D.1.2. Gebruiksrechtovereenkomst voor applicatieprogrammatuur

*Hendrik Struik*

# Inleiding

Elders in dit werk is er al op gewezen dat het bij bepaalde computercontracten gewoonte is dat de belangen van de leverancier meer aandacht krijgen dan die van de wederpartij. Dit gaat in de praktijk zeker ook op voor gebruiksrechtovereenkomsten voor (standaard) applicatieprogrammatuur.

Voor veel softwarebedrijven is applicatiesoftware (al dan niet tot op zekere hoogte aangepast aan de wensen van de afnemer) hun ‘core business’. Het is dan ook geen toeval dat de bescherming van deze software door middel van auteursrecht en gebruiksrechtcontracten door leveranciers als zeer belangrijk wordt beschouwd. Daardoor zal er bij het aangaan van een gebruiksrechtcontract voor software voor gebruiker in het algemeen niet veel onderhandelingsruimte zijn.

Het hier opgenomen model weerspiegelt deze realiteit in zoverre dat in de tekst van het model hoofdzakelijk bepalingen ter bescherming van belangen van de leverancier zijn opgenomen. In de aantekeningen wordt vanzelfsprekend ook gewezen op de belangen van de gebruiker en op mogelijke alternatieve clausules.

Het model beperkt zich tot bepalingen die puur van belang zijn voor het gebruiksrecht van applicatiesoftware, waarbij aangenomen wordt dat deze software standaardsoftware is. In de praktijk zal men dergelijke gebruiksrechtbepalingen overigens wel ook tegenkomen als onderdeel van meer omvangrijke contracten, waarbij het gebruiksrecht soms maar een klein onderdeel is van de (project)werkzaamheden die de leverancier zal verrichten, zoals overeenkomsten met betrekking tot de ontwikkeling en levering van maatwerkprogrammatuur, complete systemen of turn-key overeenkomsten. In dit model vindt men geen bepalingen over acceptatie, onderhoud van de programmatuur en non-concurrentie, hoewel die soms van invloed kunnen zijn op het gebruiksrecht (zie aant. 1 bij art. 9 en aant. 3 bij art. 4).

Verder wordt aandacht besteed aan de positie van het softwaregebruiksrecht als vermogensrecht volgens het BW en de mogelijkheden van en vereisten voor overdracht van de programmatuurprodukten zelf en de daarbij behorende gebruiksrechten, waarbij men zich bevindt op het moeilijke grensgebied tussen zakenrecht en auteursrecht. Van groot belang is hier ook de EG-Richtlijn betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma’s en de daarop geënte programmatuurbepalingen (art. 45h t/m 45n) uit de Auteurswet 1912 (aangehaald als de Auteurswet), die herhaaldelijk aan de orde komen.

# Overzicht van de contractsbepalingen

[Inleiding 1](#_Toc374465236)

[Overzicht van de contractsbepalingen 2](#_Toc374465237)

[Contractsbepalingen 3](#_Toc374465238)

[Considerans 3](#_Toc374465239)

[Art. 1. Definities 5](#_Toc374465240)

[Art. 2. Gebruiksrecht 6](#_Toc374465241)

[Art. 3. Reikwijdte van het gebruiksrecht 8](#_Toc374465242)

[Art. 4. Kopiëren, wijzigen 10](#_Toc374465243)

[Art. 5. Reverse engineering 13](#_Toc374465244)

[Art. 6. Geheimhouding, overdracht 14](#_Toc374465245)

[Art. 7. Intellectuele Eigendomsrechten 17](#_Toc374465246)

[Art. 8. Vergoeding 20](#_Toc374465247)

[Art. 9. Betaling 21](#_Toc374465248)

[Art. 10. Duur, beëindiging 21](#_Toc374465249)

[Art. 11. Gehele overeenkomst 24](#_Toc374465250)

[Art. 12. Toepasselijk recht, geschillen 25](#_Toc374465251)

[Bijlagen 25](#_Toc374465252)

[Checklist 26](#_Toc374465253)

# Contractsbepalingen

## Considerans

**Ondergetekenden:**

**1. De besloten vennootschap /.../ B.V., gevestigd te /.../ aan de /.../ nr. /.../ (hierna te noemen: de ), te dezen rechtsgeldig vertegenwoordigd door /.../ en**

**2. De besloten vennootschap /.../ B.V., gevestigd te /.../ aan de /.../ nr. /.../ (hierna te noemen: de ), te dezen rechtsgeldig vertegenwoordigd door /.../**

**Overwegende**

**- dat de gebruiker een gebruiksrecht wenst te verwerven voor computerprogrammatuur in zijn onderneming;**

**- dat de leverancier bereid en in staat is dat gebruiksrecht te verschaffen op de voorwaarden, vervat in deze overeenkomst.**

**Verklaren te zijn overgekomen:**

### AANTEKENINGEN

#### 1. Ondertekende overeenkomst

Auteursrechtlicentieovereenkomsten zijn vormvrij. Bepalingen als hier opgenomen kunnen dus ook als onderdeel van algemene leveringsvoorwaarden van toepassing worden in een overeenkomst tussen twee partijen.

In de EG-Richtlijn betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma’s d.d. 14 mei 1991 (Pb. nr. L 122 van 17 mei 1991, gewijzigd bij RL Raad van 29 oktober 1993, Pb. nr. L 290 van 24 november 1993; de ) is bepaald dat de rechtmatige verkrijger van een computerprogramma onder meer het recht heeft om dit programma te reproduceren, te laden, in beeld te brengen (d.w.z. uit te voeren) en op te slaan, ‘tenzij bij overeenkomst anders bepaald is’. Gezien de voorgeschiedenis van de Softwarerichtlijn moet worden aangenomen dat de hier bedoelde beperkingen op normaal gebruik (indien gewenst) ook bij algemene voorwaarden overeengekomen kunnen worden.

Over algemene voorwaarden gesproken: men zij erop bedacht dat de regeling in het BW over algemene voorwaarden en vernietigbare onredelijk bezwarende bedingen niet alleen geldt voor voorwaarden die ergens gedeponeerd liggen en door verwijzing onderdeel van een contract worden, maar ook voor standaardcontracten in de vorm van een ondertekende tweepartijenovereenkomst. Bepalend is of het gaat om ‘een of meer bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen’ (art. 6:231 aanhef en sub a BW). Dit laat onverlet dat de regeling van de zwarte en grijze lijst (art. 6:236 en art. 6:237 BW) in beginsel niet geldt voor voorwaarden tussen twee ondernemers.

#### 2. Leverancier

In dit model wordt ervan uitgegaan dat de leverancier van de applicatiesoftware tevens rechthebbende is van intellectuele eigendomsrechten met betrekking tot de programmatuur.

Als de leverancier die bij deze overeenkomst het gebruiksrecht verstrekt en de auteursrechthebbende op de programmatuur niet dezelfde zijn of niet tot eenzelfde concern behoren, bestaat de kans dat de leverancier niet of niet meer bevoegd is gebruiksrechten te verlenen. In zo’n geval doet de gebruiker er goed aan in verband met mogelijke auteursrechtinbreukclaims vóór het aangaan van de gebruiksrechtovereenkomst nadere duidelijkheid te verlangen over zijn leveranciers bevoegdheid om gebruiksrechten te verlenen. In dit verband is het niet ongebruikelijk dat in de overwegingen vóór de overeenkomst is vermeld dat de leverancier auteursrechthebbende op de computerprogrammatuur is.

