

Nebula in het licht van Oracle vs. UsedSoft

Softwarelicenties in faillissement nader beschouwd

Hendrik Struik¹

De bevoegdheid van de faillissementscurator om met een beroep op 'Nebula' vóór de faillietverklaring gesloten overeenkomsten te negeren, gaat ten aanzien van verleende softwarelicenties aanzienlijk minder ver dan ten aanzien van gebruikscontracten met betrekking tot onroerende zaken als waarop het *Nebula*-arrest betrekking had. Waarom dat zo is, wordt duidelijk aan de hand van de recente uitspraken van het HvJ EU inzake *Oracle vs. UsedSoft* en *Premier League*: de eigen aard van het intellectuele eigendomsrecht stelt namelijk, anders dan bij het gewone eigendomsrecht, grenzen aan de mogelijkheid om daarmee het onderste uit de kan te halen.

Het *Nebula*-arrest van de Hoge Raad uit 2006² heeft in intellectuele-eigendomsrechtkringen opschudding teweeg gebracht.³ Dat is in zoverre merkwaardig, dat de Hoge Raad zijn beslissing (namelijk dat de faillissementscurator vóór het faillissement verleende contractuele rechten op een onroerende zaak kan negeren) niet betreft op rechten van intellectuele eigendom (IE) of licentierechten. Het is echter de conclusie van de advocaat-generaal Huydecoper geweest die van meet af aan het in de *Nebula*-casus centraal staande gebruiksrecht van een onroerende zaak heeft gelijkgesteld met de licentie onder een intellectueel eigendomsrecht.⁴ In hoeverre die gelijkstelling opgaat voor softwarelicenties, in het licht van recente rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU, is het onderwerp van dit artikel.⁵

Nebula-arrest

In deze zaak streed de faillissementscurator van Nebula BV tegen twee verweerders over de vraag of verweerders gehouden waren tot ontruiming van een pand waarvan Nebula eigenaar was en dat verweerders gebruikten, op basis van een bestaand contract met Nebula waarbij (aan een van hen) de 'economische eigendom' van het pand was verstrekt. Als deze verweerders ook na faillissement hun contractuele gebruiksrecht zouden kunnen blijven uitoefenen, zouden de faillissementscrediteuren daarvan nadeel ondervinden omdat de curator het pand dan niet (of slechts met veel minder opbrengst) te gelde kon maken. De Hoge Raad stelt vast dat het hier in feite gaat om strijd tussen twee regels van faillissementsrecht, namelijk 1. dat het faillissement van één van partijen bestaande overeenkomsten op zichzelf niet aantast en 2. dat geen (gewone) schuldeiser boven de andere bevoorreed mag worden (voortvloeiend uit het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers ofwel *paritas creditorum*). De Hoge Raad koos ten gunste van de *paritas creditorum*, en overwoog als volgt (r.o. 3.5):

'Indien de wederpartij van de gefailleerde van de curator zou kunnen verlangen dat deze het voortgezet gebruik van de desbetreffende zaak duldt, zou deze wederpartij immers in feite bevoegd zijn het faillissement in zoverre te negeren. Voor dat laatste is echter slechts plaats in uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde, gevallen. Bovendien zou door aanvaarding van een zodanige regel een goed beheer ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de tot de boedel behorende zaken ten aanzien waarvan langlopende overeenkomsten bestaan, in ernstige mate worden bemoeilijkt (vergelijk HR 22 december 1989, nr. 13721, NJ 1990/661)'.

De andere regel, dat een faillissement van een partij het *bestaan* van een overeenkomst niet aantast, laat de HR in naam in stand maar van *uitoefening* van de rechten uit zo'n overeenkomst kan geen sprake zijn als dat ingaat tegen de *paritas* (r.o. 3.5):

'Het feit dat het (voort)bestaan van een wederkerige overeenkomst niet wordt beïnvloed door het faillissement van een van de contractanten, betekent echter niet dat de schuldeiser van een duurovereenkomst wiens wederpartij failliet wordt verklaard, de rechten uit die overeenkomst kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement ware. Een andere opvatting zou immers ertoe leiden dat het aan de Faillissementswet mede ten grondslag liggende, onder meer in de artikelen 26 en 108 e.v. F. tot uiting komende, beginsel van gelijkheid van schuldeisers op onaantvaardbare wijze zou worden doorbroken'.

Meerwaarde-potentieel

Dus het contractuele gebruiksrecht van verweerders moest wijken voor het belang van de curator om een eigendomsrecht in de boedel van het failliete Nebula ten behoeve van

alle schuldeisers zo gunstig mogelijk te gelde te kunnen maken. Die eigendom rustte in dat geval op een onroerende zaak, en de opbrengst zou evident hoger zijn als dat pand leeg kon worden verkocht dan wanneer de curator (c.q. de koper) aanspraken van contractuele gebruiksge-rechtigden zouden moeten respecteren, want dat zou de waarde gedrukt hebben, met als gevolg minder opbrengst in de boedel, dat wil zeggen nadeel voor de schuldeisers in het faillissement. De omstandigheid dat met een object in de boedel naar verwachting⁶ door het niet-respecteren van contractuele aanspraken meer waarde voor schuldeisers gerealiseerd zal kunnen worden, noem ik hierna het 'meer-waarde-potentieel' van dat object.

