juiste maatstaf toe te passen, dan is zijn oordeel niet **toereikend gemotiveerd**. Niet kenbaar is immers welk gewicht het hof heeft toegekend aan de in onderdeel I.3 genoemde argumenten.

Niet alleen moet dus duidelijk zijn voor welke bepalingen uit het contract geldt dat toepassing ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, maar ook welke afweging er gemaakt is om tot deze conclusie te komen.

### **Hoedanigheid partijen**

Erg jammer is dat de Hoge Raad niet toekomt aan de inhoudelijke behandeling van die in onderdeel I.3 genoemde argumenten. Het laatste daar aangevoerde argument stelde dat in een contractuele relatie tussen twee professionele partijen er terughoudend moet worden omgegaan met artikel 6:248 lid 2 BW. De Hoge Raad gaat hier niet op in door slechts te casseren op de meer 'technische' fout dat onvoldoende gemotiveerd is waarom artikel 6:248 lid 2 BW al dan niet is toegepast.

Toch meen ik dat de essentie van dit verweer – de professionaliteit van de partijen moet meespelen bij de beoordeling in hoeverre een beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is – wel degelijk geldt. De Hoge Raad heeft dit al aangenomen in de relatie bank/particulier voor de optiehandel<sup>241</sup>, in de relatie verzekeraar/verzekerde<sup>242</sup>, bij garanties afgegeven bij de verkoop van onroerend goed<sup>243</sup>, bij de overdracht van pensioenverplichtingen<sup>244</sup> en de verkoop en levering van woningen<sup>245</sup>.

---

<sup>241</sup> Hoge Raad 26 juni 1998, NJ 1998/660.

<sup>242</sup> Hoge Raad 14 oktober 2005, NJ 2006/117.

<sup>243</sup> Hoge Raad 11 juni 1999, NJ 1999/750.

<sup>244</sup> Hoge Raad 4 januari 1991, NJ 1991/254.

<sup>245</sup> Hoge Raad 9 oktober 1992, NJ 1994/289.

Steeds weer wegen alle omstandigheden van het geval op hun eigen manier mee. De professionaliteit van de partijen is een van de aspecten en regelmatig stelt de rechter dat een partij een (grotere) onderzoeksplicht had ten tijde van het sluiten van het contract, simpelweg omdat het zelf (ook) een professionele speler was.

### **Conclusies beperkende werking**

De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid mag niet te snel worden aangenomen. Dit geldt hoe dan ook algemeen voor dit leerstuk, aangezien anders er sprake is van grote rechtsonzekerheid. Daarbij geldt specifiek voor de contracten tussen twee professionele/zakelijke partijen dat hier derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid nog minder snel kan worden aangenomen, aangezien van deze partijen een nog groter bewustzijn van de gevolgen van het contract ten tijde van het sluiten ervan mag worden verwacht.

Bovendien geldt uiteraard dat het ontnemen van de werking aan één of meer bepalingen uit het contract nog niet betekent dat er opeens spiegelbeeldige verplichtingen ontstaan.

### **5.3 Algemene voorwaarden**

Naast de licentieovereenkomst voor de software, zijn vaak ook nog de algemene voorwaarden van toepassing van de softwareproducent.

Specifiek voor de algemene voorwaarden kent het Burgerlijk Wetboek in afdeling 3 van boek 6 een regeling. Onder algemene voorwaarden wordt volgens artikel 231 uit dit boek het volgende verstaan.

een of meer bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van de prestaties aangeven, voor zover deze laatstgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd

Het gaat dus om bedingen die vaker worden toegepast, maar die niet de kern van de prestatie aangeven. Het toepasselijk laten verklaren van de algemene voorwaarden kan zich in allerlei situaties voordoen, zowel bij de levering van standaardsoftware als bij maatwerksoftware. In beide gevallen is denkbaar dat is bepaald dat de leverancier niet gehouden is mee te werken aan de overstap naar een ander pakket of aan dataconversie. Dat gebeurt bijvoorbeeld in de artikelen 22 lid 1, 24 lid 1, 26 lid 1, 29 lid 2 en 30 lid 1 van de eerder genoemde algemene voorwaarden van de FENIT.

Alle bepalingen van algemene voorwaarden zijn vatbaar voor vernietiging op grond van artikel 233. Sub a van dit artikel luidt als volgt.

Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar  
a. indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij;

Tegelijk wordt de werking van dit artikel flink uitgehold door artikel 235. Op grond van dit artikel kan geen beroep worden gedaan op deze vernietigingsgrond door o.a.<sup>246</sup> coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze en besloten vennootschappen, de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en de commanditaire vennootschap<sup>247</sup>. Tevens kan er geen beroep op worden gedaan door een partij bij wie 50 of meer personen werkzaam zijn<sup>248</sup>.

Grofweg kan er dus in het zakelijke verkeer alleen een beroep op worden gedaan door een eenmanszaak met minder dan 50 werknemers. Volgens Statline van CBS<sup>249</sup> valt ongeveer 99,5% van de eenmanszaken in de categorie kleinbedrijf en heeft daarmee minder dan 10 werknemers. Het beroep staat daarmee open voor ongeveer alle eenmanszaken, die zo'n 48-50% van alle ondernemingen in Nederland vormen<sup>250</sup>. Daarmee is dit voor deze scriptie zeker van belang.

---

<sup>246</sup> Naast enkele exotische gevallen die ik hier verder niet noem.

<sup>247</sup> Artikel 6:235 lid 1 sub a jo. 2:360 lid 1 en 2 Burgerlijk Wetboek.

<sup>248</sup> Artikel 6:235 lid 1 sub b Burgerlijk Wetboek.

<sup>249</sup> Via <http://statline.cbs.nl/>

<sup>250</sup> Afgeleid uit de tabel 'Bedrijven naar activiteit (2-cijferig SBI 1993), grootte en rechtsvorm' voor de perioden 01-01-2003, 01-01-2004 en 01-01-2005.



## Samenhang met redelijkheid en billijkheid

Er is wat discussie geweest over de vraag of artikel 233 geldt als *lex specialis* ten opzichte van artikel 248 lid 2<sup>251</sup>. De Hoge Raad heeft in haar arrest van 14 juni 2002<sup>252</sup> echter duidelijk gemaakt dat een beroep op artikel 233 kan plaatsvinden naast een beroep op artikel 248. Ze verwoordt het als volgt.

3.7 (...) Naar luid van artikel 6:233, aanhef en onder a, (...) wordt aan consumenten en "kleine ondernemers" een bijzondere bescherming geboden tegen het gebruik van onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden. Daarnaast geldt de algemene regel van artikel 6:248 lid 2 BW (...).

De rechtsgevolgen van deze bepalingen zullen met betrekking tot één feitencomplex niet naast elkaar kunnen worden ingeroepen (geen cumulatie). Niet valt evenwel in te zien op welke grond hier afgeweken zou moeten worden van het algemeen geldende uitgangspunt dat, indien verschillende bepalingen voor toepassing op één feitencomplex in aanmerking komen en cumulatie niet mogelijk is, aan de gerechtigde de keuze is welke rechtsgevolgen hij wenst in te roepen of op welke rechtsgrond hij zich wenst te baseren. Nu de regeling van Titel 5, Afdeling 3, Algemene voorwaarden, ertoe strekt de positie van de wederpartij van een gebruiker van algemene voorwaarden te versterken, zou aan die strekking worden tekort gedaan indien de wederpartij zou zijn verstoken van een beroep op artikel 6:248 lid 2. Ook het verschil in rechtsgevolgen - enerzijds nietigheid en anderzijds het niet van toepassing zijn van het beding - staat aan de hiervoor bedoelde keuzemogelijkheid niet in de weg, nu dit verschil voor de gebruiker van de algemene voorwaarden niet tot een onaanvaardbaar resultaat leidt. Het onderdeel faalt derhalve.

Beide wetsartikelen kunnen dus soms voor dezelfde contractuele bepaling worden ingeroepen, maar niet tegelijkertijd. Dat laatste is ook zeer begrijpelijk gezien de verschillende rechtsgevolgen. Een beding kan immers niet tegelijk nietig zijn (na een beroep op artikel 6:233 BW) en buiten toepassing worden gelaten (na een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW).