#### 3. Gebruiker

De partij die de gebruiksrechtovereenkomst aangaat behoeft niet dezelfde te zijn als degene die de programmatuur feitelijk gebruikt (hetgeen, goed beschouwd, altijd het geval is als de gebruiker een rechtspersoon is). Er kan bijvoorbeeld sprake zijn van een licentie voor een heel concern die op naam van de holding staat; zie aant. 4 bij art. 3. Dit moet dan wel uit de omschrijving van het gebruiksrecht blijken.

De in het model gebruikte terminologie sluit aan bij het spraakgebruik in de branche.

#### 4. Betekenis overwegingen

Bij een overeenkomst met een betrekkelijk standaardkarakter als de onderhavige spelen de voorafgaande overwegingen nauwelijks een rol. Naarmate overeenkomsten echter minder tot een standaardtype behoren worden de overwegingen belangrijker, zoals bij de ontwikkeling en levering van maatwerkprogrammatuur of turn-keyovereenkomsten. Daaruit kunnen met name doelstellingen van partijen met het contract duidelijk worden, hetgeen van belang kan zijn voor de uitleg van de eigenlijke contractsbepalingen.

#### 5. Gebruiksrecht/licentie

In dit model wordt gesproken over een ‘gebruiksrecht’ en niet over een ‘licentie’. Computerprogrammatuur wordt beschermd door het auteursrecht. In het algemeen wordt in het auteursrecht onder het begrip licentie verstaan: de toestemming tot (al dan niet tezamen met eigen producten) openbaar maken en/of verveelvoudigen verveelvoudigen (verspreiden en/of produceren), veelal gekoppeld aan een bepaald territoir waarbinnen men die handelingen mag verrichten. Aldus zegt men dat bepaalde producten ‘in licentie’ gemaakt en/of verkocht worden. Het begrip licentie is hierdoor gerelateerd aan distributieachtige activiteiten (zie ook aant. 1 bij art. 2 hierna).

Bij een gebruikslicentie van de programmatuur is weliswaar sprake van toestemming tot verveelvoudigen (het laden en gebruiken van software brengt steeds het maken van een kopie in het werkgeheugen mee), maar van een op distributie gericht recht is geen sprake. Bovendien is in zo’n contract het aspect van toestemming voor auteursrechtelijke handelingen veruit ondergeschikt aan het aantal bepalingen dat, ‘bovenop’ de auteursrechtelijke beperkingen, nog een aantal andere voorwaarden en beperkingen aan het gebruik stelt. Sterker nog: omdat in de Auteurswet (zie art. 45i en art. 45j) een wettelijke licentie tot verveelvoudiging voor normaal gebruik is geïntroduceerd, ontbreekt in feite het auteursrechtlicentiekarakter in een gebruiksrechtcontract als het onderhavige volledig.

Al met al is het juister om te spreken van een gebruiksrecht.

#### 6. Acceptatietest

Dit model gaat niet uit van een acceptatietest. In bepaalde gevallen is het voor de gebruiker echter van belang de programmatuur aan een acceptatietest te kunnen onderwerpen, met name als er sprake is van levering van standaardprogrammatuur die moet worden aangepast (customized software), of van het ontwikkelen en leveren van ‘echt’ maatwerkprogrammatuur (tailor made software) of als de programmatuur wordt geïntegreerd in een systeem waardoor aan het functioneren van die software zwaardere dan de gebruikelijke eisen gesteld moeten worden. Uiteraard zullen die eisen wel onderdeel van een overeenkomst tussen partijen moeten vormen.

Als sprake is van min of meer projectmatig werk, is het ook raadzaam, naast bepalingen over de acceptatie van de programmatuur ook bepalingen op te nemen over o.m. mijlpalen, projectverantwoordelijkheden, een overnameverbod van personeel dat betrokken is geweest bij de uitvoering van de overeenkomst en over geheimhouding van vertrouwelijke informatie.

De kwalificatie van dergelijke ‘gemengde’ overeenkomsten is ook van belang voor de vraag of de levering van programmatuur als koop kan worden beschouwd (zie aant. 2 bij art. 10).

## Art. 1. Definities

**Voor de toepassing van deze Overeenkomst wordt verstaan onder:**

**a. Programmatuur: de computerprogrammatuur, in computerleesbare vorm (objectcode), zoals omschreven in bijlage 1. Voor wat betreft de omvang en beperkingen van het gebruiksrecht alsmede voor de vrijwaringsverplichtingen van de Leverancier wordt onder Programmatuur mede de Documentatie begrepen;**

**b. Documentatie: de beschrijving van functionaliteit en gebruiksmogelijkheden van de Programmatuur, op enigerlei wijze, al dan niet in elektronische vorm door Leverancier aan Gebruiker ter beschikking gesteld;**

**c. Overeenkomst: deze gebruiksrechtovereenkomst voor de Programmatuur samen met de daarbij behorende bijlagen, die daarvan een onverbrekelijk deel uitmaken.**

### AANTEKENINGEN

#### 1. Definities

Het gebruik van definities is een kwestie van efficiency en nauwkeurigheid. Vereist is wel dat men de gedefinieerde begrippen consequent gebruikt en zich afvraagt of het gedefinieerde woord overal waar het gebruikt wordt inderdaad de gedefinieerde betekenis moet hebben.

#### 2. Apparatuur

Het definiëren van programmatuur is van belang voor de reikwijdte van het gebruiksrecht (zie aant. 4 bij art. 2).

#### 3. Documentatie

Evenals de programmatuur zelf is de documentatie voorwerp van auteursrecht. Een gebruiksrechtovereenkomst voor programmatuur dient ook aandacht te besteden aan de rechten met betrekking tot de documentatie (zeker als die documentatie als helpbestanden deel uitmaakt van de programmatuur).

#### 4. Deze overeenkomst

Het definiëren van deze is van belang als naast het gebruiksrechtcontract nog andere overeenkomsten tussen partijen bestaan, al of niet in de vorm van een schriftelijke overeenkomst, correspondentie of zelfs mondeling. Wanneer het gebruiksrechtcontract een entire agreement of ‘vier hoeken’-clausule bevat (zie art. 11 van dit model), staat vast dat partijen bedoelen tussen hen slechts ‘deze overeenkomst’ bindend te doen zijn ten aanzien van de daarin geregelde onderwerpen.

## Art. 2. Gebruiksrecht

**Leverancier verleent hierbij aan Gebruiker het niet exclusieve en niet overdraagbare recht de Programmatuur te gebruiken, met inachtneming van de voorwaarden en beperkingen van deze Overeenkomst.**

### AANTEKENINGEN

#### 1. Niet exclusief

Uiteraard is een gebruiksrecht voor (standaard) applicatiesoftware niet exclusief: alle gebruikers (en niet alleen de Gebruiker als bedoeld in de onderhavige overeenkomst) van de desbetreffende programmatuur hebben zo’n gebruiksrecht nodig.

Vermelding van niet-exclusiviteit is niet strikt nodig; ook zonder vermelding zou een gebruiksrecht niet exclusief zijn. De aanduiding van niet-exclusiviteit is afkomstig uit ‘echte’ licentiecontracten voor productie en/of ‘verkoop’ in een bepaald gebied.

#### 2. Niet overdraagbaar

Het niet overdraagbare karakter van het gebruiksrecht is voor de leverancier een belangrijke bepaling. Hij zal eventuele overgang van het gebruiksrecht willen kunnen beletten als (bijvoorbeeld) exportbepalingen dat noodzakelijk maken, de solvabiliteit van een opvolgende gebruiker kwestieus is of bij de opvolgende gebruiker ernstig gevaar voor schending van auteursrechten bestaat.

Leveranciers wensen deze controle dikwijls ook (wellicht zelfs primair) om de eenvoudige reden dat zij van iedere nieuwe gebruiker weer opnieuw een (al of niet volledige) gebruiksrechtvergoeding vragen.