Faillissementsrechtelijk is niet het voordeel voor de één relevant, maar het nadeel voor de anderen c.q. de boedel

Dit meerwaarde-potentieel is volgens mij in de benadering van de Hoge Raad in het Nebula-arrest een voorwaarde voor het terzijde stellen van de bestaande contractuele gebruiksanspraken of, zuiverder gezegd: voor het 'niet-uitoefenbaar' verklaren ervan. Ik leid dat af uit het doorslaggevend belang dat de Hoge Raad toekent aan het beginsel van de 'paritas creditorum'. Soms omschrijft men dit beginsel als de regel dat geen schuldeiser boven de andere mag worden bevoordeeld,⁷ maar dat is minder juist. Want faillissementsrechtelijk is niet het voordeel voor de één relevant, maar het nadeel voor de anderen c.q. de boedel: waar de schuldeisers geen

enkel nadeel ondervinden, is ook geen (relevante) doorbreking van de 'paritas' – en dus geen reden de voortgezette rechtsuitoefening door die ene te verbieden. Dit volgt uit de bedoeling van de rechtsregel van gelijkheid van schuldeisers.⁸

Deze voorwaarde volgt ook al uit de algemene regel 'geen belang, geen actie':⁹ als het voor de andere schuldeisers geen enkel verschil oplevert (of kán opleveren) of de contractueel gerechtigde na faillissement wel of niet voortgaat zijn rechten uit te oefenen, komt de curator geen actie toe om die contractuele rechten als jegens de boedel niet-uitoefenbaar te laten bestempelen.

Verbiedbaarheid

Het nieuwe van het Nebula-arrest was, dat de curator een bestaand contract niet alleen kan negeren als de failliet zich verbonden had iets te *doen* of te *geven*, maar ook als de failliet zich alleen maar verbonden had iets te *dulden*. In de Nebula casus was dat: dulden dat de contractueel gerechtigden gebruik bleven maken van het pand waarvan de eigendom toekwam aan de boedel. 'Dulden' betekent dan: dat eigendomsrecht niet invoeren om dat gebruik te (laten) verbieden – waartoe dat eigendomsrecht, als zogeheten absoluut vermogensrecht, op zichzelf wel de bevoegdheid omvat. Dat verbodsrecht is een essentieel element van het 'dulden': men kan rechtens alleen maar van 'dulden' spreken als de dulder ook de bevoegdheid heeft het gedulde gedrag te verbieden. Als ik toelaat dat mijn buurman in mijn tuin zit kan ik zeggen: dat duld ik; maar om te zeggen dat ik duld dat hij in zijn eigen tuin zit, is onzinnig. De mogelijkheid om het gedrag dat men duldt ook te verbieden, zal ik hierna ook 'verbiedbaarheid' noemen.

Deze 'verbiedbaarheid' is ook een essentieel element van het hiervoor bedoelde meerwaarde-potentieel: de curator zal uit een tot de boedel behorend object alleen maar een meerwaarde kunnen realiseren als hij beschikt over de bevoegdheid om de handelingen, die de contractueel gerechtigde blijft verrichten op grond van zijn con-

Auteur

1. Mr. H. Struik is advocaat te Utrecht bij CMS.

Noten

2. HR 3 november 2006, L/N AX8838; NJ 2007/155 m.n. P. Van Schilfgaarde; JOR 2007/76 m.n. S.C.J.J. Kortmann en S.E. Bartels.

3. En zelfs enige ontreding. Zie de sprekende ondertitel *Schuifelen tussen de scherven* van Dick van Engelen's 'Licenties in faillissement na het Nebula-arrest' in IER 2009/75 (p. 299-308). Zie over het arrest ook G.A.J. Boekraad, 'Het recht op wanprestatie van de faillissementscurator. Naar aanleiding van het Nebula-arrest', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2007, p. 46-53.

4. Hij plaatst, vooral in het centrale deel van zijn betoog (conclusie § 19 e.v. en voetnoot 13 e.v.), stelselmatig de 'huurder of licentie-nemer' naast elkaar, vermoedelijk vanuit de

gedachte dat ook de licentie, net als huur, valt onder het door de Hoge Raad (r.o. 3.5) gehanteerde begrip 'duurovereenkomst'.

Dat juist deze advocaat-generaal oog had voor de vergelijkbare trekken van die beide rechtsfiguren was overigens geen toeval, nu zowel het huurrecht als het IE-recht behorenden tot zijn (bijzonder vruchtbare) juridische werkerrein – en verklaart ongetwijfeld mede dat dit arrest in 'IE-land' nogal veel aandacht heeft gekregen.