---

<sup>251</sup> Hondius 2004, inleiding aantekening 6.

<sup>252</sup> Hoge Raad 14 juni 2002, NJ 2003/112.

## Onredelijk bezwarend beding

De wet geeft zelf niet aan wat er onder onredelijk bezwarende bedingen moet worden verstaan. Weliswaar geven de artikelen 236 en 237 enkele situaties die zeker onredelijk bezwarend zijn of waarbij dit vermoed wordt, maar deze artikelen gelden alleen in de verhouding tussen twee partijen waarbij één van hen een “natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf” is (kortweg: een consument<sup>253</sup>). In deze scriptie richt ik me louter op de verhouding tussen twee zakelijke partijen, vandaar dat ik deze artikelen dan ook niet verder als zodanig behandel.

Wel werd er in de parlementaire geschiedenis op gewezen dat de lijsten uit de artikelen 236 en 237 wel een zeker uitstralingseffect kunnen hebben bij de vraag of een beding onredelijk bezwarend is<sup>254</sup>. Er wordt immers getoetst aan een open norm waarbij alle omstandigheden van het geval moeten meewegen. Bovendien zijn de voorbeelden uit deze artikelen niet limitatief bedoeld<sup>255</sup>.

Het wetsartikel zelf geeft in ieder geval aan dat alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen. Volgens Rijken kunnen bij een beroep op dit artikel dezelfde omstandigheden worden aangevoerd als bij een beroep op 248 lid 2<sup>256</sup>. Ook Fikkers wijst er op dat, ondanks verschillende maatstaf en rechtsgevolgen, de maatstaf van artikel 248 lid 2 en artikel 233 sub a materieel dezelfde is<sup>257</sup>. In gelijke zin ook Hijma<sup>258</sup> en Jongeneel<sup>259</sup>.

---

<sup>253</sup> Asser/Hartkamp 2001 (4-II), p. 381.

<sup>254</sup> Asser/Hartkamp 2001 (4-II), p. 382.

<sup>255</sup> Hondius 2004, artikel 233, aant. 4.

<sup>256</sup> Rijken 1994, p. 62.

<sup>257</sup> Fikkers 2003, p. 86.

<sup>258</sup> Hijma 2003, p. 39 e.v..

<sup>259</sup> Wessels/Jongeneel 1997, p. 80.

## **Relativering belang vernietiging**

Heisterkamp erkent ook dat materieel de norm gelijk is, maar waarschuwt voor een te lichtvaardige toepassing van het leerstuk van vernietiging op grond van artikel 233 sub a<sup>260</sup>. Het vernietigen van een beding uit de algemene voorwaarden omdat de toepassing ervan in strijd zou zijn met de redelijkheid en billijkheid zou een heleboel rechtsonzekerheid opleveren. Eén enkele onbillijke uitwerking van een regel zou meteen vernietiging van die regel betekenen. Dat heeft weer tot gevolg dat er twijfel kan ontstaan over de gevolgen van de toepassing van diezelfde regel in het verleden.

Vernietiging van een beding uit de algemene voorwaarden zou dan ook alleen moeten gebeuren wanneer het beding zelf naar zijn inhoud, en niet naar latere toepassing, onredelijk bezwarend is. Dat betekent ook dat bij het beroep op artikel 233 sub a er veel minder argumenten kunnen worden meegewogen, namelijk alleen die welke kritiek uiten op de inhoud van het beding zelf. Een beroep op de redelijkheid en billijkheid van artikel 248 is naar haar aard veel breder<sup>261</sup>. Daarmee zou tevens het belang van artikel 248 lid 2 veel groter zijn dan dat van artikel 233 sub a boek 6 BW<sup>262</sup>.

Dit lijkt mij een juiste en rechtvaardige conclusie. Hij is ook te verenigen met het hierboven aangehaalde en recentere arrest van de Hoge Raad. Wanneer een beding zelf immers in strijd is met redelijkheid en billijkheid, zal de toepassing ervan dat welhaast ook altijd zijn.

## **Conclusies algemene voorwaarden**

De gronden voor een beroep op artikel 233 sub a zijn materieel dezelfde als die voor een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Ook hier echter geldt mijns inziens dat dit beroep niet te snel moet worden toegewezen.

---

<sup>260</sup> Heisterkamp 1994, p. 166.

<sup>261</sup> Heisterkamp 1994, p. 170 e.v..

<sup>262</sup> Heisterkamp 1994, p. 167.

Allereerst leidt het vernietigen van een algemene bepaling tot grote rechtsonzekerheid, aangezien dan voor iedere daarop volgende concrete situatie niet langer meer duidelijk is hoe de verhouding tussen partijen geregeld is. Ten tweede geldt (opnieuw) dat van professionele partijen, meer nog dan van bijvoorbeeld consumenten, mag worden verwacht dat ze zich bewust zijn van hetgeen ze contractueel overeenkomen en wat de gevolgen hiervan (zullen) zijn. Een wettelijke aanwijzing voor deze groter geachte zelfredzaamheid van professionele partijen is de uitsluiting van de toepasselijkheid van de wettelijke vermoedens van de artikelen 236 en 237 bij alle zakelijke partijen, uitgezonderd kleine eenmanszaken.

Bovendien geldt ook hier weer dat het vernietigen van een beding (uiteeraard) nog niet met zich meebrengt dat daarmee een spiegelbeeldige verplichting voor de leverancier ontstaat. Het beoogde doel wordt dan met deze actie niet direct bereikt; een hierop volgend beroep op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid is vereist.

#### **5.4 Openheid op grond van het mededingingsrecht**

De tot nu toe besproken rechtsgebieden beschermen de leverancier van de software (auteursrecht, octrooirecht) of plaatsen hem in de meest dominante positie als houder van de benodigde intellectuele eigendomsrechten (contractenrecht). Het mededingingsrecht is daarentegen sterk georiënteerd op de werking van de markt. Het heeft als doel de concurrentie op de markt te bevorderen, zodat er algemeen een hogere welvaart ontstaat<sup>263</sup>. Het streeft dus juist een algemeen belang na, in tegenstelling tot de andere rechtsgebieden die meer individueel georiënteerd zijn<sup>264</sup>.

---

<sup>263</sup> Slot, Swaak & Mulder 2005, p. 17.

<sup>264</sup> Dat doet overigens niet af aan het feit dat juist (ook) het beschermen van individuele belangen in het belang van het collectief is.

## Relevante wetgeving

Het mededingingsrecht speelt zich af op twee niveaus: het Nederlandse en het Europese (EU). Het Nederlandse mededingingsrecht vindt zijn basis in de Mededingingswet (hierna: Mw) en dat op EU-niveau vindt zijn basis in de artikelen 81, 82 en 86 van het EG-verdrag (hierna: EG). In beide gevallen worden dezelfde materiële normen gehanteerd en de verschillen zijn dan ook vooral procedureel van aard<sup>265</sup>.

Het mededingingsrecht houdt zich met drie onderwerpen bezig:

- afspraken die de mededinging kunnen verhinderen, beperken of vervalsen (kartels)<sup>266</sup>;
- misbruik maken van een economische machtspositie<sup>267</sup>;
- het tot stand komen van concentraties<sup>268</sup>.

De wet is van toepassing op ondernemingen, een begrip dat in artikel 1 Mw slechts wordt gedefinieerd door hiervoor te verwijzen naar artikel 81 EG. Het Europese Hof van Justitie heeft bij herhaling bepaald dat rechtsvorm, wijze van financiering en gerichtheid op winst daarbij niet van belang. Het enige criterium is de vraag of de activiteit in concurrentie met andere ondernemingen kan worden uitgeoefend<sup>269</sup>.

---

<sup>265</sup> Slot, Swaak & Mulder 2005, p. 47.

<sup>266</sup> Hoofdstuk 3 Mw en/of artikel 81 EG-verdrag.