Het is van belang dat het gebruiksrecht zelf niet overdraagbaar wordt gemaakt (in tegenstelling tot een enkele afspraak dat de gebruiker zijn recht niet mag overdragen). Aannemende dat een gebruiksrecht als een vorderingsrecht gekwalificeerd kan worden (zie hierna aant. 3 bij art. 6), kan de niet-overdraagbaarheid op grond van art. 3:83 lid 2 BW ook aan derden worden tegengeworpen (HR 29 januari 1993, NJ 1994, 171 – Van Schaik q.q./ABN-Amro). De niet-overdraagbaarheid leidt niet tot beschikkingsonbevoegdheid van de gebruiker, maar tot niet-overdraagbaarheid van de vordering zelf. Een overdracht in strijd met het verbod is rechtens niet geldig (HR 17 januari 2003, NJ 2004, 281 – Oryx/Van Eesteren).

Met andere woorden: als de gebruiker zijn niet overdraagbare gebruiksrecht toch aan een derde zou ‘overdragen’, verkrijgt die derde in feite niets en kan het auteursrecht in volle omvang tegen hem worden ingeroepen. Goede trouw baat de derdeverkrijger in beginsel niet (omdat gebruikers onbevoegdheid om over te dragen niet voortvloeit uit ongeldigheid van een vroegere overdracht; art. 3:88 BW), behalve in het uitzonderlijke geval dat de leverancier zelf actief de indruk gewekt zou hebben alsof zijn afnemers gebruiksrechten voor de applicatiesoftware kunnen overdragen (art. 3:36 BW; zie Toelichting Meijers, Parlementaire Geschiedenis Boek 3, p. 314). Zie voor de aard van het gebruiksrecht aant. 3 bij art. 6.

Opgemerkt zij dat de niet-overdraagbaarheid van het gebruiksrecht (evenals de vaak voorkomende bepaling dat de gebruiker rechten en verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst niet mag overdragen; contractsoverneming in de zin van art. 6:159 BW) outsourcing door de gebruiker in de weg staat. Mocht een gebruiker zijn ICT-systemen te zijner tijd willen outsourcen, dan doet de gebruiker er goed aan hiermee reeds tijdens contractsonderhandelingen over de gebruiksrechtovereenkomst rekening te houden.

#### 3. Overdraagbaarheid en EG-richtlijn

Los van een al of niet overdraagbaar gebruiksrecht dat zijn ontstaan vindt in een overeenkomst tussen de leverancier en de gebruiker, creëert de Softwarerichtlijn een wettelijk gebruiksrecht voor iedere ‘rechtmatige verkrijger’ van een exemplaar van de programmatuur (art. 5.1 Softwarerichtlijn). Dit wettelijk gebruiksrecht bestaat aldus de Softwarerichtlijn, ‘tenzij bij overeenkomst uitdrukkelijk anders bepaald is’. Aangenomen moet worden dat dat een overeenkomst moet zijn waarbij degene wiens wettelijke gebruiksrecht zou worden ingeperkt, partij is (zie aant. 4 bij art. 6). Het wettelijk gebruiksrecht is geregeld in art. 45j Auteurswet.

Men kan zich wel de vraag stellen of voldaan is aan de eis dat de derde een rechtmatige verkrijger van een exemplaar van de programmatuur moet zijn wanneer tussen de leverancier en de gebruiker is overeengekomen dat de gebruiker ook ‘exemplaren’ van de programmatuur niet aan derden mag overdragen; zie aant. 4 bij art. 6. Zie verder hierover uitgebreid Van Schelven/Struik, Softwarerecht, 1995, p. 79-82.

#### 4. Objectcode

Het gebruiksrecht geldt in beginsel alleen voor de programmatuur in de voor de computerleesbare code: objectcode of (in voorkomende gevallen) executablecode (runtimeversie). In beginsel worden door leveranciers van programmatuur nimmer broncodes afgestaan. De broncode is, kort gezegd, de door de mens leesbare versie van de programmatuur, geschreven in een hogere programmeertaal die de belangrijkste knowhow van de programmeur bevat, zoals algoritmen en probleemoplossingen (zie o.m. Van Schelven/Struik, p. 17 en E.P.M. Thole, Software, een ‘novum’ in het vermogensrecht (diss.), 1991, p. 195). Een uitzondering op het niet ter beschikking stellen van de broncode zijn bijvoorbeeld applicaties waarbij de broncode eveneens op het computersysteem geïnstalleerd moet worden, omdat deze broncode geïnterpreteerd wordt zodra de applicatie wordt gebruikt.

Bij bepaalde leveranciers is het wel mogelijk (na levering of, indien overeengekomen, acceptatie) een zogenaamde broncodelicentie te verwerven, als de gebruiker gemotiveerd aangeeft dat hij de broncodes van de applicatieprogrammatuur nodig heeft voor de interface met andere bepaalde applicatieprogrammatuur. Voor zo’n broncodelicentie wordt meestal wel een vergoeding gevraagd.

#### 5. Aanvaarding

Een auteursrechtlicentie/gebruiksrechtovereenkomst is vormvrij. Wilsovereenstemming tussen partijen, d.w.z. een aanbod door de leverancier en aanvaarding door de gebruiker is voldoende (zie art. 6:217 lid 1 jo. art. 3:37 lid 1 BW). Hoewel de aanvaarding door de gebruiker al spreekt uit diens ondertekening, is het gebruikelijk de aanvaarding met zoveel woorden in de overeenkomst te vermelden.

#### 6. Eigendom drager

Wie in het algemeen computerprogrammatuur krijgt geleverd, krijgt – juridisch bezien – twee dingen in huis: een roerende lichamelijke zaak en een auteursrechtelijk beschermd werk. Ten aanzien van het auteursrechtelijke werk (de programmatuur; corpus mysticum) zijn vrijwel alle gebruiksrechtcontracten bijzonder duidelijk: de gebruiker mag het werk slechts gebruiken, hij verwerft geen eigendomsrechten.

Ten aanzien van de drager, de fysieke verschijningsvorm (corpus mechanicum) waarin de programmatuur is vastgelegd, treft men in gebruiksrechtcontracten bijna nooit bepalingen aan. Aangenomen mag worden dat de drager (bijvoorbeeld een cd-rom of DVD) waarop de programmatuur wordt geleverd, als niets naders wordt afgesproken, eigendom wordt van gebruiker.

Ook als programmatuur direct door leverancier in de apparatuur geladen wordt, komt deze terecht op een drager, veelal het interne of werkgeheugen van de apparatuur, die in veel gevallen reeds eigendom van de gebruiker of diens financier is. In verband met de doorleveringsproblematiek van programmatuur (zie onder meer aant. 2 bij art. 6) is het voor gebruiker van belang te laten vastleggen dat hij eigenaar is van de drager waarop de programmatuur aan hem door de leverancier ter beschikking wordt gesteld.

#### 7. Betaling

Een nogal gebruikersonvriendelijke bepaling is die waarin het gebruiksrecht uitdrukkelijk afhankelijk wordt gesteld van volledige betaling van de gebruiksrechtvergoeding(en). Bij gebreke van een dergelijke betaling komt van rechtswege het gebruiksrecht te vervallen. Dit speelt met name bij periodieke vergoedingen (zie aant. 1 bij art. 10).