5. Voor een meer algemene beschouwing van softwarelicenties bij faillissement van de licentiegever, zie H. Struik, 'Softwarelicenties in faillissement', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2002, p. 280 e.v. In dat artikel ook aandacht voor de varianten en de gevolgen van (in de praktijk veel voorkomende) clausules, strekkend tot het eindigen van de licentieovereenkomst in geval van faillissement, hetzij van rechtswege hetzij door opzegging. In dit artikel laat ik

de beëindiging van de licentie buiten beschouwing, want in de 'Nebula-situatie' gaat het ook niet om beëindiging van de licentieovereenkomst: volgens de constructie van de Hoge Raad blijft die immers juist in stand, maar wordt zij alleen (door de curator) *genegeerd*.

6. De beslissing of een bestaand contractueel recht waarde-drukkend is (en dus niet uitgeoefend mag worden) zal bijna altijd berusten op een oordeel over de *kans* op het realiseren van meer waarde voor schuldeisers (vandaar dat ik spreek van *meerwaarde-potentieel*); of dat uiteindelijk ook lukt, zal dikwijls pas achteraf blijken.

7. In die trant conclusie Huydecoper (voetnoot 13), waar hij opmerkt dat nakoming jegens één crediteur deze 'bevoordeelt boven de overige crediteuren'.

8. De paritas vindt haar grondslag in art. 3:277 lid 1 BW, en wordt daar omschreven als het gelijke recht van schuldeisers om te

worden *voldaan* uit de goederen van de schuldenaar. Omstandigheden die niet raken aan die *voldoening*, kunnen dan ook de paritas niet verstoren. Ik versta overigens ook de gedachtegang van advocaat-generaal Huydecoper in deze zin. Hij omschrijft namelijk de niet-wenselijke inbreuk op de 'paritas' als het geval dat die ene schuldeiser *ten laste van de boedel* een prestatie geniet welke hem bevoordeelt boven de andere crediteuren (conclusie § 19 en voetnoot 13). Ook wijst hij erop (voetnoot 13) dat de voortgezette uitvoering van de overeenkomst voor de boedel *niet altijd nadelig hoeft te zijn*, en dat zich dan het dilemma tussen de 'paritas' enerzijds en voortbestaande contractuele rechten anderzijds niet zal voordoen (met andere woorden: als er geen nadeel is, is ook het opzij zetten van de contractuele gebruiksrechten niet aan de orde).

9. Art. 3:303 BW.



© Getty Images

tract met gefailleerde, te verbieden. Want pas dan kan hij hetzij het verdere gebruik verbieden en het object 'onbelast' te gelde maken, hetzij onder dreiging van een verbodsvordering een vergoeding voor voortgezet gebruik bedingen van die gebruiker.

Om op dat verbodsrecht een beroep te kunnen doen is wel nodig dat de handelingen van de contractueel gerechtigde inderdaad 'vallen' onder dat verbodsrecht. Het is juist op dit punt dat er belangrijke verschillen zijn tussen het eigendomsrecht op *zaken* die aan de boedel toebehoren enerzijds (daarover ging het *Nebula*-arrest), en rechten van *intellectuele eigendom* anderzijds. Want waar de eigendom van een zaak het recht geeft om elk gebruik,

elke 'storing' of elke bemoeienis door anderen in de ruimste zin des woords te doen verbieden,¹⁰ geeft intellectuele eigendom alleen het recht op te treden tegen handelingen die blijkens de betreffende IE-wet als inbreuk op het betreffende IE-recht zijn omschreven.

Grenzen aan verbiedbaarheid

Intellectuele eigendomsrechten zijn anders van aard dan het 'gewone' eigendomsrecht. IE-rechten beogen vooral, kort gezegd, marktgedrag: enerzijds stimuleren door beloning met een tijdelijk monopolie, en anderzijds reguleren van de mededingingseffecten die daarvan het gevolg zijn. IE-rechten heten, net als eigendom, *absolute rechten* te

Het Hof van Justitie van de EU is al circa veertig jaar bezig grenzen voor IE-rechten te trekken met een beroep op het specifieke voorwerp van het betrokken IE-recht

zijn, die tegen iedere derde uitgeoefend kunnen worden. Vanwege dat vergaande effect op vrij verkeer van goederen en mededinging, genieten IE-rechten en de daaraan te stellen beperkingen dan ook ruime aandacht van de EU-regelgevers en -rechters.

Een beperking die voor bijna alle intellectuele eigendomsrechten geldt is de zogeheten *uitputting*: wanneer een exemplaar van een product waar een IE-recht 'aan vast zit' eenmaal door of met toestemming van de rechthebbende in de EU op de markt is gebracht, vervalt diens zeggenschap (die het IE-recht op zich biedt) over de verdere verhandeling van dat exemplaar. Daarnaast zijn er ook beperkingen aan de zeggenschap (die sommige IE-rechten op zich bieden) over het *gebruik* van de door dat IE-recht beschermde prestatie of product.

