

## Europa

### Computerrecht 2017/4

Hof van Justitie van de Europese Unie 12 oktober 2016, nr. C-166/15

(Mrs. L. Bay Larsen, M. Vilaras, J. Malenovský, M. Safjan, D. Šváby; A-G H. Saugmandsgaard Oe)  
m.nt. H. Struik\*

NJB 2016/1947

RvdW 2016/1229

ECLI:EU:C:2016:762

ECLI:EU:C:2016:384

Ranks en Vasilevics

#### Relevante rechtsoverwegingen van het arrest:

##### Ten gronde

25 Met zijn twee vragen, die gezamenlijk moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 4, onder a) en c), en artikel 5, leden 1 en 2, van richtlijn 91/250 aldus moeten worden uitgelegd dat de verkrijger van een op een niet-originele fysieke drager vastgelegde kopie van een tweedehands computerprogramma, op basis van de regel inzake uitputting van het distributierecht van de rechthebbende, een dergelijke kopie mag doorverkopen wanneer de aan de eerste verkrijger geleverde originele fysieke drager van dat programma beschadigd is geraakt en die eerste verkrijger zijn exemplaar van die kopie heeft gewist of niet meer gebruikt.

26 Om te beginnen moet in herinnering worden geroepen dat volgens artikel 4, onder c), van die richtlijn de eerste verkoop in de Unie van een kopie van een programma door de rechthebbende of met diens toestemming leidt tot verval van het distributierecht voor die kopie in de Unie.

27 Blijkens die bepaling gelden er voor de uitputting van het distributierecht voor een kopie van een programma twee voorwaarden, namelijk dat de kopie in het verkeer is gebracht en meer in het bijzonder is verkocht door de rechthebbende of met diens toestemming, en dat de verhandeling ervan in de Unie heeft plaatsgevonden [zie naar analogie, wat betreft artikel 4 van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (PB 2001, L 167, blz. 10), arresten van 12 september 2006, Laserdisken, C-479/04, EU:C:2006:549, punt 21, en 22 januari 2015, Art & Allposters International, C-419/13, EU:C:2015:27, punt 31].

28 Het Hof heeft reeds geoordeeld dat onder de in die bepaling gebruikte term „verkoop”, die ruim moet worden uitgelegd, alle vormen van verhandeling van een kopie van een computerprogramma vallen waarbij voor onbeperkte tijd een gebruiksrecht voor die kopie wordt toegekend te-

gen betaling van een prijs waarmee de houder van het auteursrecht op dat programma een vergoeding moet kunnen krijgen die overeenstemt met de economische waarde van de kopie (zie in die zin arrest van 3 juli 2012, UsedSoft, C-128/11, EU:C:2012:407, punt 49).

29 Wanneer de auteursrechthebbende een kopie van zijn computerprogramma dat is vastgelegd op een fysieke drager, zoals diskettes, cd-roms of dvd-roms, voor het eerst in de Unie verhandelt, is ontegenzeggelijk sprake van eerste verkoop van die kopie in de zin van artikel 4, onder c), van richtlijn 91/250. Tevens moet worden aangenomen dat die verkoop, bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel in de verwijzingsbeslissing, gepaard gaat met een onbeperkte gebruikslicentie voor die kopie.

30 Uit het voorgaande volgt dat de auteursrechthebbende op een computerprogramma die in de Unie een kopie van dat programma op een fysieke drager, zoals een cd-rom of een dvd-rom, met een onbeperkte gebruikslicentie voor het programma heeft verkocht, op grond van artikel 4, onder c), van richtlijn 91/250 zich niet meer tegen de latere wederverkoop van die kopie door de eerste verkrijger of latere verkrijgers kan verzetten, ongeacht of contractuele bedingen latere overdracht verbieden (zie in die zin arrest van 3 juli 2012, UsedSoft, C-128/11, EU:C:2012:407, punt 77).

31 De gestelde vragen betreffen echter niet de wederverkoop van een op de originele fysieke drager vastgelegde kopie van een tweedehands computerprogramma door de eerste verkrijger daarvan, maar de wederverkoop van een op een niet-originele fysieke drager vastgelegde kopie van een tweedehands computerprogramma door een persoon die deze kopie heeft verkregen van de eerste verkrijger of een latere verkrijger.

32 Microsoft, de Italiaanse en de Poolse regering en de Europese Commissie betogen in hun opmerkingen dat de in artikel 4, onder c), van richtlijn 91/250 neergelegde regel inzake uitputting van het distributierecht slechts geldt voor de aan de eerste verkrijger verkochte originele fysieke drager (diskette, cd-rom of dvd-rom) waarop de door de rechthebbende of met diens toestemming in het verkeer gebrachte kopie van het computerprogramma is vastgelegd, dus niet voor een niet-originele fysieke drager van die kopie.