## Art. 3. Reikwijdte van het gebruiksrecht

**1. Gebruiker mag de Programmatuur slechts gebruiken voor de in bijlage 2 genoemde gebruikers.**

**2. Gebruiker mag de Programmatuur slechts gebruiken voor gegevensverwerking binnen zijn eigen onderneming en binnen de ondernemingen van Gebruikers dochtermaatschappijen in de zin van artikel 2:24a BW, doch nooit zodanig dat dit gebruik leidt of kan leiden tot enige vorm van – al dan niet commerciële – exploitatie van de Programmatuur of enig gedeelte daarvan door Gebruiker of enige derde.**

### AANTEKENINGEN

#### 1. Gebruikers

In dit model wordt uitgegaan van een gebruiksrecht dat is beperkt tot bepaalde gebruikers (named users) of tot ten hoogste een bepaald aantal gelijktijdige gebruikers (concurrent users).

Het is voor de leverancier van wezenlijk belang dat nauwkeurig vastligt wat precies de omvang van het gebruiksrecht van de gebruiker is. Dit hangt ten nauwste samen met het belang van de leverancier om zijn investering in ontwikkeling van de software op een redelijke wijze terug te kunnen verdienen, d.w.z. een gebruiksrechtvergoeding te kunnen ‘vangen’ van iedere nieuwe gebruiker of voor iedere uitbreiding van het gebruik door een bestaande gebruiker. Dit geldt temeer nu veel applicatiesoftware in bedrijfsmatige netwerken worden gebruikt, waarmee het risico op onbevoegd gebruik bepaald niet denkbeeldig is.

Bij sommige informatieproducten zal het niet nodig zijn dit belang door contracten te beschermen. Van het papieren product ‘kantooragenda’ zullen door een bedrijf met 200 werknemers in principe ook 200 exemplaren worden aangeschaft, ook al bestaat er theoretisch de mogelijkheid de afspraken van allen in slechts één agenda te noteren.

Bij computerprogrammatuur zijn de technische mogelijkheden geheel anders. De programmatuur waarvoor het bedrijf slechts éénmaal de prijs heeft betaald, is in beginsel (tegelijkertijd: multi-user) te gebruiken door alle 200 medewerkers. Op die manier zou de leverancier wel erg moeilijk aan ‘return on investment’ komen. Vandaar dat in de praktijk allerhande beperkingen zijn uitgedacht, waarvan de single-CPU-beperking een veelvoorkomende is.

Hierbij wordt het gebruiksrecht beperkt tot één met name in de overeenkomst aangeduide centrale verwerkingseenheid (processing unit) en de daartoe behorende (rand)apparatuur (de zogenaamde single-CPU license). Uiteraard moet de single-CPU-bepaling uitzondering lijden als de apparatuur niet functioneert. Het ‘uitwijkgebruiksrecht’ geldt ook voor apparatuur die niet in het bedrijfsgebouw van de gebruiker zelf, maar bijvoorbeeld bij een computeruitwijkcentrum staat opgesteld.

#### 2. Upgrading en migratie

Veel leveranciers verlangen voor software een aanvullende gebruiksrechtvergoeding als deze gebruikt gaat worden op ‘grotere’ hardware. Dit is alleen relevant als gebruik wordt gemaakt van een single-CPU license.

Men kan zich afvragen of het Europese mededingingsrecht toestaat dat een dergelijke verplichting wordt opgelegd c.q. dat de leverancier zich, indien zijn toestemming niet was gevraagd, zou kunnen verzetten tegen gebruik op grotere hardware.

Het auteursrecht volgens de Softwarerichtlijn lijkt de leverancier die bevoegdheid wel te geven, omdat hij slechts gebruik behoeft te dulden voor het beoogde doel (d.w.z. gebruik op de configuratie waarvoor het gebruiksrecht in eerste instantie werd verworven). De Auteurswet spreekt in art. 45j weliswaar in iets meer beperkende termen van beoogde gebruik, doch ook daaruit wordt duidelijk dat het gebruiksrecht in principe beperkt kan worden tot een configuratie van een bepaalde omvang.

Toch is niet uitgesloten dat uitoefening van deze auteursrechtelijke bevoegdheid c.q. verwerking daarvan in een contract in strijd met de Europese mededingingsregels kan komen, met name als dit uitvloeisel van het auteursrecht niet zou kunnen worden beschouwd als een bevoegdheid ter bescherming van het specifieke voorwerp van het auteursrecht.

#### 3. Upgrading en migratie

Bevat lid 1 de ‘fysieke’ afbakening van het gebruiksrecht, in lid 2 wordt een functionele beperking gegeven. Met name vanwege netwerken is het technisch mogelijk dat ook organisaties of personen buiten de gebruiker (veelal binnen hetzelfde concern), de programmatuur kunnen gebruiken zonder dat voor een dergelijk gebruik het gebruiksrecht werd gegeven. Ook hier zal de leverancier, wil hij zijn inkomsten uit gebruiksrechten beschermen, enige beperking moeten aanbrengen. Voor de hand ligt de beperking tot gebruik voor gegevensverwerking in de onderneming van de in het contract als de gebruiker aangeduide rechtspersoon zelf. In het model wordt ervan uitgegaan dat het gebruiksrecht zich in ieder geval uitstrekt tot 50% deelnemingen van de gebruiker (zie hierna bij aant. 4). Uiteraard zijn vele varianten denkbaar. Niet ongebruikelijk is aanhechting van een lijst van rechtspersonen voor wie het gebruiksrecht geldt. Ook het soort gebruik kan variëren van bijvoorbeeld een licentie voor gebruik-op-proef of slechts voor onderwijsdoelen tot een licentie voor volledig operationeel gebruik.

Vanzelfsprekend zal de gebruiksrechtvergoeding verschillen naarmate men een world wide company-gebruiksrecht verlangt dan wel een gebruiksrecht, beperkt tot één werkmaatschappij.

In dit verband is het voor de gebruiker van belang zich af te vragen of hij niet op enig moment de behoefte krijgt aan gegevensverwerking ‘buiten de deur’, bij wijze van facilities management door een derde, of in de vorm van een rechtspersoon waarin de voormalige eigen automatiseringsafdeling is verzelfstandigd. Van gebruik ‘binnen de onderneming’ is dan namelijk geen sprake meer.

#### 4. Dochtermaatschappijen

Art. 2:24a BW geeft een definitie van (kort gezegd) 50% deelnemingen. Daaronder vallen ook ‘kleindochters’, ‘achterkleindochters’ en verder, maar niet zuster- en moedermaatschappijen.

De gebruiker dient te bezien of de reikwijdte van het gebruiksrecht overeenstemt met zijn behoeften.

## Art. 4. Kopiëren, wijzigen

**1. Gebruiker mag de Programmatuur niet openbaar maken en deze niet kopiëren of anderszins verveelvoudigen of wijzigen, behoudens voorzover dit noodzakelijk is voor het gebruik dat bij deze Overeenkomst uitdrukkelijk is toegestaan of voor foutcorrectie in de Programmatuur.**

**2. Gebruiker is gerechtigd van de Programmatuur voor beveiligingsdoeleinden één back-upkopie te maken, als dat voor het toegestane gebruik nodig is.**

**3. Bij het kopiëren of anderszins verveelvoudigen van de Programmatuur is het Gebruiker nimmer toegestaan in de Programmatuur voorkomende aanduidingen omtrent het makerschap of het vertrouwelijk karakter van de Programmatuur, of enige andere verwijzing naar Leverancier, te wijzigen of te verwijderen.**

**4. Bij het kopiëren of anderszins verveelvoudigen van de Programmatuur is het Gebruiker nimmer toegestaan door Leverancier aangebrachte technische maatregelen in de Programmatuur te verwijderen of te ontwijken. Als beveiligingsmaatregelen tot gevolg hebben dat Gebruiker geen back-upkopie van Programmatuur kan maken, zal Leverancier Gebruiker desgevraagd zonder extra kosten een reservekopie ter beschikking stellen.**

### AANTEKENINGEN

#### 1. Openbaarmaken en verveelvoudigen

Dit zijn de twee exclusieve bevoegdheden die de Auteurswet aan de rechthebbende toekent. Vermelding van dit verbod (‘kopiëren verboden, tenzij toegestaan’) is rechtens niet strikt nodig maar wel wenselijk als herinnering, met name ook voor de gebruiker, die hierdoor genoopt wordt zich af te vragen of alle gebruiksbevoegdheden die hij voor zijn concrete situatie wenst wel voldoende duidelijk en uitdrukkelijk in de overeenkomst zijn opgenomen.