Het Hof van Justitie van de EU is al circa veertig jaar bezig dit soort grenzen voor IE-rechten te trekken met een beroep op het *specifieke voorwerp* van het betrokken IE-recht.¹¹ Dit specifieke voorwerp (*specific subject matter* in het Engels) staat gelijk aan de bestaansreden van het betrokken IE-recht, en is dan ook voor ieder type IE-recht verschillend. Rechthebbenden mogen hun verbodsrecht slechts uitoefenen zo ver dat door het specifieke voorwerp van hun IE-recht gerechtvaardigd wordt.¹²

Grenzen auteursrecht op software

In het auteursrecht strekken de verbodsrechten van de rechthebbende zich uit tot twee (groepen van) handelingen, te weten openbaar maken en verveelvoudigen van het werk waarop het auteursrecht rust. Ook computerprogrammatuur wordt beschermd door auteursrecht; implementatie van de EU Softwarerichtlijn¹³ heeft geleid tot enkele bijzondere bepalingen daaromtrent in de Auteurswet.¹⁴ De zeggenschap over het openbaar maken van software (dat wil zeggen het voor het eerst op de markt zetten, maar ook iedere verdere verspreiding van een kopie) is uitgeput na 'de eerste verkoop in de Gemeenschap van een kopie van een programma door de rechthebbende of met diens toestemming'.¹⁵ Met de zeggenschap over verveelvoudigen is voor software iets bijzonders aan de hand: een gevolg van de Softwarerichtlijn is dat – anders dan bij

'gewoon' auteursrechtelijk werk – ook het *gebruik* van de software onder het begrip 'verveelvoudiging' en dus in principe onder de zeggenschap van de auteursrechthebbende valt. Bij gebruik wordt namelijk meestal de software (o.a. in het werkgeheugen van de computer) gekopieerd, en de Softwarerichtlijn brengt ook deze 'technische' reproducties onder het begrip verveelvoudiging. Dit is ook de achtergrond van het wijdverbreide gebruik, dat de overeenkomst op grond waarvan software aan een gebruiker wordt geleverd een 'licentie' wordt genoemd: men krijgt toestemming tot dit verveelvoudigen, en de kaders van het geoorloofde gebruik worden erin vastgelegd.

Waar de richtlijn uitgaat van een zo brede verveelvoudigingszeggenschap voor de rechthebbende, voorziet zij echter ook in een recht om eenmaal (rechtmatig) verworven programmatuur te mogen gebruiken. Blijkens art. 45j Aw¹⁶ '...wordt niet als inbreuk (...) beschouwd de verveelvoudiging, vervaardigd door de rechtmatige verkrijger van een exemplaar (...), die noodzakelijk is voor het met dat werk beoogde gebruik'.

Wij naderen tot de vraag in hoeverre de curator een aan gefailleerde toekomstend auteursrecht op software, waaronder vóór de faillietverklaring licenties waren verleend, in stelling kan brengen tegen die licentienemers teneinde daarmee (meer) geld te genereren voor de schuldeisers. Dat kan alleen, zoals wij hebben gezien, als er in de concrete situatie sprake is van:

- meerwaardepotentieel;
- verbiedbaarheid.

Uit recente rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU over de reikwijdte van het auteursrecht volgt mijns inziens, dat in veel software-licentierelaties noch sprake is van meerwaardepotentieel noch van verbiedbaarheid, zodat de curator niet met een beroep op 'Nebula' de uitoefening van de licentierechten kan doorkruisen. Het gaat om de arresten *Oracle vs. UsedSoft*¹⁷ en *Premier League*.¹⁸

Arrest Oracle vs. UsedSoft

Het arrest *Oracle vs. UsedSoft* van 3 juli 2012 gaat over gebruikslicenties voor software. De uitspraak is belangrijk

10. Vergelijk *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2011, aant. 2 op art. 5:1 (Stolker).

11. Sinds zijn arrest inzake *Centrafarm vs. Sterling Drug*, zaak 15/74, *Jur.* 1974/1147.

12. Voor zover het betrokken IE-recht op zichzelf bevoegdheden zou bieden die verder gaan dan door het specifieke voorwerp wordt gerechtvaardigd, is de betrokken nationale IE-wet een verboden maat-

regel van gelijke werking als een invoerbeperking (art. 34 VWEU), die (dus) niet gerechtvaardigd wordt op basis van de uitzonderingsbepaling art. 36 VWEU.

13. 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.

14. O.a. art. 45h-45n Aw. Daarover meer in

Struik, Van Schelven en Hoorneman, *Softwarerecht*, Deventer: Kluwer 2010.

15. Art. 4 lid 2 Softwarerichtlijn – overigens met uitzondering van het recht om controle uit te oefenen op het verder verhuren van het programma of een kopie daarvan.