<sup>267</sup> Hoofdstuk 4 Mw en/of artikel 82 EG-verdrag.

<sup>268</sup> Hoofdstuk 5 Mw.

<sup>269</sup> Slot, Swaak & Mulder 2005, p. 42.

## **Marktafbakening qua product**

Aangezien een goede concurrentie het hoofdmotief is van het mededingingsrecht, is het uiteraard van belang te bepalen welke ondernemingen in concurrentie met elkaar kunnen treden. Daarvoor is bepalend vast te stellen welke ondernemingen dezelfde of soortgelijke producten of diensten aanbieden. Dat wordt gedaan door te kijken welke substituten er voor een bepaald product aanwezig zijn, wat het beoogde gebruik cq. doel van het product is en in hoeverre de consument gevoelig is voor prijsveranderingen<sup>270</sup>. Als een klant immers bij een kleine prijsverhoging al overstapt op een ander product, is dat andere product klaarblijkelijk een goede vervanger van het duurder geworden exemplaar. Deze producten concurreren dan blijkbaar met elkaar.

Voor de vraagstelling van deze scriptie zal de marktafbakening niet zo'n groot probleem vormen. Het moet gaan om de markt voor software die soortgelijke functies biedt. Iemand die af wil van zijn tekstverwerker, kan immers lastig daarvoor een boekhoudpakket in de plaats nemen. Enige moeilijkheid ontstaat bij de aanbieders van multifunctionele software. Hier kan echter de argumentatie die de NMa gebruikte in haar beslissing rondom de fusie van Vendex en KBB worden gebruikt<sup>271</sup>. Voorziet het multifunctionele karakter van de software in een specifieke behoefte, bijvoorbeeld door algehele integratie, dan wordt geconcurrereerd met andere producten die ook in die specifieke multifunctionele behoefte voorzien. Biedt de software daarentegen slechts de optelsom van enkele losse producten, dan wordt met producenten van dergelijke losse producten geconcurrereerd.

---

<sup>270</sup> Slot, Swaak & Mulder 2005, p. 24.

<sup>271</sup> Besluit NMa nr. 166, Vendex/KBB, 5 oktober 1998.

## Geografische marktafbakening

De markt moet niet alleen qua product worden afgebakend, maar ook geografisch. Bepaalde geografische omstandigheden bepalen immers het gedrag van de kopers. Hoge transportkosten bij grotere afstanden maken een product wellicht niet langer interessant voor hen. Wanneer echter de consumenten niet trouw blijven aan het lokale product bij een prijsstijging, is dit een indicatie dat de geografische markt juist groot is.

Het Gerecht van Eerste Aanleg (EU) overweegt in het arrest rondom Tetra Pak<sup>272</sup> als volgt hierover:

91 Het Gerecht brengt vooraf in herinnering, dat in het stelsel van artikel 86 van het Verdrag de geografische markt moet worden afgebakend teneinde te bepalen of de betrokken onderneming een machtspositie inneemt in de Gemeenschap of in een wezenlijk deel daarvan. Voor de afbakening van de geografische markt is dus, evenals voor de afbakening van de produktmarkt, een economische beoordeling vereist. De geografische markt kan dus worden gedefinieerd als het grondgebied waarop voor alle marktdeelnemers juist met betrekking tot de relevante produkten gelijke mededingingsvoorwaarden gelden. Dienaangaande merkt de Commissie terecht op, dat het geenszins nodig is dat de objectieve mededingingsvoorwaarden voor de marktdeelnemers volkomen homogeen zijn. Het volstaat dat zij "gelijk" of "voldoende homogeen" zijn (arrest Hof van 14 februari 1978, zaak 27/76, United Brands, Jurispr. 1978, blz. 207, r.o. 44; zie ook r.o. 11 en 53).

Kort gezegd gaat het er om vast te stellen op welk gebied ondernemingen feitelijk met elkaar concurreren of kunnen concurreren, zonder dat er sprake is van ongelijke mededingingsvoorwaarden.

Het afbakenen van de geografische markt is van groot belang. Hoe kleiner immers de relevante markt, hoe groter de kans dat één aanbieder daarop een dominante positie inneemt (en vice versa). Dit is een zeer feitelijk werk en zal van situatie tot situatie sterk kunnen verschillen<sup>273</sup>.

---

<sup>272</sup> GEA 6 oktober 1994, zaak T-83/91, via <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61991A0083:NL:HTML>

<sup>273</sup> Slot, Swaak & Mulder 2005, p. 31.

Zo geldt voor software dat de transportkosten zeer laag zijn<sup>274</sup> en dat de variabele productiekosten geheel in het niet vallen bij de vaste productiekosten<sup>275</sup>. De drempel voor toegang tot de markt is o.a. vanwege het Internet bovendien zeer laag. In die zin kan iedere softwareproducent worden gezien als een speler op de wereldmarkt voor software en is de kans dat hij daarop dominant is betrekkelijk klein<sup>276</sup>.

Aan de andere kant geldt dat het voor de eindgebruikers wellicht wenselijk is de software in de eigen taal te kunnen gebruiken. Dit aspect kan nog betrekkelijk goedkoop worden opgelost door de software modulair te bouwen en geschikt te maken voor meerdere talen. Zeer kleine spelers zullen deze stap echter niet snel nemen en daarmee ook niet, in de gevallen dat vertaling een belangrijke gebruikerswens is, zich begeven op de wereldmarkt voor die software. Wellicht moet de software aan specifieke wettelijke eisen voldoen. Hierbij valt te denken aan boekhoudsoftware, loonadministratiesoftware, *procurementsoftware*, klantenadministratiesoftware, enz. enz. In deze gevallen is de investering om uit te vinden wat deze eisen zijn en de software hieraan aan te passen waarschijnlijk te groot voor de vele kleine partijen. Ook is maar de vraag of iedere producent alle potentiële afnemers feitelijk wel kan bereiken.

Zoals gezegd is dit een zeer feitelijke beoordeling en zal dit van product tot product verschillen. Aangezien deze scriptie zich niet richt op één bepaald soort software, zal ik dit niet verder uitwerken. Van belang is vooral dat ik het belang van deze afbakening gesignaleerd heb voor de hierna volgende verdere behandeling van het mededingingsrecht.

## **Kartels en concentraties**

Twee van de drie onderwerpen waarop het mededingingsrecht ziet, zal ik niet behandelen, te weten kartels en concentraties. De reden is eenvoudig: ze geven geen antwoord op de hoofdvraag van deze scriptie.

---

<sup>274</sup> Verzending per post kan op een zeer lichte drager als een CD en de kosten van verzending over het Internet vallen geheel weg in de kosten voor de toegang tot dit netwerk.

<sup>275</sup> Een softwareproduct verkoopt immers licenties op een exacte kopie van eenmalig ontwikkelde software.

<sup>276</sup> Althans, intuïtief. De praktijk wijst juist uit dat de meest gebruikte software door enkele grote, dominante partijen wordt geproduceerd.



De regelgeving rondom kartels reguleert de afspraken die verschillende ondernemingen al dan niet met elkaar mogen maken. Het betreft dus regelgeving over wat meerdere ondernemingen al dan niet mogen doen en geen regelgeving over de vraag in hoeverre één of meer ondernemingen juist gehouden kunnen zijn iets wèl te doen. Dat wel doen ziet dan in het openheid verschaffen over de software of het actief meewerken in de overstap naar andere software.

De regelgeving rondom concentraties reguleert de vraag of twee of meer ondernemingen mogen fuseren, of een natuurlijk persoon of onderneming de zeggenschap over een (andere) onderneming mag verkrijgen of dat een nieuwe gemeenschappelijke onderneming mag worden opgericht door bestaande marktpartijen<sup>277</sup>. Het reguleert dus kort gezegd de markt van ondernemingen. Ook dat ziet niet op de vraag van deze scriptie.