33 Dit betoog kan als zodanig niet worden aanvaard.

34 De uitputting van het distributierecht van artikel 4, onder c), van richtlijn 91/250 heeft immers betrekking op de kopie van het computerprogramma en de bijbehorende gebruikslicentie, en niet op de fysieke drager waarop die kopie eventueel voor het eerst in de Unie op de markt is gebracht door de auteursrechthebbende of met diens toestemming.

35 Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24, waarin het bepaalde in artikel 4, onder c), van richtlijn 91/250 is overgenomen, zonder nadere precisering naar de „verkoop [...] van een kopie van een programma” verwijst en dus geen onderscheid maakt op basis van de materiële of immateriële vorm van de betrokken kopie (zie in die zin arrest van 3 juli 2012, UsedSoft, C-128/11, EU:C:2012:407, punt 55).

\* Hendrik Struik is advocaat bij CMS te Utrecht.

36 Het Hof heeft hieruit met name afgeleid dat de uitputting van het distributierecht van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 intreedt na de eerste verkoop van een kopie van een computerprogramma in de Unie door de houder van het auteursrecht of met diens toestemming, ongeacht of de verkoop betrekking heeft op een materiële of immateriële kopie van dat programma (arrest van 3 juli 2012, *UsedSoft*, C-128/11, EU:C:2012:407, punten 55 en 61).

37 Aan de auteursrechthebbende op een computerprogramma komt op grond van artikel 4, onder a), van richtlijn 91/250 echter ook het exclusieve recht toe om een deel of het geheel van dat programma permanent of tijdelijk te reproduceren, ongeacht op welke wijze en in welke vorm, of om daarvoor toestemming te geven, onverminderd de in de artikelen 5 en 6 van die richtlijn neergelegde uitzonderingen.

38 De rechtmatige verkrijger van een door de rechthebbende of met diens toestemming in het verkeer gebrachte kopie van een computerprogramma kan dat programma op basis van de in artikel 4, onder c), van richtlijn 91/250 neergelegde regel inzake uitputting van het distributierecht dus tweedehands doorverkopen, mits die overdracht geen afbreuk doet aan het exclusieve reproductierecht van de rechthebbende ingevolge artikel 4, onder a), van die richtlijn en derhalve op voorwaarde dat het maken van een reproductie van het programma met toestemming van die rechthebbende plaatsvindt of onder de uitzonderingen van de artikelen 5 en 6 van die richtlijn valt.

39 Ranks en Vasilevičs en de Commissie stellen in hun opmerkingen dat de regel inzake uitputting van het distributierecht toestaat dat een op een niet-originele fysieke drager vastgelegde kopie van een computerprogramma wordt doorverkocht wanneer de originele fysieke drager beschadigd is geraakt, mits is voldaan aan de eisen die door het Hof zijn gesteld in zijn arrest van 3 juli 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407). Volgens deze eisen moet de eerste verkrijger van een op een originele fysieke drager vastgelegde kopie van een programma een onbeperkte gebruikslicentie voor dat programma hebben en de resterende eigen kopieën van dat programma op het moment van wederverkoop daarvan onbruikbaar maken. Het maken van een kopie van een computerprogramma op een niet-originele fysieke drager zou in dat geval zijn toegestaan op grond van de uitzonderingen op het exclusieve reproductierecht als genoemd in artikel 5, leden 1 en 2, van die richtlijn.

40 Dienaangaande moet in de eerste plaats in herinnering worden geroepen dat volgens artikel 5, lid 2, van richtlijn 91/250 het maken van een reservekopie door een rechtmatige gebruiker van een programma niet bij overeenkomst kan worden verhinderd indien die kopie voor het gebruik van het programma nodig is. Artikel 9, lid 1, van die richtlijn bepaalt dat elk contractueel beding dat strijdig is met artikel 5, lid 2, nietig is.

41 Zoals blijkt uit artikel 5, lid 2, van die richtlijn, gelden er voor het maken van een reservekopie van een computerprogramma dus twee voorwaarden. De kopie moet worden gemaakt door een rechtmatige gebruiker van het programma en moet nodig zijn voor het gebruik daarvan.

42 Deze bepaling, waarin een uitzondering is neergelegd op het exclusieve reproductierecht van de auteursrechthebbende op een computerprogramma, moet volgens vaste rechtspraak van het Hof eng worden uitgelegd (zie naar analogie arrest van 1 december 2011, *Painer*, C-145/10, EU:C:2011:798, punt 109).