16. Gebaseerd op art. 5 lid 1 Softwarerichtlijn.

17. HvJ EU 3 juli 2013, nr. C-128-11, *NJ* 2013/118 m.n. P.B. Hugenholtz; *IEF* (www.ie-forum.nl) 11521 (*UsedSoft vs. Oracle*).

Zie over het arrest o.a. Coen E. Drion, 'Tweedehands software', *NJB* 2012/1757, afl. 30, p. 2113 en Dick van Engelen, 'Twee voor de prijs van één. Een markt voor tweedehands software licenties en een nieuw Europees eigendomsrecht', *NJB* 2012/2171, afl. 38, p. 2678.

18. HvJ EU 4 oktober 2011, nr. C-403/08 en nr. C-429/08, *NJ* 2012/164 m.n. P.B. Hugenholtz; *IEF* (www.ie-forum.nl) 10278 (*Premier League*).

vanwege de uitleg die het hof geeft aan de Softwarerichtlijn op het punt van de uitputting van auteursrecht: het hof oordeelt die uitputting óók van toepassing op exemplaren van de programmatuur die op de markt zijn gebracht doordat de afnemer, die daarvoor een gebruiksrecht (licentie) heeft verworven, de programmatuur zelf heeft gedownload vanaf de website van de rechthebbende.

Het oordeel van het HvJ EU ziet alleen op softwarelicenties waarmee, kort gezegd, tegen een eenmalige vergoeding een niet-in-de-tijd-beperkt gebruiksrecht was verworven ofte wel, zoals het hof het omschrijft, een licentie waarmee (punt 45) de programmatuur voor de klant 'duurzaam bruikbaar' wordt, tegen betaling van een prijs waarmee de houder van

Om te zeggen dat ik duld dat mijn buurman in zijn eigen tuin zit, is onzin

het auteursrecht 'een vergoeding [verkrijgt] die overeenstemt met de economische waarde van de kopie van het hem toebehorende werk'. In zo'n geval gaat de zeggenschap van de houder van het auteursrecht over de verspreiding exemplaren van zijn softwareproduct niet zo ver dat hij (punt 63) '...bij iedere wederverkoop opnieuw een vergoeding [zou] kunnen vragen ofschoon die houder reeds bij de eerste verkoop van de betrokken kopie een passende vergoeding heeft kunnen ontvangen. Een dergelijke beperking van de wederverkoop van kopieën van computerprogramma's die van internet worden gedownload zou verder gaan dan noodzakelijk is voor het behoud van het specifieke voorwerp van de betrokken industriële eigendom'.

Kortom: het auteursrecht – gelet op het 'specifieke voorwerp' ervan – geeft de rechthebbende die voor geleverde programmatuur eenmaal een 'passende vergoeding' heeft ontvangen, niet de bevoegdheid om daarvoor opnieuw een vergoeding te vragen;¹⁹ zijn zeggenschap over (verder) openbaar maken is dan uitgeput. En ook de zeggenschap over veelevoudigen kan tegen de gebruiker van die programmatuur (en opvolgende gebruikers) niet in stelling worden gebracht: zij zijn volgens het HvJ EU namelijk 'rechtmatige verkrijger' in de zin van art. 5 lid 1 Softwarerichtlijn.²⁰ In zulke gevallen is er dus geen meerwaarde-potentieel.

Arrest Premier League

In het arrest *Premier League* uit 2011 was het HvJ EU al uitvoeriger ingegaan op de inherente beperking die het auteursrecht betekent voor het vrij verkeer van diensten, en de gevolgen daarvan voor de mogelijkheid om het auteursrecht op elke gewenste manier 'te gelde' te maken (punt 105-109):

'105 Wel is vereist dat een dergelijke beperking niet verder gaat dan noodzakelijk is ter bereiking van het doel om de aan de orde zijnde intellectuele eigendom te beschermen (...).

106 Afwijkingen van het beginsel van vrij verkeer kunnen slechts worden toegestaan, voor zover zij gerechtvaardigd zijn ter bescherming van de rechten die het specifieke voorwerp van de betrokken intellectuele eigendom vormen (...).

108 Vastgesteld moet evenwel worden dat een dergelijk specifiek voorwerp de betrokken rechthebbenden *niet de mogelijkheid garandeert om de hoogst mogelijke vergoeding te vragen*. Overeenkomstig dat voorwerp is er ten aanzien van hen slechts sprake – zoals blijkt uit punt 10 van de considerans van de richtlijn auteursrecht (...) – van een passende beloning voor elk gebruik van beschermd materiaal.