#### 2. Wijzigen

De maker van de programmatuur kan zich ook verzetten tegen wijzigingen in zijn werk, deze wijziging van zodanige aard is, dat het verzet zou zijn in strijd met de redelijkheid(art. 25, aanhef en onder c Auteurswet). Ook de Softwarerichtlijn noemt ‘het vertalen, bewerken, arrangeren of anderszins veranderen van een programma’ als onderdeel van het auteursrecht op programmatuur (art. 4, aanhef en onder b).

#### 3. Toegestaan of beoogd gebruik

Uiteraard moet de gebruiker wel mogen verveelvoudigen, wijzigen etc. voorzover dat hoort bij het toegestane gebruik. Art. 5.1 Softwarerichtlijn bepaalt dat verveelvoudigen en wijzigen door de rechtmatige verkrijger altijd mag (tenzij bij overeenkomst uitdrukkelijk anders bepaald is) wanneer die handelingen noodzakelijk zijn om het computerprogramma te kunnen gebruiken ‘voor het beoogde doel’. Deze EG-bepaling is niet geïmplementeerd in art. 45j Auteurswet. Dit artikel spreekt van beoogde gebruik, hetgeen van een meer beperkte strekking lijkt dan de Softwarerichtlijn (en evenmin als eis stelt dat het anders overeenkomen niet ‘uitdrukkelijk’ hoeft). Uit de parlementaire geschiedenis van de Nederlandse implementatiewet is wel duidelijk geworden dat het bij toepassing van art. 45j niet gaat om het doel dat de gebruiker in zijn hoofd heeft. Men kan verdedigen dat daarbij bepalend is wat leverancier en gebruiker met betrekking tot het ‘beoogde gebruik’ of ‘het beoogde doel’ gezamenlijk hebben gewild (zie Van Schelven/Struik, p. 85; anders: Spoor/Verkade/Visser, p. 596 die van een meer functioneel bepaald beoogd gebruik uit lijken te gaan). Dat kan blijken uit de gezamenlijk gesloten licentieovereenkomst. Ontbreken duidelijke afspraken, dan moeten deze begrippen veeleer naar de verkeersopvattingen worden ingevuld.

Om de kopieer- en wijzigingsvrijheid van de gebruiker niet afhankelijk te laten zijn van dit ongrijpbare ‘doel’, wordt in het model uitdrukkelijk verwezen naar het bij deze overeenkomst toegestane gebruik.

Volgens de Softwarerichtlijn is de verveelvoudiging en/of wijziging die nodig is voor foutcorrectie altijd toegestaan, wederom behoudens uitdrukkelijk afwijkend beding. Zie ook artikel 45j, laatste volzin Auteurswet, waarin wordt gesteld dat de bevoegdheid tot foutcorrectie niet bij overeenkomst kan worden verboden, hetgeen dus nog niet uitsluit dat er geldige beperkingen op deze bevoegdheid kunnen worden geformuleerd. In dit model wordt niet uitdrukkelijk bepaald dat de gebruiker niet gerechtigd is te verveelvoudigen of wijzigen wanneer dat voor foutcorrectie nodig is; het recht wordt in lid 1 zelfs uitdrukkelijk toegekend (zie ook aant. 3 bij art. 10). De gebruiker kan die handelingen zelf verrichten of door een derde doen verrichten. Overigens is de vraag of dat voor de gebruiker technisch mogelijk is als hij niet over de broncode beschikt. Het ‘wettelijk correctierecht’ staat er overigens niet aan in de weg dat de leverancier beschermende bepalingen opneemt voor het geval de gebruiker daadwerkelijk van zijn correctierecht gebruik maakt (zoals het vervallen van garanties).

Bij foutcorrectie gaat het niet om ‘onderhoud’, maar om foutcorrectie voorzover vallend onder de interpretatie van het begrip . Met ander woorden: voorzover onderhoud méér omvat dan enkele foutcorrectie (functionele wijzigingen, nieuwe releases etc.), blijven de daarvoor benodigde verveelvoudigingen of wijzigingen volgens de Richtlijn in principe onderworpen aan toestemming van de leverancier, tenzij de in dit kader benodigde verveelvoudigingen of wijzigingen passen binnen de wettelijke licentie van art. 45j, eerste volzin Auteurswet.

#### 4. Back-up kopie

In art. 5.2 Softwarerichtlijn is voor rechtmatige gebruikers een wettelijk recht op het maken van ‘een reservekopie’ opgenomen, als die (wederom) voor het beoogde doel of foutcorrectie nodig is. Het recht om een reservekopie te kunnen maken kan bij overeenkomst niet worden uitgesloten (art. 9.1 Softwarerichtlijn).

Deze Europese bepaling is in art. 45k Auteurswet geïmplementeerd, en wel op zodanige wijze dat de kopieerbevoegdheid beperkt wordt door het met het computerprogramma gebruik. Anders dan de Europese Richtlijn bepaalt art. 45k Auteurswet niet dat het maken van reservekopieën niet bij overeenkomst kan worden verboden. Dit recht kan, zo wordt vaak aangenomen, wel worden beperkt tot een bepaald aantal reservekopieën.

Het model vervangt ook hier het criterium ‘beoogde doel’ van de Richtlijn door het gebruik dat bij deze overeenkomst is toegestaan.

Het is de rechthebbende op grond van art. 29a Auteurswet toegestaan technische beveiligingsmaatregelen (zoals kopieerbeveiligingen) in de programmatuur op te nemen om niet-toegestane handelingen met die programmatuur te voorkomen of te beperken. De gebruiker die dergelijke maatregelen omzeilt, handelt onrechtmatig. Deze bevoegdheid van de rechthebbende vloeit voort uit Richtlijn 2001/29/EG (Pb. nr. L 167/10) van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (Auteursrechtrichtlijn).

Een dergelijke kopieerbeveiliging kan er echter toe leiden dat de gebruiker de mogelijkheid wordt ontnomen een back-upkopie van de programmatuur te maken. Aangenomen mag worden dat art. 29a Auteurswet niet derogeert aan art. 45k Auteurswet, omdat art. 1 Auteursrechtrichtlijn bepaalt dat deze richtlijn de bepalingen van de Softwarerichtlijn onverlet laat (zie ook Spoor/Verkade/Visser, p. 599 en 600). Hierom is in het model opgenomen dat de leverancier gehouden is de gebruiker om niet te voorzien van een back-upkopie als beveiligingsmaatregelen zouden verhinderen dat de gebruiker een dergelijke kopie zelfstandig kan maken.

#### 5. Aanduiding makerschap

Het in of op het werk vermelden van de maker als auteursrechthebbende, bijvoorbeeld door middel van de bekende ©, is niet een voorwaarde om van auteursrechtelijke bescherming te kunnen profiteren. De vermelding als maker in de programmatuur is wel van belang voor de bewijsregel van art. 4 Auteurswet die zegt dat, behoudens bewijs van het tegendeel, voor maker gehouden wordt hij die op of in het werk als zodanig is aangeduid.