43 Hieruit volgt dat een reservekopie van een computerprogramma slechts kan worden gemaakt en gebruikt om te voorzien in de behoeften van de rechtmatige gebruiker van dat programma en dat die gebruiker, ook al heeft hij de originele fysieke drager van het programma beschadigd, vernietigd of verloren, die kopie dus niet mag gebruiken om dat programma tweedehands door te verkopen aan een derde.

44 Zoals Microsoft en de Italiaanse en de Poolse regering in hun opmerkingen betogen, kan de rechtmatige verkrijger van een kopie van een computerprogramma met een onbeperkte gebruikslicentie die deze kopie wil doorverkopen, na uitputting van het distributierecht van de auteursrechthebbende ingevolge artikel 4, onder c), van richtlijn 91/250, de op grond van artikel 5, lid 2, van die richtlijn gemaakte reservekopie van dat programma dan ook niet zonder toestemming van die rechthebbende overdragen aan een nieuwe verkrijger op de grond dat hij de aan hem door de rechthebbende of met diens toestemming verkochte originele fysieke drager heeft beschadigd, vernietigd of verloren.

45 In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing weliswaar dat Ranks en Vasilevičs zich bezig hebben gehouden met de wederverkoop van kopieën van computerprogramma's die waren vastgelegd op niet-originele fysieke dragers, maar wordt daarin niet aangegeven of zij, als eerste verkrijgers van die programma's, de doorverkochte kopieën zelf hebben gemaakt, dan wel of deze kopieën zijn gemaakt door degenen van wie zij die hebben verkregen, ongeacht of die personen de eerste rechtmatige verkrijgers waren of niet.

46 Vastgesteld moet evenwel worden dat Ranks en Vasilevičs, ongeacht de omstandigheden waarin zij de door hen doorverkochte kopieën van de computerprogramma's hebben verkregen, onder het bepaalde in artikel 7, lid 1, onder a) en b), van richtlijn 91/250 vallen indien wordt aangetoond dat zij illegale kopieën van computerprogramma's in het verkeer hebben gebracht en voor commerciële doeleinden voorhanden hebben gehad.

47 Het staat echter uitsluitend aan de verwijzende rechter om, gelet op de door hem in kaart gebrachte feiten, voor elke door Ranks en Vasilevičs doorverkochte kopie van een computerprogramma te bepalen of er sprake is van een onrechtmatige kopie in de zin van artikel 7, lid 1, van die richtlijn, en om waar nodig daaruit consequenties te trekken.

48 In de tweede plaats moet in herinnering worden geroepen dat volgens artikel 5, lid 1, van richtlijn 91/250 voor het maken van een reproductie geen toestemming van de rechthebbende is vereist wanneer deze handeling voor de rechtmatige verkrijger noodzakelijk is om het programma te kunnen gebruiken voor het beoogde doel, tenzij bij overeenkomst uitdrukkelijk anders bepaald is.

49 Dienaangaande volgt uit de rechtspraak van het Hof dat wanneer een verkrijger van een kopie van een computerprogramma de zich op de website van de rechthebbende bevindende kopie koopt en downloadt, er sprake is van een op grond van artikel 5, lid 1, van die richtlijn toegestane reproductie, aangezien die reproductie noodzakelijk is om hem in staat te stellen dat programma voor het beoogde doel te gebruiken (zie in die zin arrest van 3 juli 2012, *UsedSoft*, C-128/11, EU:C:2012:407, punt 75).

50 Het Hof heeft voorts geoordeeld dat als de kopie van het door de eerste verkrijger via de website van de rechthebbende gekochte en gedownloade computerprogramma wordt doorverkocht, de nieuwe verkrijger van die kopie, die een rechtmatige verkrijger in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 91/250 is, overeenkomstig die bepaling tevens het recht heeft die kopie op zijn computer te downloaden, daar het bij die download gaat om een reproductie van dat programma die noodzakelijk is om hem in staat te stellen het programma voor het beoogde doel te gebruiken (zie in die zin arrest van 3 juli 2012, *UsedSoft*, C-128/11, EU:C:2012:407, punten 80 en 81).

51 Er dient echter op te worden gewezen dat de omstandigheden van het hoofdgeding verschillen van die welke aan de orde waren in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 3 juli 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407). Uit de aan het Hof overgelegde stukken blijkt immers dat Ranks en Vasiļevičs kopieën van computerprogramma's op niet-originele fysieke dragers hebben verkocht op het internet, en niets duidt erop dat zij die kopieën oorspronkelijk via de website van de rechthebbende hebben gekocht en gedownload.