109 *Om passend te zijn moet een dergelijke beloning in een redelijke verhouding tot de economische waarde van de geleverde prestatie staan*. Zij moet in het bijzonder in een redelijke verhouding staan tot het daadwerkelijke of potentiële aantal personen dat daar gebruik van maakt of wil maken (...)' (cursivering toegevoegd; HS)

Hier wordt duidelijk waarom het auteursrecht (anders dan het gewone eigendomsrecht op een zaak) in veel gevallen niet kan – niet *mag* – dienen als basis voor een Nebula-actie van de curator tegen bestaande licentienemers: waar de curator ten behoeve van de *paritas creditorum* altijd zal – en moet – streven naar de hoogst mogelijke opbrengst uit de boedel-activa, biedt het auteursrecht juist niet die mogelijkheid nadat de rechthebbende eenmaal zijn 'passende beloning' voor het aan die licentienemer toegestane gebruik heeft ontvangen.²¹ Deze begrenzing van het auteursrecht vloeit rechtstreeks voort uit het beginsel van het vrij verkeer van goederen zoals gewaarborgd in het EU Werkingsverdrag. Een 'voorrangsdiscussie' tussen dit beginsel en het beginsel van de *paritas creditorum* lijkt mij niet aan de orde (want uitputting e.d. beperken de werking van het *auteursrecht*, niet die van de *paritas*), maar mocht men wel een dergelijk dilemma willen zien dan dunkt mij dat het vrij-verkeerbeginsel, als geworteld in het EU-verdrag, van een hogere orde is dan de *paritas*-regels van het Nederlandse recht en daarom zal (behoren te) prevaleren.

Softwarelicenties tot gebruik

De in de genoemde arresten beschreven uitputting geldt voor 'exemplaren' van de software die door of met toestemming van de rechthebbende zijn geleverd of gedownload voor duurzaam gebruik en tegen een vergoeding die economisch bezien als een koopprijs voor dat exemplaar kan worden beschouwd.²² Van alle software die vóór faillietverklaring is geleverd op basis van een licentie die aan deze omschrijving voldoet, kan de curator van de auteursrechthebbende het bezit of het voortgezet gebruik niet beletten met een beroep op de Nebula-doctrine.

De bedoelde uitputting betekent dat het auteursrecht ook niet kan worden uitgeoefend tegen de opvolgende bezitter van een dergelijk exemplaar; daar speelt echter de Nebula-problematiek niet, omdat die opvolgende bezitter zijn recht niet ontleent aan een overeenkomst met gefailleerde maar aan de wet.²³

Cloud, SaaS of ASP gebruik

Een verschijnsel dat voortdurend in belang toeneemt is dat ondernemingen computerprogrammatuur niet meer gebruiken doordat zij deze aanschaffen of downloaden voor installatie op computersystemen in hun eigen bedrijfsruimte, maar door het verwerven van toegang (veelal via het internet) tot een computer waarop de desbetreffende programmatuur geïnstalleerd staat op zodanige wijze dat die door gebruikers 'op afstand' kan worden gebruikt. Verschillende aspecten van deze constructie zijn bekend onder termen als ASP (*Application Service Provider*), SaaS (*Software as a Service*) en 'cloud computing' (software en data staan op een computer 'ergens in het internet' maar niet in eigen huis). De partij die jegens de gebruiker, op grond van de tussen hen te sluiten dienstverlenings-overeenkomst, verantwoordelijk is voor het verschaffen van die toegang noem ik de *provider*.

Nebula-perikelen kunnen aan de orde komen indien de auteursrechthebbende vóór zijn faillissement aan de provider licentie had verleend om de programmatuur voor diens klanten toegankelijk te maken.

In beginsel kan de curator de provider nopen te stoppen met het toegankelijk maken van de programmatuur voor zijn klanten, nu dit gebruik-op-afstand vergt dat de programmatuur voortdurend wordt verveelvoudigd. De curator zal alleen geen 'Nebula-actie' hebben indien de termen van provider's licentieovereenkomst met gefailleerde zouden voldoen aan de omschrijving van het HvJ EU in *Oracle vs. UsedSoft*,²⁴ in dat geval zou ten aanzien van provider's 'exemplaar' van de software uitputting hebben plaatsgevonden, en zouden verdere verveelvoudigingen zoals benodigd in het kader van SaaS zijn toegestaan als noodzakelijk voor het beoogde (zie immers de licentieovereenkomst) gebruik. Dat een licentie tot SaaS-exploitatie voldoet aan die omschrijving zal overigens niet vaak het geval zijn, omdat de licentie tot het bij wijze van SaaS beschikbaar maken van de programmatuur vaak voor bepaalde tijd (met een verlengingsrecht) verleend zal zijn, en de door provider te betalen vergoeding meestal niet een eenmalig bedrag zal zijn maar een royalty die afhankelijk is van de omzet van de

provider – zodat er ook geen reden zal zijn die vergoeding te beschouwen als 'koopprijs'.