### **Toepasselijkheid mededingingsrecht op vraagstelling**

Het enige voor deze scriptie mededingingsrechtelijk relevante onderwerp is de vraag of het hebben van rechten van intellectuele eigendom, zonder hier openheid over te verschaffen, misbruik van een machtspositie kan opleveren. Iets meer toegespitst op de vraagstelling van de scriptie: is het door een softwareproducent weigeren mee te werken aan de conversie van data opgeslagen met haar software, te kwalificeren als een op grond van artikel 24 lid 1 Mw/82 EG verboden misbruik van een economische machtspositie?

---

<sup>277</sup> Ietwat grof naar artikel 27 Mw.

## Economische machtspositie

Daarbij is allereerst de vraag of er sprake is van een economische machtspositie. Dat is geen vastomlijnd begrip, maar een dynamisch in te vullen voorwaarde. In het arrest Hoffmann – La Roche tegen de Commissie<sup>278</sup> gaf het Hof aan wat onder een economische machtspositie moet worden verstaan:

Een machtspositie als in artikel 86 van het verdrag bedoeld, is een economische machtspositie welke een onderneming in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen en het haar mogelijk maakt zich jegens haar concurrenten, haar afnemers en, uiteindelijk, de consumenten, in belangrijke mate **onafhankelijk te gedragen**.

Zulk een positie sluit, anders dan een monopolie of quasi-monopolie, het betrokken bedrijf in staat de voorwaarden waaronder bedoelde mededinging zich zal ontwikkelen, zo al niet te bepalen, dan toch aanmerkelijk te beïnvloeden en biedt haar in ieder geval ruimschoots - en zonder dat zulks haar nadeel berokkent - **de gelegenheid zich bij haar gedrag aan de concurrentie niet gelegen te laten liggen**.

Een onderneming met een economische machtspositie kan zich dus betrekkelijk onafhankelijk van eventuele concurrenten gedragen. In het arrest Akzo Chemie/Commissie<sup>279</sup> geeft het Hof in de 60<sup>e</sup> overweging aan dat van een machtspositie in ieder geval sprake is bij een marktaandeel van 50% of meer:

Met betrekking tot marktaandelen heeft het Hof in zijn arrest van 13 februari 1979 (zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461, r.o. 41) overwogen, dat zeer aanzienlijke marktaandelen, uitzonderingsomstandigheden daargelaten, op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie leveren. Dit is het geval bij een marktaandeel van 50 % als in casu is vastgesteld.

Aan de andere kant heeft het Hof van Justitie al veel eerder beslist dat een zeer gering marktaandeel in beginsel juist geen economische machtspositie kan opleveren. Dat was in het arrest Metro tegen de Commissie<sup>280</sup>, waarbij geklaagd werd over het bedrijf Saba dat een marktaandeel had dat lag tussen de 5-10 %:

---

<sup>278</sup> HvJ EG 3 februari 1979, zaak C-85/76.

<sup>279</sup> HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86.

<sup>280</sup> HvJ EG 25 oktober 1977, zaak C-26/76.

Dat ofschoon het marktaandeel van een onderneming niet noodzakelijkerwijs het enige criterium vormt voor het bestaan van een machtspositie, niettemin op goede gronden kan worden vastgesteld dat **een zo gering marktaandeel als dat van Saba, behoudens bijzondere omstandigheden, op een markt voor technisch hoogwaardige, doch in de ogen van het koperspubliek gemakkelijk verwisselbare produkten, het bestaan van een machtspositie uitsluit;**

Ook in dit arrest blijft het marktaandeel slechts een indicatie, gezien de woorden “behoudens bijzondere omstandigheden” van het Hof. In het arrest van United Brands tegen de Commissie<sup>281</sup> bepaalde het Hof meer uitdrukkelijk dat een economische machtspositie ook uit andere factoren dan het marktaandeel kan worden afgeleid:

De in artikel 86 bedoelde machtspositie heeft betrekking op een economische machtspositie van een onderneming, die deze in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de betrokken markt te verhinderen doordat zij sterk genoeg is zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk de consumenten te gedragen. **Een machtspositie ontstaat in het algemeen door de combinatie van verscheidene factoren, die elk afzonderlijk niet per se beslissend behoeven te zijn.**

Er kunnen legio andere omstandigheden zijn op basis waarvan geconcludeerd kan worden dat er sprake is van een economische machtspositie. Van Duijvenvoorde noemt er vele<sup>282</sup>, waaronder het hebben van een technische voorsprong en het bezitten van intellectuele eigendomsrechten. Ook Slot, Swaak & Mulder noemen deze twee aspecten<sup>283</sup>.

---

<sup>281</sup> HvJ EG 14 februari 1978, zaak C- 27/76.

<sup>282</sup> Van Duijvenvoorde 1996, p. 384 e.v..

<sup>283</sup> Slot, Swaak & Mulder 2005, p. 114.

Zij stellen tevens dat het belangrijk is te onderzoeken welke factoren op de desbetreffende markt ervoor zorgen dat de concurrentie wordt belemmerd om te bepalen of er sprake is van een machtspositie<sup>284</sup>. Toegespitst op de scriptie is het denkbaar dat, juist omdat de leverancier van de software deze software beschermd ziet door intellectuele eigendomsrechten, hij door het achterhouden van bepaalde kennis zich een machtspositie verschafft op zijn relevante markt. Van Duijvenvoorde haalt hiervoor een term van Koopmans aan: “mini-informatiemonopolies”<sup>285</sup>.

### **Magill-arrest**

Over dergelijke informatiemonopolies werd ook beslist in de Magill-zaak<sup>286</sup>. Dit betrof een geschil tussen de uitgever Magill en drie omroepen. Magill wilde een tv-gids uitgeven en had hiervoor de programmagegevens van de omroepen nodig. Ze verkreeg deze gegevens zonder toestemming van de omroepen, waarop zij zich beriepen op hun auteursrecht op de gegevens om de verdere publicatie van de tv-gids te stoppen. Het Gerecht van Eerste Aanleg besliste daarop dat de omroepen een economische machtspositie innamen, aangezien ze een alleenrecht hadden op de gegevens. Het Hof van Justitie bevestigde dit in het hoger beroep van twee van de drie omroepen<sup>287</sup>.

Van Duijvenvoorde stelt dat dit arrest relevant is voor de softwaremarkt, maar tegelijk niet zo heel makkelijk is toe te passen. Zij acht het denkbaar dat kennis over bijvoorbeeld interfaces van software als auteursrechthebbende tot de conclusie kunnen leiden dat deze auteursrechthouder een economische machtspositie heeft<sup>288</sup>. Dit ben ik met haar eens. Tegelijk zal deze situatie, zoals ook zij aangeeft, zich alleen voordoen wanneer deze beschermende informatie essentieel is voor eventuele concurrentie, zodat een feitelijk monopolie is ontstaan.

---

<sup>284</sup> Slot, Swaak & Mulder 2005, p. 116.

<sup>285</sup> Van Duijvenvoorde 1996, p.396.

<sup>286</sup> Er zijn enkele arresten over de uitgever Magill tegen Britse omroepen, aangezien iedere omroep individueel in hoger beroep ging. Ik gebruik het arrest GEA EG 10 juli 1991, zaak T-69/89.

<sup>287</sup> HvJ EG 6 april 1995, gevoegde zaken C-241/91 P en C-242/91 P.

<sup>288</sup> Van Duijvenvoorde 1996, p. 401.

## Misbruik

Van groot belang is dat niet het hebben van een economische machtspositie wordt verboden, maar alleen het misbruik ervan. In het EG-verdrag worden hiervan nog enkele voorbeelden genoemd, maar in artikel 24 Mw ontbreken deze. Dat is overigens bewust, het artikel zou zo flexibel mogelijk moeten kunnen worden toegepast<sup>289</sup>. De memorie van toelichting van de Mededingingswet bevat ook slechts twee voorbeelden<sup>290</sup>. De lijst van voorbeelden van artikel 82 EG is ook niet limitatief bedoeld. De rechterlijke uitspraken zijn wat dat betreft dus meer leidend dan de wets- en verdragstekst.