52 Toch zijn de situatie van de rechtmatige verkrijger van een kopie van een computerprogramma die is vastgelegd op een beschadigd geraakte, vernietigde of verloren gegane fysieke drager, en die van de rechtmatige verkrijger van een via het internet gekochte en gedownloade kopie van een computerprogramma vergelijkbaar wat de regel inzake uitputting van het distributierecht en het exclusieve reproductierecht van de rechthebbende betreft.

53 Aan de rechtmatige verkrijger van een kopie van een computerprogramma die voor dat programma een onbeperkte gebruikslicentie heeft, maar niet meer beschikt over de originele fysieke drager waarop die kopie hem oorspronkelijk werd geleverd, omdat hij die fysieke drager heeft vernietigd, beschadigd of verloren, kan niet reeds op grond daarvan de mogelijkheid worden ontzegd om die kopie tweedehands door te verkopen aan een derde, aangezien dit het verval van het distributierecht als bedoeld in artikel 4, onder c), van richtlijn 91/250 zijn nuttig effect zou ontnemen (zie in die zin arrest van 3 juli 2012, *UsedSoft*, C-128/11, EU:C:2012:407, punt 83).

54 Zoals Microsoft in haar schriftelijke antwoord op de vragen van het Hof heeft erkend, moet de rechtmatige verkrijger van een onbeperkte gebruikslicentie voor een kopie van een tweedehands computerprogramma dan ook dat programma kunnen downloaden vanaf de website van de houder van het auteursrecht. Die download is immers een reproductie van een computerprogramma die noodzakelijk is om hem in staat te stellen dat programma voor het beoog-

de doel te gebruiken, zoals het Hof heeft overwogen in het arrest van 3 juli 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, punt 85).

55 Er zij echter aan herinnerd dat de eerste verkrijger van een kopie van een computerprogramma waarvoor het distributierecht van de auteursrechthebbende op grond van artikel 4, onder c), van richtlijn 91/250 is uitgeput, wanneer hij die kopie tweedehands doorverkoopt, alle in zijn bezit zijnde kopieën op het moment van wederverkoop onbruikbaar moet maken om geen inbreuk te maken op het in artikel 4, onder a), van die richtlijn bedoelde exclusieve recht van die rechthebbende om zijn computerprogramma te reproduceren (zie naar analogie arrest van 3 juli 2012, *UsedSoft*, C-128/11, EU:C:2012:407, punten 70 en 78).

56 Hieraan moet worden toegevoegd dat het aan de verkrijger van een onbeperkte gebruikslicentie voor een kopie van een tweedehands computerprogramma die met een beroep op de regel inzake uitputting van het distributierecht vanaf de website van de rechthebbende een kopie van dat programma op zijn computer downloadt, staat om met alle bewijsmiddelen aan te tonen dat hij die licentie rechtmatig heeft verkregen.

57 Gelet op al het voorgaande moeten artikel 4, onder a) en c), en artikel 5, leden 1 en 2, van richtlijn 91/250 aldus worden uitgelegd dat de eerste verkrijger van een kopie van een computerprogramma met een onbeperkte gebruikslicentie weliswaar het recht heeft om die kopie en de bijbehorende licentie tweedehands door te verkopen aan een nieuwe verkrijger, maar dat, als de originele fysieke drager van de hem oorspronkelijk geleverde kopie beschadigd raakt, wordt vernietigd of verloren gaat, hij zijn reservekopie van dat programma niet aan die nieuwe verkrijger mag verschaffen zonder toestemming van de rechthebbende. [...]

Het Hof (Derde kamer) verklaart voor recht:

**Artikel 4, onder a) en c), en artikel 5, leden 1 en 2, van richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's moeten aldus worden uitgelegd dat de eerste verkrijger van een kopie van een computerprogramma met een onbeperkte gebruikslicentie weliswaar het recht heeft om die kopie en de bijbehorende licentie tweedehands door te verkopen aan een nieuwe verkrijger, maar dat, als de originele fysieke drager van de hem oorspronkelijk geleverde kopie beschadigd raakt, wordt vernietigd of verloren gaat, hij zijn reservekopie van dat programma niet aan die nieuwe verkrijger mag verschaffen zonder toestemming van de rechthebbende.**

#### Noot

1. Dit arrest is niet zozeer interessant vanwege de erin gegeven beslissing als wel vanwege het feit dat dit de eerste beslissing van het HvJ EU is sedert het geruchtmakende *UsedSoft*-arrest<sup>1</sup> over uitputting van het auteursrecht