Software-distributielicenties

Waar het gaat om licenties die niet strekken tot gebruik door de afnemer zelf maar tot het door de licentienemer (als distributeur of dealer) verspreiden en verveelvoudigen van de programmatuur in het kader van *op de markt brengen* daarvan, ligt de zaak iets gecompliceerder. Veel hangt dan af van de wijze waarop volgens de licentieovereenkomst de programmatuur mag worden verveelvoudigd, en van het systeem van de vergoeding(en) die de licentienemer (hierna te noemen: dealer) moet betalen, welke vergoeding in dit verband ook wel *royalty* wordt genoemd. Een veel voorkomend systeem is dat de dealer, telkens wanneer hij een klant werft aan wie hij de programmatuur levert, daarover een royaltybedrag moet afdragen, veelal achteraf periodiek af te rekenen, soms met verrekening tegen een vooruit betaald voorschot. Aangezien de hierboven besproken grenzen die het HvJ EU stelt aan de uitoefening van het auteursrecht hun toepassing vinden via de uitputting, en de uitputting slechts werkt ten aanzien van (met toestemming) geleverde of door download ontstane exemplaren van de programmatuur, zou ik menen dat er geen reden is de curator zijn verbodsrecht te ontzeggen ten aanzien van exemplaren die nog niet waren ontstaan op het moment dat de curator aan de licentienemer heeft aangezegd dat hij diens recht met een beroep op 'Nebula' wenst te negeren.

Ten aanzien van exemplaren die op dat moment (binnen de grenzen van de licentieovereenkomst) al wel waren ontstaan, ook als dat na de faillietverklaring was, zou ik menen dat de uitputting reeds heeft gewerkt en de verspreiding en verveelvoudiging daarvan dus niet met een beroep op het auteursrecht kan worden tegengegaan. Of de royalty voor die exemplaren op dat moment al of niet reeds aan de curator is betaald maakt mijns inziens geen verschil, omdat voor de werking van de uitputting bepalend is of het *in het verkeer brengen* geschiedde met toestemming – en die was aanwezig zolang er een licentieovereenkomst liep en de curator zich nog niet met een 'Nebula-actie' had gemeld.²⁵ Ook maakt het mijns inziens geen verschil of de afnemers

19. Het HvJ EU gebruikt deze benadering om te onderbouwen dat de uitputting, die volgens de Softwarerichtlijn optreedt na verkoop van een *kopie* (exemplaar) van het programma, óók optreedt na de aanschaf van software door middel van *downloaden* van de software via internet: ook die vorm van aanschaf kwalificeert het hof als koop/verkoop. Indien de downloader zulke software vervolgens doorlevert aan een derde, moet hij overigens wel de op zijn systeem staande kopie onbruikbaar maken, anders maakt hij inbreuk op het verveelvoudigingsrecht (*Oracle*-arrest punt 70 en 79) – waarbij trouwens onduidelijk blijft of het dan zijn eigen kopie of die van de derde is die inbreuk maakt.

20. *Oracle*-arrest punt 81 en 85. En dus ook 'rechtmatige verkrijger' in de zin van

het daarop berustende art. 45j Aw.

21. Het HvJ EU bezigt de geciteerde passage als aanloop naar het oordeel (punt 115 van het arrest), dat een extra vergoeding die wordt gevraagd voor de verlening van territoriale exclusiviteit op een nationale televisie-markt de kaders van de 'passende beloning' te buiten gaat. Hoewel hier de concrete context die van de vrijheid van dienstenverkeer was (die pas speelt bij 'grensoverschrijdende gevallen'), laat het latere *Oracle*-arrest zien dat het hof deze passende-beloning-grens ook aanlegt bij de interpretatie van het begrip uitputting binnen de Auteursrechtlijn die, zoals bekend, de nationale auteurswetten harmoniseert – waarmee zij dus ook voor 'nationale gevallen' geldt.

22. In de woorden van het *Oracle* arrest

(r.o. 45): 'tegen betaling van een prijs een in de tijd onbeperkt gebruiksrecht voor die kopie verkrijgt', waarbij die prijs is 'een vergoeding (...) die overeenstemt met de economische waarde van de kopie van het betrokken werk. In het Engels wordt dit wel een *one-off licence fee* genoemd.

23. Hieraan doet niet af dat de gebruiksbevoegdheid van een dergelijke rechtmatige verkrijger in de parlementaire geschiedenis van art. 45j Aw ten onrechte is aangeduid als 'wettelijke licentie'. Zij is namelijk niet een door de wet verleend licentierecht, maar is een gevolg van art. 45j als zogeheten beperking van het auteursrecht. Zie Struik, Van Schelven en Hoorneman, *Software-recht*, Deventer: Kluwer 2010, § 7.9 (pag. 166).

24. Bijv. provider krijgt een niet-in-tijd-

beperkt recht tot toegang geven incl. de daarvoor benodigde verveelvoudigingen, tegen een eenmalige vergoeding.

25. Ik ga er dus vanuit dat de uitoefening door de curator van zijn 'Nebula-bevoegdheid' in een relatie tot de licentie slechts *ex nunc* werkt, dat wil zeggen vanaf het moment dat de curator aan de licentienemer heeft meegedeeld dat hij diens contractuele rechten zal negeren. Het *Nebula*-arrest biedt mijns inziens – in samenhang met het systeem van het overeenkomstenrecht – geen grond voor het aannemen van werking *ex tunc*, dat wil zeggen vanaf het moment van de faillietverklaring; er is dus geen sprake van een met terugwerkende kracht vervallen van de toestemming tot in het verkeer brengen van alle na faillietverklaring verhandelde exemplaren.