## Art. 5. Reverse engineering

**1. Het is Gebruiker niet toegestaan de Programmatuur te decompileren, de code te verveelvoudigen of te vertalen of anderszins aan reverse engineering te onderwerpen, behoudens voor zover zulks zou geschieden in overeenstemming met de wettelijke regels aangaande het tot stand brengen van interoperabiliteit van de Programmatuur met andere programmatuur.**

**2. Gebruiker verbindt zich om zich in het laatstbedoelde geval eerst schriftelijk tot Leverancier te wenden met een gedetailleerd verzoek om beschikbaarstelling van de gegevens welke Gebruiker door de eerder bedoelde handelingen wenst te verkrijgen. Gebruiker dient daarin aan te geven welke functionaliteit de te ontwikkelen programmatuur zal bevatten en van welke gedeelten van de Programmatuur hij over de broncode zou willen beschikken, een en ander teneinde Leverancier in staat te stellen te beoordelen of, en op welke voorwaarden, Gebruiker de beschikking over de verlangde gegevens kan verkrijgen. Leverancier dient binnen redelijke termijn schriftelijk op dit verzoek te reageren.**

### AANTEKENINGEN

#### 1. Reverse engineering

Reverse engineering is geen eenduidig en duidelijk afgebakend begrip. In het algemeen wordt eronder verstaan het onderzoeken van programmatuur om daaruit af te leiden wat de eisen zijn waaraan de programmatuur probeert te voldoen of de interne werking ervan te onderzoeken. Een meer beperkte omschrijving is het omzetten van de objectcode van de programmatuur naar de broncode om kennis en inzicht te verkrijgen in de werking van de onderzochte programmatuur (zoals de logica, ideeën, programmeermethoden etc.). Dit is disassembleren en is nauw verwant met reverse engineering.

#### 2. Verbod tenzij wettelijk toegestaan

Op grond van art. 6 Softwarerichtlijn verkrijgt de ‘licentiehouder’ of een ander die het recht heeft om een exemplaar van de programmatuur te gebruiken (of een door één van dezen gemachtigde persoon) het recht om de programmatuur te decompileren en de daarbij behorende verveelvoudigingen te maken als dat onmisbaar is om interoperabele programmatuur te maken. Blijkens art. 9 Softwarerichtlijn kan dit recht bij overeenkomst niet worden uitgesloten. In de Nederlandse Auteurswet is een uitgebreide regeling in art. 45m opgenomen. Een van de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn wil men mogen decompileren, is dat de gegevens die nodig zijn om de interoperabiliteit tot stand te brengen, nog niet eerder ‘snel en gemakkelijk beschikbaar’ (de Engelse tekst zegt: available) zijn gesteld. Het is de vraag wanneer aan deze eis van snelle en gemakkelijke beschikbaarheid is voldaan (zie daarover M.M. Jonk en M.C.H.I. van der Dussen, ‘Wanneer is reverse engineering nu toegestaan?’ in: Automatisering Gids (28 augustus 1991), die stellen dat ook gegevens die tegen redelijke vergoeding beschikbaar zijn als ‘readily available’ moeten gelden). Uitgebreid over reverse engineering zijn Van Schelven/Struik p. 107-109.

#### 3. Eerst verzoek aan leverancier

Zoals gezegd, bestaat het recht op reverse engineering als de benodigde gegevens niet eerder (d.w.z. niet reeds snel en gemakkelijk) beschikbaar waren. Het tweede lid van dit artikel voorziet erin dat de gebruiker, als de gegevens niet publiekelijk beschikbaar waren, in ieder geval voor de gegevens eerst nog bij de leverancier moet aankloppen; die kan dan beoordelen of hij deze aan de gebruiker ter beschikking stelt en zo ja, onder welke voorwaarden. Veelal zal een broncodelicentie tot de mogelijkheden behoren (zie ook aant. 4 bij art. 2).

Als de gebruiker verzuimt eerst een verzoek tot de leverancier te richten en direct aan het decompileren slaat, schendt hij de overeenkomst. Tevens zal naar onze mening in dat geval tegen het decompileren weer op grond van het auteursrecht kunnen worden opgetreden, dit mede vanwege art. 6.3 Softwarerichtlijn, dat bepaalt dat de vrijheid tot decompileren niet zodanig uitgelegd mag worden dat de toepassing ervan ongerechtvaardigd nadeel voor de rechtmatige belangen van de rechthebbende oplevert. Een dergelijk rechtmatig belang is onder meer dat de rechthebbende, met name als dat al is overeengekomen, eerst de mogelijkheid moet hebben om te bekijken of hij de verlangde gegevens wellicht vrijwillig afstaat.

#### 3. Bestuderen

Een bepaalde vorm van reverse engineering is volgens art. 5.3 Softwarerichtlijn en het daarop gebaseerde art. 45l Auteurswet altijd toegelaten: het achterhalen welke ideeën en beginselen aan de programmatuur (de Engelse tekst van de Richtlijn zegt: element of the program) ten grondslag liggen door middel van het observeren, bestuderen en uittesten van de werking van het programma mits dat gebeurt bij het rechtmatig laden, in beeld brengen, uitvoeren, verzenden of opslaan van het programma. Dit recht kan volgens art. 9.1 Softwarerichtlijn niet bij overeenkomst worden uitgesloten of beperkt. De Auteurswet zegt echter niets over de vraag of deze bevoegdheden bij overeenkomst kunnen worden uitgesloten of beperkt.

## Art. 6. Geheimhouding, overdracht

**1. Gebruiker zal de Programmatuur niet bekend maken, ter inzage geven of anderszins beschikbaar stellen aan enige derde, daaronder begrepen eigen werknemers die niet noodzakelijk met de Programmatuur behoeven te werken.**

**2. Gebruiker zal de Programmatuur of enige gegevensdrager waarop deze is vastgelegd (al of niet als onderdeel van apparatuur) of het gebruiksrecht voor de programmatuur, niet aan enige derde overdragen of afgeven of daarop (beperkte) rechten verlenen.**

**3. Als Gebruiker desondanks de Programmatuur en/of het gebruiksrecht voor de Programmatuur aan een derde wil overdragen dient hij daartoe vooraf schriftelijk de toestemming van Leverancier te verzoeken en alle daarbij door Leverancier verlangde gegevens te verstrekken. Leverancier zal daarop beoordelen of aan de genoemde derde de Programmatuur kan worden overgedragen en aan deze een nieuw gebruiksrecht kan worden verleend.**

**Toestemming voor overdracht van de Programmatuur en/of verlening van een nieuw gebruiksrecht zal door Leverancier niet worden geweigerd, als de verzochte overdracht of gebruiksrechtverlening past in het door Leverancier voor overdracht van Programmatuur en/of verlening van gebruiksrechten gehanteerde beleid en voldoet aan de daarvoor geldende voorwaarden.**

### AANTEKENINGEN

#### 1. Geheimhouding

Het is in gebruiksrechtcontracten voor programmatuur gebruikelijk om, naast de auteursrechtelijke bescherming, door middel van een geheimhoudingsclausule een additionele bescherming van de programmatuur te realiseren; dit gebruik is afkomstig uit de Verenigde Staten waar op de schending van een trade secret specifieke acties gebaseerd kunnen worden. Tevens biedt het geheimhoudingsbeding een beschermingsmogelijkheid voor gevallen waarin aan de programmatuur om welke reden dan ook auteursrechtelijke bescherming zou worden ontzegd.

Het geheimhoudingsbeding beoogt verspreiding van de programmatuur zelf, los van drager of gebruiksrecht, tegen te gaan.

Dit beding zorgt er ook voor dat de aftersales markt wordt beperkt, aangezien onderhoud door derden – voorzover dit technisch mogelijk zou zijn – niet toegestaan is. Hierom bevatten de meest recente Fenitvoorwaarden (van 3 juni 2003) dit beding in tegenstelling tot de oude voorwaarden niet meer.