<sup>1</sup> HvJ EU 3 juli 2012, C-128/11, NJ 2013/118 m.nt. P.B. Hugenholtz (*UsedSoft/Oracle*).

onder de Softwarerichtlijn (SWRL).<sup>2</sup> De ‘Luxemburg-vorser’ op het terrein van het software-auteursrecht mocht de hoop koesteren in dit *Ranks*-arrest enige verduidelijking te vinden van dat op een aantal onderdelen moeilijk in het auteursrecht in te passen *UsedSoft*-arrest.<sup>3</sup> Maar ofschoon het Hof in *Ranks* maar liefst elf keer verwijst naar *UsedSoft*, valt de verduidelijking tegen, en ontstaat ook nieuwe verwarring. Van de elf rechters die in 2012 het *UsedSoft*-arrest wezen, maakte er overigens maar één deel uit van de vijf die het *Ranks*-arrest hebben gewezen.

2. Het arrest gaat over het doorverkopen van kopieën van software van Microsoft, naar aanleiding van een prejudiciële vraag van de rechtbank te Riga, Letland. Om in wat kortere zinnen over deze materie te kunnen spreken zal ik in deze noot de actoren in de opeenvolgende transacties als volgt aanduiden: er is een (auteurs-)rechthebbende die een kopie van de software middels *verkrijging 1* verschaft aan *verkrijger 1*, die vervolgens een kopie van de software middels *verkrijging 2* verschaft aan *verkrijger 2* (waarbij nog volgende *verkrijgingen 3, 4* enz. denkbaar zijn aan evenzovele *verkrijgers 3, 4* enz.).

3. De materiële boodschap van het arrest is niet verrassend.<sup>4</sup> Die komt er, kort gezegd, op neer dat de uitputting van het distributierecht die optreedt bij *verkrijging 1* van een kopie van een computerprogramma, zich niet uitstrekt tot een daarvan gemaakte reserve kopie als de originele drager van de oorspronkelijk aan *verkrijger 1* geleverde kopie is beschadigd, vernietigd of verloren gegaan: doorlevering van die reservekopie blijft onderworpen aan toestemming van de rechthebbende. De reden daarvoor vindt men vermoedelijk in punt 43 van het arrest: het recht om een reservekopie te maken is gegeven t.b.v. *gebruik* door de rechtmatige *verkrijger*, en niet voor doorlevering van die kopie aan een derde. Het Hof bewandelt in het arrest een nogal lange (en hier en daar voor mij onbegrijpelijk kronkelende) weg om tot deze beslissing te komen. Het had m.i. eenvoudig kunnen overwegen dat een reservekopie niet middels ‘eerste verkoop’ in het verkeer gebracht is en dat mitsdien, blijkens de tekst van art. 4.c WSRL,<sup>5</sup> de uitputting daarvoor niet geldt.

4. De motivering is opgebouwd uit een tiental overwegingen over het distributierecht (punt 26-36) en vervolgens twintig waarin ook het reproductierecht in de beoordeling wordt betrokken (punt 37-56). Misschien vond het Hof dit laatste nodig omdat de verwijzende rechter het-

zelfde had gedaan in de prejudiciële vragen (zie punt 17). Overigens valt op dat het door het Hof gegeven antwoord niet geheel aansluit op de vraag, ook niet in de door het Hof zelf (in pt. 25) geherformuleerde bewoordingen. De vraag was namelijk, of de artikelen 4 sub a) en c) en 5.1 en 5.1 SWRL<sup>6</sup> toelaten dat *verkrijger 2* een verkregen reservekopie doorverkoopt indien de originele kopie van *verkrijger 1* is beschadigd en door deze gewist c.q. buiten gebruik gesteld. In zijn antwoord oordeelt het Hof echter dat *verkrijger 1* zijn reservekopie niet zonder toestemming mag doorverkopen aan een nieuwe *verkrijger* (*verkrijger 2*).<sup>7</sup> Daaruit volgt weliswaar dat diezelfde kopie (omdat geen uitputting was opgetreden) ook door *verkrijger 2* niet zonder toestemming mag worden doorverkoocht, maar waarom het Hof *dat* niet met zoveel woorden zegt terwijl dit wel het onderwerp van de vraag was, blijft onduidelijk. Temeer, nu het Hof in pt. 31 nog uitdrukkelijk overwoog dat de gestelde vragen zagen op het doorverkopen van een kopie “...door een persoon die deze kopie heeft verkregen van de eerste *verkrijger* of een latere *verkrijger*” (dus: door *verkrijger 2* of een ‘*verkrijger 3* of hoger’).