In veel software-licentierelaties is geen sprake van meerwaardepotentieel noch van verbiedbaarheid, zodat de curator geen beroep op ‘Nebula’ heeft

van die exemplaren op dat moment al of niet reeds aan de dealer de gebruiksvergoeding hadden betaald, omdat voor de werking van de uitputting bepalend is of er ten aanzien van het betrokken exemplaar sprake was van *verkoop* (de titel van de verstrekking), en niet of ook betaling van de koopsom heeft plaatsgehad.

Exploitatiehandelingen die de licentienemer nog niet heeft verricht op het moment dat de curator hem aanzegt dat hij zijn licentie met een beroep op ‘Nebula’ wenst te negeren, zal de curator inderdaad op grond van zijn auteursrecht kunnen verbieden. Dat biedt hem de mogelijkheid om daarna het auteursrecht, niet ‘bezwaard’ met licenties, te gelde te maken; dit zal vooral van belang zijn als bepaalde licentieovereenkomsten strekten tot *exclusiviteit* voor de licentienemer, bijv. in een bepaald gebied of marktsegment.

Licentie relatief recht

Overigens past bij de zojuist genoemde overdracht van auteursrecht ‘niet bezwaard met licenties’ de relativisering, dat overdracht van een auteursrecht in beginsel *altijd* plaats heeft zonder dat licenties die door de vorige auteursrechthebbende zijn verleend ‘meegaan’ naar de opvolgende rechthebbende of tegen deze kunnen worden ingeroepen. Dat is een gevolg van ons vermogensrechtelijk stelsel.²⁶ Wel is daarbij gepleit²⁷ voor een – ook mijns inziens op zichzelf redelijk – correctief: indien de (beoogde) opvolgende auteursrechthebbende op de hoogte was of behoorde te zijn van reeds bestaande licentieovereen-

komsten, zal hij die moeten respecteren. Indien dit correctief in het algemeen zo zou werken, rijst echter wel de boeiende vraag of in ons geval, waar de *curator zelf* de rechten van licentienemers mag negeren met een beroep op ‘Nebula’, degene die van hem het auteursrecht koopt terwijl hij weet van eerdere licenties, de rechten van die licentienemers weer zou moeten respecteren. Want als dat zo is, zal een curator maar weinig kandidaat-kopers voor het IE-recht vinden en zou het ‘nuttig effect’ van de Nebula-doctrine sterk worden beperkt.

Conclusie

De bevoegdheid van de faillissementscurator om met een beroep op ‘Nebula’ vóór de faillietverklaring gesloten overeenkomsten te negeren, gaat ten aanzien van verleende softwarelicenties aanzienlijk minder ver dan ten aanzien van gebruikscontracten met betrekking tot onroerende zaken als waarop het *Nebula*-arrest betrekking had. Dat volgt uit de aard van de licentie als bevoegdheid inzake een intellectueel eigendomsrecht en uit de daarmee samenhangende uitputting van de zeggenschap van de auteursrechthebbende over verdere verspreiding van exemplaren van zijn programmatuur. Waarom dat zo is, wordt nader duidelijk aan de hand van de recente uitspraken van het HvJ EU inzake *Oracle vs. UsedSoft* en *Premier League*: de eigen aard van het intellectuele eigendomsrecht stelt namelijk, anders dan bij het gewone eigendomsrecht, grenzen aan de mogelijkheid om daarmee het onderste uit de kan te halen. •

²⁶. Zoals neergelegd in HR 3 maart 1905, W 1905, 8191 (*Blaauboer vs. Berlips*) – waarbij dan verondersteld wordt dat het licentierecht conform heersende mening inderdaad moet worden beschouwd als een persoonlijk vorderingsrecht jegens degene met wie de licentieovereenkomst wordt

gesloten (relatief recht) en niet een beperkt recht dat rust op het auteursrecht zelf (absoluut recht). Zie over dit aspect ook, geestig en instructief, Coen Drion, ‘Het probleem van Jansen’, op NJBlog (<http://njblog.nl/2009/12/07/het-probleem-van-jansen/>). Advocaat-generaal Huydecoper

refereert in zijn conclusie voor het *Nebula*-arrest ook aan dit stelsel (conclusie, voetnoot 8), en ontleent daaraan het prikkelende argument: als het recht van de licentienemer bij verkoop zo makkelijk kan worden ontgaan dan ‘is dat, zou men denken, misschien wel geen goed recht’.

²⁷. Spoor, Verkade en Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, § 9.13 (pag. 427). Zie over deze *Sukzessionsschutz* uitvoering B.J. Lenselink, *De verlening van exploitatiebevoegdheden in het auteursrecht*, Den Haag: Sdu 2005, § 4.2.3.5 sub a (p.171-175).