Het beding is hier in eenvoudige vorm opgenomen. Voorzover nodig kan het worden uitgebreid met een verplichting tot het schriftelijk aangaan van een geheimhoudingsbeding met alle personen die met de programmatuur in aanraking komen, een verplichting van de gebruiker toe te zien op de naleving van de geheimhoudingsverplichtingen door personen die de programmatuur gebruiken, een boetebeding op schending, een bepaling dat de geheimhoudingsplicht niet geldt voor wat reeds in het publiek domein of door toedoen van de leverancier bekend is etc.

#### 2. Verbod doorlevering

Lid 2 beoogt de leverancier controle te geven over de verdere verspreiding van exemplaren (dragers) van de programmatuur en de daarbij behorende gebruiksrechten met het oog op de leveranciersbelangen zoals aangeduid in aant. 2 en 3 bij art. 2.

De Softwarerichtlijn legt echter in art. 4 aanhef en onder c vast dat de auteursrechthebbende geen controle meer kan uitoefenen op de verspreiding van een exemplaar van de programmatuur dat door hem of met zijn toestemming in de EG ‘verkocht’ is. Met andere woorden: volgens het auteursrecht zou de gebruiker vrij zijn een drager met de programmatuur, waarvan hij eigenaar is geworden, vrijelijk over te dragen aan ieder ander. Deze (communautaire) uitputtingsregel is bij de aanpassing van de Auteurswet aan de Softwarerichtlijn niet met zoveel woorden overgenomen, maar uit de parlementaire stukken blijkt wel dat het recht van de auteursrechthebbende uitgeput raakt zodra het desbetreffende exemplaar van het computerprogramma met zijn toestemming in het maatschappelijk verkeer is gebracht.\_

Overigens doet uitputting zich niet voor als de dragers waarop de programmatuur is vastgelegd, aan de gebruiker zijn verhuurd en mogelijk ook als programmatuur online (via ASP-diensten) ter beschikking is gesteld (zie aant. 2 bij art. 10).

Het onderhavige beding wil die vrijheid weer wegnemen. Het is dan ook de vraag of een dergelijk beding, dat de uitputting van het auteursrecht beoogt te omzeilen, geldig is ten opzichte van art. 85 EG-verdrag.

#### 3. Overdracht gebruiksrecht

In aantekening 2 bij art. 2 werd betoogd dat een gebruiksrecht dat van de aanvang af niet overdraagbaar is gemaakt, in de meeste gevallen ook daadwerkelijk niet aan een derde kan worden overgedragen; zelfs niet als deze ten aanzien van de niet-overdraagbaarheid te goeder trouw was. Art. 3:83 lid 2 BW bepaalt namelijk dat de overdraagbaarheid van ‘vorderingsrechten’ door een beding tussen schuldeiser (de gebruiker) en schuldenaar (de leverancier) kan worden uitgesloten. De vraag is wel of een gebruiksrecht voor software of, zo men wil, een auteursrechtlicentie, als een vorderingsrecht kan worden beschouwd; alleen dan kan de overdraagbaarheid namelijk – met zakelijke werking – bij overeenkomst worden uitgesloten. Als het softwaregebruiksrecht geen vorderingsrecht is, is het hetzij een beperkt recht als bedoeld in art. 3:83 lid 1 BW (en dus altijd overdraagbaar, tenzij de wet of de aard van het recht dat verbiedt hetgeen bezien vanuit de aard van het recht bij maatwerkprogrammatuur wellicht nog verdedigbaar zou zijn), hetzij een rechtin de zin van art. 3:83 lid 3 BW (in welk geval het recht in het geheel niet overdraagbaar is, tenzij de wet anders bepaalt hetgeen de Auteurswet voor auteursrechtlicenties in ieder geval niet doet).

De auteursrechtlicentie wordt door sommigen beschouwd als een beperkt recht (Toelichting Meijers bij art. 3:8 BW; Th.C.J.A. van Engelen in: NJB 1991, p. 434 en B.C. Wentink, De licentie in het vermogensrecht, Zwolle, p. 15). Door anderen wordt de auteursrechtlicentie als een beschouwd (zie H. Struik, ‘Softwarelicenties in faillissement’, in: Tijdschrift voor Insolventierecht 2002/Special, p. 283 en de daar genoemde literatuur en jurisprudentie).

Het auteursrecht zelf is overigens in ieder geval een rechtin de zin van art. 3:83 lid 3 BW.

De wijze waarop een gebruiksrecht (gesteld dat dit zou kunnen) moet worden geleverd is eveneens onzeker. Als het gebruiksrecht als een één of meer bepaalde personen uit te oefenenrecht in de zin van art. 3:94 lid 1 BW moet worden beschouwd (hetgeen de Toelichting Meijers bij dit artikel, enigszins inconsequent, ten aanzien van meent) vindt de levering plaats door een akte, gevolgd door mededeling daarvan aan de persoon tegen wie het recht moet worden uitgeoefend (de auteursrechthebbende). Als men levering van een licentierecht beschouwt als een ‘ander geval’ vereist art. 3:95 BW voor de levering slechts een bestemde akte.

In de beide gevallen is als akte voldoende een slechts door de vervreemder ondertekend stuk, mits de overdracht door de verkrijger (vormvrij) wordt aanvaard.

#### 4. Overdracht drager

Wanneer de programmatuur zich bevindt op een drager die in het bezit is van de gebruiker (zonder dat sprake is van een zgn. illegale kopie), is de vraag of de gebruiker deze drager, ofschoon het gebruiksrechtcontract dat verbiedt, toch rechtsgeldig aan een derde kan overdragen.

Als de gebruiker van die drager eigenaar was is hij zakenrechtelijk gezien beschikkingsbevoegd, ook al heeft hij zich bij overeenkomst verbonden de zaak niet aan derden te leveren. De beperking die art. 45j Auteurswet aanbrengt in de vorm van anders overeengekomen, ziet niet op een derde maar op de relatie licentiegever en licentienemer. Als de gebruiker echter toch doorlevert, is de levering op zichzelf volkomen geldig en wordt de derde eigenaar van dat ‘exemplaar’ van de programmatuur.

Als de gebruiker van de drager geen eigenaar was en hij, zakenrechtelijk gezien, beschikkingsonbevoegd was, wordt de derde ingevolge art. 3:86 BW alleen eigenaar als hij ten aanzien van die beschikkingsonbevoegdheid te goeder trouw was.

De wijze van overdracht is in principe, zoals voor alle roerende zaken, bezitsverschaffing van de zaak aan de verkrijger (art. 3:90 BW).

Wanneer een derde op één van deze wijzen verkrijgervan de programmatuur zou zijn geworden heeft hij volgens de Softwarerichtlijn in ieder geval het recht de programmatuur te gebruiken en te wijzigen voorzover noodzakelijk voor het beoogde doel en voor foutcorrectie.

Niet onder alle omstandigheden zal de derde aan wie de gebruiker in strijd met een contractueel beding een drager met de programmatuur levert, behalve eigenaar ook verkrijgerin de zin van de Softwarerichtlijn en de Auteurswet worden. Als de verkrijging door de derde onder omstandigheden als onrechtmatig aangemerkt kan worden (bijv. bij uitlokking van wanprestatie) zijn wij van mening dat die derde niet als verkrijger beschouwd kan worden.

#### 5. Overdracht met toestemming

In bepaalde gevallen zal de leverancier tegen het overdoen van de programmatuur en gebruiksrecht aan een derde geen bezwaar hebben. Wel zal altijd een eis zijn dat de derde de gebruiksrechtvoorwaarden aanvaardt en daarvan aan de leverancier doet blijken.