5. In de Nederlandse versie van het arrest wordt voortdurend de term ‘tweedehands’ gehanteerd. Die term is verwarrend en, naar het lijkt (als men bijv. kijkt naar de Engelse of Duitse versies van het arrest), niet in overeenstemming met wat het Hof precies heeft gezegd. Herhaaldelijk wordt gesproken van een “kopie van een tweedehands computerprogramma”.<sup>8</sup> Wat is een tweedehands computerprogramma? De term suggereert (ten onrechte) dat een bepaald programma *als zodanig* ‘tweedehands’ geworden zou zijn. Blijkens de Engelse tekst gaat het echter in al die passages om “...the used copy of a computer program.” Bovendien: wanneer men in het Nederlands spreekt over het *verkopen* van (bijv.) een tweedehands fiets, suggereert dit, dat de verkoper zelf al (minstens) de tweede eigenaar is, oftewel *verkrijger 2*; in het arrest is echter op een aantal plaatsen juist de verkoop door *verkrijger 1* aan de orde,<sup>9</sup> en die verkoopt mijns inziens niet een ‘tweedehands’ exemplaar van de programmatuur maar het exemplaar dat hij zelf ‘nieuw’ van (of met toestemming van) de rechthebbende verkreeg. Ook spreekt de Nederlandse tekst van het arrest herhaaldelijk over “tweedehands doorverkopen”.<sup>10</sup> Nu lijkt ‘tweedehands doorverkopen’ sowieso al dubbelop (tautologie). De Engelse tekst spreekt op al deze plaatsen dan ook slechts van “resell”; in de Duitse tekst treft men hiervoor meestal “gebraucht weiterverkaufen” aan. Wie met dit arrest echt iets moet en (net als uw annotator) de Letse taal niet machtig is, beveel ik aan de Engelse tekst te gebruiken.<sup>11</sup>

2 Thans Richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *PbEU* 2009, L 111, p. 16-22. Het HvJ EU verbindt zijn uitleg echter aan de vorige versie van die richtlijn (Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991, *PbEG* 1991, L 122, p. 42), omdat de feiten waarop de vragen van uitleg betrekking hadden zich vóór de inwerkingtreding van de huidige Softwarerichtlijn hadden voorgedaan.

3 Vgl. H. Struik, ‘Past de *UsedSoft*-constructie ook in de Auteursrecht-richtlijn?’, in: *Ami* 2014/2, p. 47 e.v. Zeer kritisch is A.A. Quaadvlieg, ‘*UsedSoft*: digitale uitputting tot elke prijs’, in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht* (Serie Onderneming en Recht deel 81-II), Deventer: Kluwer 2014, tevens *IEF* 13987.

4 Vgl. Struik/Van Schelven/Hoorneman, *Software-recht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 5.6.

5 Volgens de nummering in de oude versie, Richtlijn 91/250/EEG. In de huidige versie (Richtlijn 2009/24/EG) is dit art. 4.2 SWRL.

6 In de huidige versie de artikelen 4.1 sub a), art. 4.2 en 5.1 en 5.2 SWRL.

7 Namelijk (pt. 57, laatste zinsnede) dat “...hij zijn reservekopie” niet aan “...die nieuwe *verkrijger*” mag doorverkopen, waarbij het woord “hij” verwijst naar de eerder in dezelfde zin genoemde “...eerste *verkrijger* van een kopie van een computerprogramma met een onbeperkte gebruikslicentie”.