De vraag is dan ook of het uitoefenen van intellectuele eigendomsrechten, waaronder het weigeren bepaalde informatie onder licentie vrij te geven of te delen, misbruik kan opleveren. In het Magill-arrest waren door het Hof enkele voorwaarden opgenomen waarmee bepaald kon worden of er sprake is van misbruik. Spoor/Verkade/Visser halen dit arrest aan en wijzen erop dat misbruik van auteursrecht een uitzonderingssituatie betreft<sup>291</sup>.

Zij en Van Empel<sup>292</sup> geven ook aan dat het Hof sinds het latere arrest rond IMS Health<sup>293</sup> strengere criteria hanteert. In dat arrest was er sprake van een de facto standaard om gegevens uit te wisselen en aan te leveren over de verkoop van medicijnen, ontwikkeld door IMS, waarop zij vervolgens weigerde licentie te verlenen aan een concurrent. Het Hof begint heel stellig met de volgende overweging:

34. Het is vaste rechtspraak dat het alleenrecht van verveelvoudiging deel uitmaakt van de prerogatieven van de houder van een intellectueel eigendomsrecht, zodat **een weigering om een licentie te verlenen**, ook al gaat zij uit van een onderneming met een machtspositie, **op zichzelf geen misbruik van die machtspositie kan opleveren** (arrest van 5 oktober 1988, Volvo, 238/87, Jurispr. blz. 6211, punt 8, en arrest Magill, reeds aangehaald, punt 49).

---

<sup>289</sup> Slot, Swaak & Mulder 2005, p. 108.

<sup>290</sup> Korsten 2004, p. 155.

<sup>291</sup> Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 214.

<sup>292</sup> Van Empel 2005, p. 736.

<sup>293</sup> HvJ EG 29 april 2004, zaak C-418/01.

Vervolgens vat het zelf de voorwaarden van het Magill-arrest samen:

35. Uit die rechtspraak volgt evenwel dat de uitoefening van het alleenrecht door de rechthebbende in uitzonderlijke omstandigheden misbruik kan opleveren (reeds aangehaalde arresten Volvo, punt 9, en Magill, punt 50).

38. Opdat de weigering van een onderneming die houder is van een auteursrecht om toegang te geven tot een product of een dienst die onontbeerlijk is voor de uitoefening van een bepaalde activiteit als misbruik kan worden aangemerkt, volstaat het blijkens deze rechtspraak dat is voldaan aan **drie cumulatieve voorwaarden, namelijk dat deze weigering in de weg staat aan de introductie van een nieuw product waarnaar van de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestaat, dat zij geen rechtvaardigingsgrond heeft en dat zij elke mededinging op een afgeleide markt uitsluit.**

Hieruit volgt a contrario in ieder geval al dat niet snel kan worden geconcludeerd dat het louter uitoefenen van rechten van intellectuele eigendom<sup>294</sup> misbruik van een economische machtspositie kan opleveren. Dat kan immers slechts in “uitzonderlijke omstandigheden” het geval zijn. Vervolgens geeft het Hof in de hierna volgende alinea’s aan hoe de voorwaarden moeten worden ingevuld. Daarbij hanteert ze vrij strenge eisen.

Het laatste criterium – het uitsluiten van elke mededinging op de markt – vindt alleen plaats wanneer er sprake is van “twee verschillende productiestadia (...) die verbonden zijn doordat het product in het eerdere stadium een onontbeerlijk element is voor de levering van het product in het latere stadium”<sup>295</sup>. Anders gezegd: alleen wanneer op geen enkele andere manier het nieuwe product kan worden geleverd dan door gebruikmaking van een licentie op het intellectuele eigendom van de ander, kan hiervan sprake zijn. Is het denkbaar dat zelf een alternatief wordt ontwikkeld, dan is van deze situatie niet (langer) sprake.

---

<sup>294</sup> Waaronder tevens wordt verstaan het weigeren een licentie te verlenen.

<sup>295</sup> HvJ EG 29 april 2004, zaak C-418/01, overweging 45.

Wat nu eigenlijk een nieuw product is wordt haast nog strenger door het Hof ingevuld:

49. De weigering van een onderneming met een machtspositie om toegang te verlenen tot een door een intellectueel eigendomsrecht beschermd product, dat onontbeerlijk is om **actief te zijn op een afgeleide markt**, levert dus enkel misbruik op indien de onderneming die om de licentie heeft verzocht niet voornemens is zich in wezen te beperken tot het aanbieden van producten of diensten die de houder van het intellectuele-eigendomsrecht reeds op de afgeleide markt aanbiedt, maar de bedoeling heeft **nieuwe producten of diensten aan te bieden die de houder niet aanbiedt** en waarvoor een potentiële vraag van de consumenten bestaat.

Een nieuw product moet actief zijn op een afgeleide markt, niet op exact dezelfde markt. Ook mag de houder van de intellectuele eigendomsrechten niet zelf al actief zijn op die afgeleide markt. Met intellectuele eigendom beschermende kennis achterhouden kan dus prima wanneer een ander de concurrentie op dezelfde markt wil aangaan.

De laatste voorwaarde, dat een rechtvaardigingsgrond moet ontbreken, wordt niet echt preciezer ingevuld door het Hof. Het stelt slechts dat hiervoor getoetst moet worden aan “objectieve gronden”<sup>296</sup>.

### **Misbruik van economische machtspositie**

Concluderen dat in de casus van deze scriptie sprake zal zijn van misbruik van een economische machtspositie zal dan ook niet snel kunnen gebeuren. Allereerst is de vraag of er wel sprake is van een economische machtspositie. Veel deelmarkten van software kennen sterke competitie en het is maar de vraag of op die markten één producent als bezitter van een machtspositie valt aan te wijzen.

Daar waar één bedrijf dominant is en daarmee de facto de standaard heeft gevormd is zelfs niet snel sprake van misbruik van een economische machtspositie, zolang maar niet wordt voorkomen dat concurrenten producten op een afgeleide markt kunnen introduceren.

---

<sup>296</sup> HvJ EG 29 april 2004, zaak C-418/01, overweging 51.

Dat laatste zou het geval kunnen zijn wanneer interface-informatie wordt achtergehouden die essentieel is om producten op een afgeleide markt te kunnen ontwikkelen<sup>297</sup>. Dat is in feite de insteek van de Europese Commissie in haar slepende zaak tegen Microsoft<sup>298</sup>. Van Empel is zeer kritisch op deze benadering van de Commissie, met name omdat het kartelrecht hier als leidend rechtsgebied wordt benaderd en miskend wordt dat de individuele rechtsgebieden van intellectuele eigendom ook eigen afwegingen en garanties kennen<sup>299</sup>.

Die benadering wordt in feite ook al door Van Duijvenvoorde gehanteerd<sup>300</sup>. Zij wijst er op dat in de Softwarerichtlijn ook al deels overwegingen van mededingingsrechtelijke aard besloten liggen. Te denken valt aan het recht op reverse-engineering. Juist om die reden zou volgens haar artikel 82 EG hooguit als vangnetfunctie moeten dienen op de softwaremarkt. Een leverancier die zich houdt aan de regels van de softwarerichtlijn, zou niet snel misbruik maken van zijn economische machtspositie.

Deze benadering spreekt mij aan. In een economie die in essentie op het principe van de (bijna geheel) vrije markt is gebaseerd, moet niet al te snel worden geconcludeerd dat een houder van een intellectuele eigendomsrecht alleen vanwege dat houden al misbruik zou kunnen maken van zijn economische machtspositie.

## **Andere jurisprudentie**

De enig mij bekende jurisprudentie op het gebied van mededingingsrecht waarin een leverancier en een afnemer met elkaar streden over software, is het arrest van Bull tegen Vomar van 3 mei 1991<sup>301</sup>. In deze casus had de leverancier (Bull) gesteld dat het de afnemer (Vomar) niet was toegestaan haar software door middel van conversie geschikt te maken voor toepassing op een ander soort computersysteem. Zowel de rechtbank als het Hof volgen Bull hierin.

---

<sup>297</sup> Van Duijvenvoorde 1996, p. 454.

<sup>298</sup> Zie voor een uitgebreid dossier hierover <http://webwereld.nl/articles/35253/microsoft-vs-eu.html>.