8 Arrest, pt. 23, 25, 31 en 54.

9 Arrest, pt. 31 en vermoedelijk ook pt. 54.

10 Arrest, pt. 38, 43, 53, 55 en 57.

11 Zie: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-166/15>, waar ook de Engelse versie beschikbaar is.

6. Het meest verontrustend vind ik in het *Ranks*-arrest de rol die het Hof, voor het aannemen van uitputting van het distributierecht, lijkt toe te kennen aan de vraag of een rechtmatige verkrijger (verkrijger 2 e.v.), behalve de kopie van de programmatuur, ook het *licentie-recht van zijn voorganger* kreeg overgedragen. Een dergelijke eis volgt niet uit de *Softwarerichtlijn*, en ook niet uit het *UsedSoft*-arrest. In *UsedSoft* was immers aan de orde het gebruiksrecht dat verkrijger 1 van de rechthebbende had verworven, nl. als een factor om te bepalen of verkrijging 1 kan worden beschouwd als 'eerste verkoop' in de zin van de uitputtingsbepaling in de *Softwarerichtlijn* (*UsedSoft* punt 38).<sup>12</sup> Dat gebruiksrecht moet volgens het Hof worden beoordeeld als 'een ondeelbaar geheel' met de verwerving, door verkrijger 1, van zijn kopie van de programmatuur: als dat geheel strekt tot, kort gezegd, duurzaam gebruik van het programma tegen een vergoeding die de economische waarde reflecteert (*UsedSoft* punt 45), is sprake van eigendomsovergang aan verkrijger 1, en dus van 'verkoop', en mitsdien van uitputting (*UsedSoft* punt 42-48). De auteursrechtelijke legitimatie van reproductiehandelingen door verkrijger 2 baseerde het hof in *UsedSoft* uitsluitend, zowel voor het downloaden (*UsedSoft* punt 75) als voor het gebruik (*UsedSoft* punt 76) van het programma, op de beperking van het reproductierecht van art. 5.1 (reproductie t.b.v. gebruik voor beoogde doel) en punt 13 van de considerans van de *Softwarerichtlijn* – en dus niet op een met de kopie van de software 'meegeleverd gebruiksrecht' of zoiets. En terecht: de opvolgende rechtmatige verkrijger van een 'uitgeput' exemplaar ontleent zijn gebruiksbevoegdheid (of beter gezegd: gebruiks-vrijheid) immers rechtstreeks aan de Richtlijn, die hiertoe een auteursrechtelijke beperking heeft gecreëerd,<sup>13</sup> en dus niet aan enig aan hem 'doorgegeven' verleend gebruiks- of licentierecht.<sup>14</sup>

7. In het *Ranks*-arrest wordt, lijkt het, de rede-neervolgorde t.a.v. de licentieverlening omgedraaid. In *UsedSoft* was immers, zoals gezegd, de aard van de licentie van verkrijger 1 een argument om verkrijging 1 als 'verkoop' te kwalificeren. In *Ranks* wordt echter gezegd (punt 29): "Wanneer een auteursrechthebbende een kopie van zijn computerprogramma dat is vastgelegd op een fysieke drager (...) verhandelt, is ontegenzeggelijk sprake van eerste verkoop (...). Tevens moet worden aangenomen dat die verkoop, bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel

(...), gepaard gaat met een onbeperkte gebruikslicentie voor die kopie." Hier lijkt te staan: verhandelen van software *impliceert* (altijd) verstrekking van een 'onbeperkte' gebruikslicentie, behoudens bewijs van het tegendeel – wat een volstrekt ongefundeerde (en ook niet gemotiveerde) generalisatie zou zijn. Wellicht moet de overweging echter worden begrepen door de nadruk te leggen op de woorden "op een fysieke drager": de gedachte zou dan zijn, dat het verhandelen (tegen een prijs) van een roerende zaak, een 'verkoop' veronderstelt *in de zin* zoals geconstrueerd in *UsedSoft*, d.w.z. een verhandeling waarbij immers verlening aan de orde was van een niet in de tijd beperkt gebruiksrecht tegen een vergoeding conform de economische waarde. Maar dat staat er allemaal niet. En misleidend vind ik in ieder geval de geciteerde woorden "bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel". Daarmee suggereert het Hof m.i. ten onrechte alsof de bewijslast, dat het eerste 'verhandelen' *geen verkoop* was (en er dus *geen uitputting* is opgetreden) bij de rechthebbende zou liggen. Maar in *UsedSoft* (punt 88) oordeelde het Hof slechts dat een *beroep* op uitputting kan worden gedaan *indien* ("ingeval") verkrijger 2 zijn kopie verwierf op basis van een licentie die "...aanvankelijk aan de eerste verkrijger door die rechthebbende zonder beperking in de tijd was toegekend tegen betaling van een prijs waarmee deze laatste een met de economische waarde van die kopie van zijn werk overeenstemmende vergoeding moest kunnen ontvangen..." Hieruit volgt dat de verkrijger die zich op uitputting wil beroepen, deze elementen die dat beroep ondersteunen zal moeten stellen en bij betwisting (in beginsel) bewijzen. Verderop in het *Ranks*-arrest oordeelt het Hof overigens wel dat de bewijslast bij de verkrijger ligt, maar dan in de context van een verkrijger 2 die zich beroept op uitputting om een kopie te downloaden van de website van de rechthebbende nadat hem de "onbeperkte gebruikslicentie" voor die programmatuur is doorverkocht: die zal moeten aantonen dat hij die licentie "rechtmatig heeft verkregen".