<sup>299</sup> Van Empel 2005, p. 734.

<sup>300</sup> Van Duijvenvoorde 1996, p. 455.

<sup>301</sup> Hoge Raad 3 mei 1991, NJ 1991/458 en RvdW 1991/119.



Er werd verweerd met de stelling dat een dergelijke bepaling het mededingingsrecht zou beperken. Bull stelde dat haar omzet klein genoeg was om onder de vrijstellingsbepalingen van de Europese Commissie te vallen. Het Hof gaat hierin mee en negeert de omzetcijfers (over Bull) die Vomar aanleverde totaal. De Hoge Raad casseert daarom: het is in het geheel niet duidelijk hoe het Hof tot de conclusie heeft kunnen komen dat hier sprake is van een gedraging die onder de vrijstelling valt. De cassatie ziet daarmee op dit motiveringsgebrek.

Deze zaak is echter voor mijn vraagstelling niet relevant; de casus handelde over de conversie van software, terwijl ik juist de conversie van met de software opgeslagen data onderzoek.

### **Conclusies mededingingsrecht**

Het niet behulpzaam zijn bij de overstap naar andere, concurrerende software kan niet als misbruik van een economische machtspositie worden aangemerkt. De afweging bij dergelijke kwesties rond intellectuele eigendom valt nu eenmaal in het voordeel van de houder van het intellectuele eigendomsrecht uit.

Er kan misbruik worden gemaakt van dergelijke rechten, maar dan alleen wanneer daarmee wordt belet dat een nieuw product op een afgeleide markt kan worden geïntroduceerd. Daar is bij de vraagstelling van deze scriptie geen sprake van. Hier wordt immers door een afnemer van software gevraagd aan de leverancier ervan behulpzaam te zijn bij de overstap naar een ander pakket.

Dat andere pakket zal meestal door een andere leverancier zijn ontwikkeld, niet door de afnemer van de oorspronkelijke software. De houder van de intellectuele eigendomsrechten op de software belet dan dus ook niet dat de afnemer van haar software nieuwe producten voor een afgeleide markt ontwikkelt. Dat doet ze hooguit jegens de producent van de software waar naar wordt overgestapt. Dat is echter een aspect dat buiten de vraagstelling van deze scriptie valt.

## 6. Conclusies en aanbevelingen

### 6.1 *Samenvatting en conclusies*

In deze scriptie heb ik onderzocht in hoeverre de leverancier van software juridische gedwongen kan worden mee te werken aan de conversie van met haar software opgeslagen data in verband met de overstap naar concurrerende software. Daartoe heb ik eerst in hoofdstuk 2 en 3 onderzocht hoe ver de juridische bescherming van de software en bestandsformaten van de softwareproducent reikt.

Geconcludeerd is dat software wordt beschermd door het Auteursrecht. Deze bescherming is sinds de introductie van de Softwarerichtlijn in het Nederlandse auteursrecht zeer vergaand. Ieder gebruik van de software is in beginsel een handeling waarvoor toestemming moet worden verkregen van de auteursrechthebbende. Normaal gebruik is echter altijd toegestaan. In een poging de softwaremarkt enigszins open te breken is een recht op decompilatie geïntroduceerd, maar vanwege politieke compromissen is dit slechts een zeer beperkt recht geworden waarvan bovendien betwijfeld kan worden hoezeer het in de praktijk toepasbaar is.

De bescherming van bestandsformaten is wat minder absoluut. Ik heb geconcludeerd dat veel bestandsformaten dermate begrensd worden door functionele en technische specificaties van het programma, dat ze niet voldoen aan de voor auteursrecht relevante 'werktoets'. Voor bestandsformaten die op zichzelf ontwikkeld zijn geldt deze problematiek niet en zal meestal wel voldaan zijn aan deze 'werktoets'. Daarnaast kunnen bestandsformaten beschermd worden door het octrooirecht. Deze bescherming is zeer absoluut en gaat daarmee zeer ver, maar er moet wel daadwerkelijk een octrooi zijn aangevraagd en verleend.

In hoofdstuk 4 heb ik vervolgens onderzocht in hoeverre het auteurs- en octrooirecht als rechtsgebied een antwoord op de hoofdvraag bieden. Het auteursrecht biedt geen mogelijkheden. Op pagina 64 heb ik weliswaar een arrest aangehaald uit Leeuwaarden waarin de rechter een dergelijke vordering toch op basis van het auteursrecht toewijst, maar zoals ik daar heb betoogd zit de rechter daarmee fout.

Wanneer het bestandsformaat waarmee de data is opgeslagen wordt beschermd door een octrooi, zijn er wel mogelijkheden. Als de softwareproducent namelijk niet wil meewerken aan een dergelijk verzoek tot conversie van de data, dan kan aan de rechtbank een dwanglicentie worden verzocht tot het toepassen van het octrooi. Dit is nader uitgewerkt in paragraaf 4.3. Overigens acht ik die vordering niet kansrijk.

Vervolgens is in de paragraaf 5.1 onderzocht in hoeverre de contractuele relatie tussen partijen een antwoord kan bieden op de hoofdvraag. Daarbij is gekeken naar de uitleg van de licentieovereenkomst en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Geconcludeerd werd dat niet snel op deze grond kan worden aangenomen dat er een plicht tot dataconversie voor de softwareleverancier bestaat.

Alleen wanneer er sprake is van maatwerksoftware is dat soms het geval. Ook als zeer uitgebreid is onderhandeld over de software, met name op zo'n wijze dat de afnemer verwachtte en mocht verwachten dat de data in een later stadium geconverteerd zouden gaan worden, kan sprake zijn van een dergelijke plicht voor de leverancier. In paragraaf 5.2 is geconcludeerd dat voor algemene voorwaarden in feite dezelfde terughoudendheid geldt.

In paragraaf 5.3 tenslotte, is geconcludeerd dat de weigering van de softwareproducent mee te werken aan een verzoek tot dataconversie nagenoeg nooit misbruik van een economische machtspositie kan opleveren in de zin van het mededingingsrecht.

## **6.2 Conclusie vraagstelling**

Het antwoord op de hoofdvraag moet dan ook luiden dat de leverancier nauwelijks gedwongen kan worden mee te werken aan een verzoek tot dataconversie. Alleen de aanvullende, eventueel in combinatie met de derogerende werking, van de contractuele redelijkheid en billijkheid kunnen in de situaties dat zeer veel is onderhandeld over de software of in het geval van maatwerksoftware uitkomst bieden. In die situaties zal de verstandhouding met de softwareleverancier meestal echter ofwel dusdanig goed zijn dat een overstap überhaupt niet wordt overwogen, ofwel dat bij een overstap geen juridische middelen nodig zijn om de dataconversie af te dwingen.

## **6.3 Aanbevelingen**

Met de aanschaf van bepaalde software wordt tevens voor een bepaald bestandsformaat gekozen waarin de data worden opgeslagen. Hoe meer die software vervolgens gebruikt wordt, hoe waardevoller het geheel van software en daarin ingevoerde data binnen het bedrijf wordt. Mocht een softwareproduct van een concurrent functioneel veel beter zijn dan het pakket dat in het verleden is aangeschaft, dan is het economisch toch niet altijd zinnig om de overstap te maken, zelfs niet wanneer de licentiekosten van dit andere product lager zijn. De meerwaarde van de functionele superioriteit van het nieuwe product moet immers worden afgewogen tegen de kosten van het opnieuw invoeren van de data in het oude product, dan wel tegen de kosten van dataconversie.

Daar ontstaat een spanning. Het is immers op dat moment vooral de ingevoerde data die de software waardevol maken, niet de software zelf. Die reden om niet over te stappen wordt ook wel *'vendor-lockin'* genoemd.

Ondanks deze gesignaleerde spanning wil ik niet pleiten voor wettelijke maatregelen. Een wettelijke verplichting voor leveranciers om altijd op verzoek dataconversie toe te passen, zal er alleen maar toe leiden dat de extra kosten bij enkele klanten hiervoor worden omgeslagen in de licentiekosten voor iedere klant. De klant betaalt, terwijl lang niet alle klanten in de toekomst hiervan gebruik zouden willen maken.