8. Wat precies de handelwijze was geweest van de in Letland strafrechtelijk vervolgde *Ranks* en *Vasilevics* wordt uit het arrest niet duidelijk; misschien is dat ook de reden dat het Hof meer behandelt dan voor de enkele reservekopie-casus nodig zou zijn. Uit de gestelde vragen kan wel worden afgeleid (punt 17) dat het ging om doorverkoop van Microsoft programmatuur op "niet-originele" cd-roms. Volgens Microsoft en o.a. de Europese Commissie kon de zaak reeds daarop worden afgedaan: zij stelden dat uitputting slechts geldt voor "...de aan de eerste verkrijger verkochte originele fysieke drager..." (punt 32). Dat betoogt verwerpt het Hof, waartoe het overweegt dat de uitputting volgens de *Softwarerichtlijn* "immers" geen betrekking heeft op de fysieke drager, maar (met mijn cursivering) "...op de kopie van het computerprogramma en", voegt het Hof eraan toe, "de bijbehorende gebruikslicentie". In haar (te) brede formulering lijkt mij die overweging verwarrend: verkrijging van de fysieke drager alleen kan immers wel degelijk voldoende zijn voor een beroep op uitputting, en het tevens verkrijgen van een 'bijbehorend gebruiks-

12 Weliswaar sprak het Hof in *UsedSoft* óók over het (door *UsedSoft*) "doorverkochte" gebruiksrecht van verkrijger 1 (*UsedSoft* pt. 84-85), maar dat hield verband met de feitelijke casus van die zaak waar het ging om 'doorverkoop' van initieel *via internet gedownloade* programmatuur, waarbij verkrijger 2 (of 3, als men *UsedSoft* zelf ook meetelt) bij de transactie nog niet een kopie van de programmatuur maar wel het licentierecht overgedragen kreeg: die overdracht, immers "ondeelbaar geheel" met de verkrijging van de kopie, legitimeerde dat gebruiker 2 vervolgens de kopie van de programmatuur verwierf door die zelf te downloaden. Dat hij dat *auteursrechtelijk* mocht doen, berustte echter uitsluitend op art. 5.1 SWRI. en niet op een hem overgedragen licentie.

13 In Nederland geïmplementeerd in art. 45j Aw.

14 Daarom is het ook onjuist om de gebruiksbevoegdheid van art. 5.1 SWRI resp. art. 45j Aw aan te duiden als een 'wettelijke licentie'; vgl. Struik/Van Schelven/Hoorneman, *Softwarerecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 7.9 (p. 166).

recht' is op zichzelf geen eis voor een beroep op uitputting: daarvoor is alleen beslissend, of een 'eerste verkoop' van de bewuste kopie heeft plaatsgehad (zie hierboven punt 6). Het Hof heeft hier echter mogelijk gedacht aan een situatie dat de door Ranks en Vasilevics (à la UsedSoft) aangeboden 'gebruikte' licentierechten de mogelijkheid inhielden dat de verkrijger de programmatuur kon downloaden van de Microsoft website. In dat geval verkrijgt deze zijn kopie inderdaad niet op een 'originele fysieke drager' maar is er wel, zo leert *UsedSoft*, uitputting. In diezelfde lijn wellicht punt 53: zelfs indien verkrijger 1 zijn originele *drager* heeft vernietigd, beschadigd of verloren, kan hij nog steeds wel zijn *kopie* doorverkopen. Direct daarop volgt overigens weer een overweging die door haar formulering vragen oproept. In punt 54 overweegt het Hof, dat de rechtmatige verkrijger van een onbeperkte gebruikslicentie dan ook dat programma *moet kunnen downloaden* van de website van de rechthebbende. Hoezo *moet*? Bedoelt het Hof hier dat, *indien* de rechthebbende die mogelijkheid biedt via zijn website, het dan 'auteursrechtelijk moet kunnen' (lees: moet mogen)? Of is bedoeld dat, ook indien de rechthebbende die mogelijkheid *niet* biedt, hij verkrijgers alsnog in staat moet stellen om te kunnen downloaden vanaf zijn site? Als dit laatste het geval is, en een dergelijke verplichting dus kennelijk zou worden gezien als onderdeel van het auteursrecht, zou zij m.i. geheel onverenigbaar zijn met het systeem van het auteursrecht als een bundel van (verbods-)bevoegdheden; die bevoegdheden kennen grenzen (zoals de uitputting, die het distributierecht 'begrenst'), maar kunnen naar hun aard niet een verplichting tot actief handelen omvatten. Iets anders is, dat de overgegangene rechten uit een licentieovereenkomst een dergelijke aanspraak zouden kunnen bieden – maar daaromtrent stond in het arrest *Ranks* niets vast.

H. Struik