Een wettelijke verplichting openheid te verschaffen over alle gebruikte bestandsformaten en protocollen gaat me ook veel te ver. Een dergelijke verplichting zou iedere prikkel wegnemen om (veel) tijd en geld te steken in het uitdenken van een nieuw, wellicht veel beter, bestandsformaat of protocol.

Veel meer zou ik de oplossing voor dit probleem willen zoeken in een groter bewustzijn voor de hier gesignaleerde spanning. Afnemers van software van bij de FENIT-aangesloten bedrijven zouden zich bewust moeten zijn van de bepalingen 22.1, 24.1, 26.1, 29.2 en 30.1 in de FENIT-voorwaarden<sup>302</sup>, waarin uitdrukkelijk is bepaald dat de leverancier in allerlei situaties niet gehouden is tot dataconversie. Een van deze bepalingen gaan wat mij betreft te ver.

Artikel 26.1 gaat over onderhoud van software wanneer daarvoor een overeenkomst is gesloten. De afnemer van software is in dat geval verplicht iedere fout te melden, waarop de leverancier slechts gehouden is zijn uiterste best te doen deze fouten op te lossen. Worden de fouten opgelost door een nieuwe, bijgewerkte versie van de software te leveren, dan is de leverancier niet gehouden tot dataconversie. Indien die dataconversie wel nodig is – bijvoorbeeld omdat het programma opeens een ander bestandsformaat hanteert – dan ontstaat dus de idiote situatie dat de afnemer van de software opeens niet meer bij zijn eigen data kan, omdat hij zelf een fout in de software heeft gemeld!

Naast deze bewustwording zou ik graag zien dat open standaarden gemeengoed worden voor data- en informatie-uitwisseling. Een citaat uit een pagina op Wikipedia laat perfect zien waarom<sup>303</sup>:

Open standaarden zijn publiek beschikbare specificaties om een bepaalde taak te volbrengen (veelal in gebruik bij hard- en software). Doordat iedereen de standaard mag gebruiken, neemt de uitwisselbaarheid tussen de verschillende soorten hardware- en software-onderdelen toe. Met andere woorden; men kan dan zelf kiezen, welk softwareprogramma en/of welke computerapparatuur men aanschaft en gebruikt. Hierdoor is men minder afhankelijk van een bepaalde hardware- en/of softwareleverancier, dan wel dienstverlener.

---

<sup>302</sup> Algemene voorwaarden van FENIT gedeponereerd bij de Griffie van de Arrondissementsrechtbank te Den Haag op 3 juni 2003 onder nummer 60/2003, FENIT 2003.

<sup>303</sup> [http://nl.wikipedia.org/wiki/Open\\_standaard](http://nl.wikipedia.org/wiki/Open_standaard).

Bij open standaarden kan gedacht worden aan het *OASIS Open Document Format for Office Applications* (kortweg: OpenDocument)<sup>304</sup> voor Office-documenten, PNG<sup>305</sup> en SVG<sup>306</sup> voor afbeeldingen of meer in het algemeen het ISO-gecertificeerde SGML<sup>307</sup> voor het definiëren van bestandsformaten<sup>308</sup>.

Hier ligt een rol voor de overheid. Uit zichzelf zullen de grote softwareleveranciers die voordeel hebben bij de huidige situatie immers niet snel in beweging komen. Zo heeft de Amerikaanse staat Massachusetts besloten dat vanaf 1 januari 2007 alle Office-documenten moeten zijn opgemaakt in OpenDocument of in PDF<sup>309</sup>. Toen het plan gelanceerd werd reageerde Microsoft uiteraard heel snel met de opmerking dat *“the proposal could force state agencies in Massachusetts to make an expensive and time-consuming switch to new PC software”*<sup>310</sup>. Volgens mij maakt de eenmalige conversie van alle documenten naar het OpenDocument-formaat het grootste deel van die kosten uit.

België heeft een vergelijkbare beslissing genomen voor de federale overheid<sup>311</sup>. Daar moet vanaf september 2007 software gebruikt worden die het OpenDocument-formaat kan lezen en vanaf september 2008 mogen de overheidsdiensten alleen nog documenten in dat formaat uitwisselen.

In plaats van met juridische, controversiële middelen te strijden tegen bedrijven als Microsoft, zouden andere overheden en de Europese Commissie veel beter deze voorbeelden kunnen volgen. Door economische druk op de bedrijven te leggen om hen te bewegen open standaarden te adopteren, ontstaat vanzelf een meer vrije en competitieve softwaremarkt.

---

<sup>304</sup> [http://www.oasis-open.org/committees/tc\\_home.php?wg\\_abbrev=office](http://www.oasis-open.org/committees/tc_home.php?wg_abbrev=office)

<sup>305</sup> <http://www.libpng.org/pub/png/>

<sup>306</sup> <http://www.w3.org/Graphics/SVG/>

<sup>307</sup> ISO 8879:1986.

<sup>308</sup> Zie verder <http://nl.wikipedia.org/wiki/SGML> en <http://nl.wikipedia.org/wiki/DTD>.

<sup>309</sup>

[http://www.mass.gov/Aitd/docs/policies\\_standards/etrm3dot5/ETRM\\_v3dot5draft\\_information.pdf](http://www.mass.gov/Aitd/docs/policies_standards/etrm3dot5/ETRM_v3dot5draft_information.pdf)

<sup>310</sup> <http://www.ft.com/cms/s/80033a76-1a71-11da-b7f5-00000e2511c8.html>

<sup>311</sup> <http://www.zdnet.be/news.cfm?id=57875>.

De Nederlandse overheid is al in 2002 middels een motie verzocht te zorgen dat alle software in 2006 aan open standaarden zou voldoen<sup>312</sup>, maar hier lijkt helaas te weinig van terecht te komen. Het project OSOSS stimuleert slechts “overheidsorganisaties open standaarden (ICT) toe te passen in hun informatiesystemen en informeert hen over de mogelijkheden van open source software”<sup>313</sup>. Harde eisen stellen aan leveranciers wordt echter hier niet gedaan.

Wat mij betreft is er zeker geen radicale keuze voor open source software<sup>314</sup> nodig. Er is niets mis met commerciële software, zo lang een gebruiker maar niet de facto vast zit aan die commerciële software, alleen maar omdat hij bij een overstap zijn ingevoerde data zou kwijtraken.

---

<sup>312</sup> Kamerstukken II, 2002/03, 28600 XIII, nr. 30.

<sup>313</sup> <http://www.ossos.nl/index.jsp?alias=watisososs>.

<sup>314</sup> Software waarbij de broncode vrij beschikbaar is.

---

## Literatuurlijst

- Asser/Hartkamp 2001 (4-II)      A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.
- 
- Bakels 2002      R.B. Bakels, 'Softwareoctrooiën: een vanzelfsprekendheid of een gevaarlijke ontarding?', *Computerrecht* 2002, p. 347-352.
- 
- Bakels 2003      R.B. Bakels, 'Van software tot erger: op zoek naar de grenzen van het octrooirecht', *Intellectuele eigendom & reclamerecht* 2003, p. 213-221.
- 
- Boddy, Boonstra & Kennedy 2002      D. Boddy; A. Boonstra; G. Kennedy, *Managing information systems : an organisational perspective*, Harlow: Financial Times/Prentice Hall 2002.
- 
- Brinkhof (IEC)      J.J. Brinkhof e.a., 'Commentaar Rijksoctrooiwet 1995', in: J.J. Brinkhof (red.), *Intellectuele eigendom, artikelsgewijs commentaar*, 's-Gravenhage : VUGA (losbl.)
- 
- Cohler & Pearson 1994      C.B. Cohler; H.E. Pearson, 'Software Interfaces, Intellectual Property and Competition Policy', *European intellectual property review* 1994, p. 434-440.
- 
- De Cock Buning 1993      M. De Cock Buning, 'Auteursrecht en reverse engineering', *Intellectuele eigendom & reclamerecht* 1993, p. 129-137.
-



- Dobbelaar 1993 M.C. Dobbelaar, 'Reverse engineering: een spraakverwarring?', in: A.M.Ch. Kemna; A.W. Neisingh (red.), 20 over informatietechnologie en recht, Alphen aan den Rijn: Samsom BedrijfsInformatie 1993, p. 221-238.
- 
- Europese Commissie 2000 *Verslag van de commissie aan de raad, het europees parlement en het economisch en sociaal comite over de tenuitvoerlegging en de effecten van Richtlijn 91/250/EEG betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's*, COM(2000)/199, Brussel: 10-04-2000.
- 
- Fikkers 2003 H.A.G. Fikkers, 'Algemene voorwaarden en de verhouding tussen artikel 6:233 suba en artikel 6:248 lid 2 BW - HR 14 juni 2002, RvdW 2002, 103 en HR 21 februari 2003, RvdW 2003, 41', *Nieuwsbrief Burgerlijk Wetboek* 2003, p. 84-86.
- 
- Franken, Kaspersen & De Wild 2004 H. Franken; H.W.K. Kaspersen; A.H. de Wild, *Recht en Computer*, Deventer : Kluwer 2004
- 
- Hanneman 2001 H.W. Hanneman, Noot onder uitspraak Technische kamer van Beroep Europees Octrooibureau 15 maart 2000, *Computerrecht* 2001, p. 78-81.
- 
- Heisterkamp 1994 A.H.T. Heisterkamp, 'Vernietigbaarheid en billijkheid bij algemene voorwaarden', in: T. Hartlief e.a. (red.), CJHB : Brunner-bundel : opstellen, op 15 april 1994 aangeboden aan prof. mr. C.J.H. Brunner ter gelegenheid van zijn vijfenzestigste verjaardag, Deventer : Kluwer 1994, p. 163-171.
-

- Hijma 2003 J. Hijma, *Algemene voorwaarden*, Deventer : Kluwer 2003.
- 
- Hondius 2004 E.H. Hondius, 'Algemene voorwaarden', in: C.J.H. Brunner, E.H. Hondius (red.), *Verbintenissenrecht*, Deventer : Kluwer (losbl.)
- 
- Hugenholtz 1992 P.B. Hugenholtz, 'Convergence and Divergence in Intellectual Property Law: The Case of the Software Directive', in: W.F. Korthals Altes e.a. (red.), *Information law towards the 21st century*, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers 1992, p. 319-323.
- 
- Huydecoper 1991 J.L.R.A. Huydecoper, 'Reverse engineering en computerprogramma's', *Computerrecht* 1991, p. 58-60.
- 
- Korsten 2004 L.E.J. Korsten, *Memo Mededinging 2004/2005*, Deventer : Kluwer 2004.
- 
- Louët Feisser 2000 A. Louët Feisser, 'Hoe technisch dient een uitvinding te zijn om geöctrooieerd te kunnen worden?', *Bijblad industriële eigendom* 2000, p. 243-244.
- 
- Overdijk 2005 T.F.W. Overdijk, 'Octrooirecht', in: M. Berghuis e.a. (red.), *Intellectuele eigendom & ICT*, Den Haag: SDU Uitgevers, p. 17-55.
- 
- Quaedvlieg 1987 A.A. Quaedvlieg, *Auteursrecht op techniek : de auteursrechtelijke bescherming van het technisch aspect van industriële vormgeving en computerprogrammatuur*, Zwolle : W.E.J. Tjeenk Willink 1987
- 
- Reurich 2005 L. Reurich, *Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid*, Deventer : Kluwer 2005.
-



- Van Schelven & Struik 1995      P.C. van Schelven; H. Struik, *Softwarerecht : bescherming en gebruik van programmatuur sedert de Richtlijn Softwarebescherming*, Deventer : Kluwer 1995.
- 
- Verkade, Visser & Bruining 2000      D.W.F. Verkade; D.J.G. Visser; L.D. Bruining, *Ruimere octrooiëring van computerprogramma's : technicality of revolutie?*, Den Haag : Sdu Uitgevers 2000.
- 
- Wessels/Jongeneel 1997      B. Wessels; R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden*, Deventer : W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
- 
- Wichers Hoeth 2000      C.E.F.M. Gielen; R. Hermans (bew.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Zwolle : W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

## Zakenoverzicht

Hieronder treft u een chronologisch overzicht aan van de in deze scriptie aangehaalde jurisprudentie.

In de kolom 'partijen' vindt u een (meestal) verkorte of vereenvoudigde weergave van de namen van de betrokken partijen.

In de kolom 'vindplaats' staat vermeld waar het arrest of de uitspraak is gepubliceerd. Met 'Juris.' en 'Court reports' worden respectievelijk - de vanuit de Europese Unie officiële uitgegeven bladen - "*Jurisprudentie van het Hof van Justitie en van het Gerecht van eerste aanleg*" en "*Reports of Cases before the Court of Justice and the Court of First Instance*" bedoeld.

Europese Commissie is met 'EC' afgekort.

Datum	Instantie	Partijen	Vindplaats	Pagina
19-05-1967	Hoge Raad	Saladin / HBU	NJ 1967/261	80
20-02-1976	Hoge Raad	Van der Laan / Top	NJ 1976/486	80
25-10-1977	Hof van Justitie	Metro Grossmarkte / EC	Juris. 1977 blz. 01875	94
14-02-1978	Hof van Justitie	United Brands / EC	Juris. 1978 blz. 00207	95
03-02-1979	Hof van Justitie	Hoffmann - la Roche / EC	Juris. 1979 blz. 00461	94
13-03-1981	Hoge Raad	Ermes & Langerwerf / Haviltex	NJ 1981/635	74
04-01-1991	Hoge Raad	Van Dale / Romme	NJ 1991/608	5, 6, 21, 82
03-05-1991	Hoge Raad	Vomar/Bull	NJ 1991/458 RvdW 1991/119.	100
03-07-1991	Hof van Justitie	Akzo Chemie / EC	Juris. 1991 blz. I-03359	94
10-07-1991	Gerecht van Eerste Aanleg	Radio Telefis Eireann / EC	Juris. 1991 blz. II-00485	96
09-10-1992	Hoge Raad	Pakwoningen / diverse grondeigenaren	NJ 1994/289	82

De vrije softwarekeuze

Datum	Instantie	Partijen	Vindplaats	Pagina
06-10-1994	Gerecht van Eerste Aanleg	Tetra Pak / EC	Court reports 1994 Page II-00755	91
06-04-1995	Hof van Justitie	Radio Telefis Eireann / Europese Commissie	Juris. 1995 blz. I-00743	96
21-06-1996	Hoge Raad	Van Genk / De Wild	NJ 1997 / 327	76
26-06-1998	Hoge Raad	Van de Klundert / Rabobank	NJ 1998 / 660	82
05-10-1998	Nederlandse Mededingings- autoriteit	Vendex / KBB	Besluit NMa nr. 166	90
04-02-1999	Pres. Rb. Zwolle	SBW / Consor	KG 1999/113	77
11-06-1999	Hoge Raad	VHS / Pensioenfonds Akzo Nobel	NJ 1999/750	82
04-11-1999	Pres. Rb. Assen	Pooters / De Kooi	KG 1999/320	77
15-03-2000	Technische Kamer van Beroep	Philips / Europees Octrooibureau	OJ EPO 2000, p. 525.	54
14-06-2002	Hoge Raad	Bramer / Hofman & Colpro	NJ 2003/112	85
29-04-2004	Hof van Justitie	IMS Health / NDC Health	Juris. 2004 blz. I-05039	97, 98, 99
15-10-2004	Hoge Raad	GTI Zwolle / Zürich Verzekeringen	NJ 2005/141	81
25-05-2005	Vzr. Rb. Leeuwarden	Onderwijs Zwolle / Pendula & Hemmen	Computerrecht 2005, 42	64
14-10-2005	Hoge Raad	Delta Lloyd / Hartholt	NJ 2006/117	82
17-02-2006	Hoge Raad	Spector / Fotoshop 2000	NJ 2006/158	81