In het artikel wordt niet gesproken over overdracht van het gebruiksrecht aan de derde, maar over het verlenen van een nieuw gebruiksrecht. De achtergrond hiervan is dat het aan de gebruiker verleende gebruiksrecht niet overdraagbaar was. Het gevaar bestaat dat dat gebruiksrecht, na een toestemming om toch over te dragen, zijn niet overdraagbare karakter verliest (en dus nadien wél overdraagbaar zou worden).

Vanzelfsprekend zal het beleid en de gevolgde praktijk bij de leverancier ten aanzien van overgang van de programmatuur en gebruiksrechten kunnen worden getoetst aan de art. 85 en art. 86 EG-verdrag; weigering door de leverancier om aan overgang of nieuwe verlening mee te werken kan een vorm van misbruik van economische machtspositie zijn.

#### 6. Voorwaarden voor overdracht

Of de overdracht c.q. verlening van een nieuw gebruiksrecht in een bepaald concreet geval kan worden geëffectueerd is, blijkens de tekst van lid 3, afhankelijk van beleid en voorwaarden die leverancier daarvoor hanteert. Indien gebruiker meent of verwacht dat overdraagbaarheid voor hem van belang is of zou kunnen worden, doet hij er goed aan een zo duidelijk mogelijke afspraak of althans uitspraak te verlangen over de voorwaarden waaraan die overdracht t.z.t. moet voldoen, met name ook eventuele financiële voorwaarden voor de nieuwe gebruiker.

## Art. 7. Intellectuele Eigendomsrechten

**1. Het auteursrecht en alle eventuele overige rechten van intellectuele eigendom alsmede soortgelijke rechten tot bescherming van informatie met betrekking tot de Programmatuur en de documentatie, komen uitsluitend toe aan Leverancier. Niets in deze Overeenkomst strekt tot gehele of gedeeltelijke overdracht van zodanige rechten.**

**2. Leverancier garandeert aan Gebruiker dat de Programmatuur en het aan Gebruiker toegestane gebruik daarvan geen inbreuk maken op intellectuele eigendomsrechten of soortgelijke rechten van derden, en dat hij volledig bevoegd is de in deze Overeenkomst bedoelde rechten te verlenen. Leverancier vrijwaart Gebruiker voor schade die voor Gebruiker het gevolg is van beweerde inbreuk op zodanige rechten van derden, op voorwaarde dat Gebruiker een beweerde inbreuk direct aan Leverancier meldt en, indien Leverancier dat wenst, het verweer tegen zodanige bewering volledig overlaat aan Leverancier en deze daarbij alle verlangde medewerking en informatie verschaft.**

**3. In het geval van een inbreuk of beweerde inbreuk als in het tweede lid bedoeld of naar het oordeel van Leverancier een gerede kans bestaat dat een zodanige inbreuk zich zou kunnen voordoen, is Leverancier gerechtigd de Programmatuur te vervangen of te wijzigen, zodanig, dat de inbreuk daardoor wordt opgeheven en aan de functionele eigenschappen van de programmatuur zo min mogelijk afbreuk wordt gedaan. Als een inbreuk als in het tweede lid bedoeld is vastgesteld bij rechterlijke uitspraak welke in kracht van gewijsde is gegaan en uitvoerbaar is in het land waar Gebruiker is gevestigd, en het blijkt dat een vervanging of wijziging niet mogelijk is zonder wezenlijke afbreuk aan de functionele eigenschappen of gebruiksmogelijkheden van de Programmatuur, is Gebruiker gerechtigd deze Overeenkomst te ontbinden.**

**4. Deze verplichting tot vrijwaring vervalt als de verweten inbreuk verband houdt (i) met door Gebruiker ter gebruik, bewerking, verwerking of incorporatie aan Leverancier ter beschikking gestelde materialen, dan wel (ii) met wijzigingen die Gebruiker in de Programmatuur of andere materialen heeft aangebracht of door derden heeft laten aanbrengen.**

### AANTEKENINGEN

#### 1. Rechten op voortbrengselen van de geest

Voor alle duidelijkheid wordt nog eens vermeld dat geen zogeheten rechten op voortbrengselen van de geest worden overgedragen.

Het artikel is ruim geformuleerd. Naast het auteursrecht op de programmatuur en documentatie kunnen databankrechten, merkrechten en rechten op de handelsnaam een rol spelen (vooral in licentiecontracten met een distributiekarakter), exclusieve rechten op topografieën van halfgeleiders (chips), octrooirechten op apparatuur of werkwijzen die verband houden met programmatuur alsmede aanverwante rechten ter bescherming van knowhow, gebaseerd op art. 6:162 BW (onrechtmatige daad).

#### 2. Leverancier rechthebbende

Zoals gezegd, dit model gaat ervan uit dat de leverancier ook de rechten op programmatuur en documentatie bezit. Als dit niet zo is, zou in lid 1 aan de woorden de leverancierkunnen worden toegevoegd: diens licentiegevers of toeleveranciers.

#### 3. Auteursrechtgarantie

Gebruikelijk is dat de leverancier garandeert dat de programmatuur geen inbreuk maakt op intellectuele eigendomsrechten van derden. Als de leverancier niet zelf de maker van de programmatuur is maar wel de originaliteit daarvan aan zijn afnemers moet garanderen, zal hij op zijn beurt een soortgelijke garantie van zijn leverancier verlangen.

In veel op de Fenitvoorwaarden gebaseerde bepalingen garandeert de leverancier alleen dat de door hem zélf ontwikkelde programmatuur geen inbreuk maakt op intellectuele eigendomsrechten van derden (zie art. 6.7 Fenitvoorwaarden). Dit is met name bezwaarlijk voor de gebruiker als de leverancier (ook) third party software levert (en dus distributeur is) en er tussen de gebruiker en de fabrikant van de third party software geen contractuele relatie tot stand komt (zie voor een overzicht van verschillende distributievormen P.G. van der Putt, ‘Distributie van software’, in: Reeks Monografieën Recht en Informatietechnologie (deel 5), 2006, p. 15-17). In dat geval dreigt de gebruiker tussen wal en schip te vallen. Ons lijkt het wel zo redelijk dat de leverancier er ook met betrekking tot die third party software voor in staat dat die geen inbreuk maakt. Immers, als er een partij is die weet, althans behoort te weten, of dergelijke programmatuur inbreukmakend is, dan is het wel de leverancier met wie de gebruiker zaken doet.

De leverancier staat in voor alle schade die de gebruiker van een beweerde inbreuk zou lijden (bijvoorbeeld: schade omdat hij de programmatuur niet kan gebruiken nadat daarop beslag is gelegd of nadat gebruik bij rechterlijke beslissing op straffe van een dwangsom is verboden).

Intussen zal de leverancier trachten het ontstaan van schade te voorkomen door hetzij met de derde die de inbreuk stelt, tot een regeling te komen, hetzij door de programmatuur zodanig te wijzigen dat van inbreuk geen sprake meer is.

#### 4. Schadevergoeding

De leverancier die programmatuur verkoopt waarmee inbreuk op intellectuele eigendomsrechten van derden wordt gemaakt, kan zich geconfronteerd zien met zeer aanzienlijke schade. Deze schade kan onder omstandigheden ook advocatenkosten omvatten. Op grond van de Richtlijn 2004/48/EG (Pb. Nr. L157/45 van 29 april 2004) betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten (de ) moeten de lidstaten ervoor zorg dragen dat de in het gelijk gestelde partij in intellectuele-eigendomszaken de mogelijkheid heeft redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die hij heeft gemaakt, te verhalen op de in het ongelijk gestelde partij (art. 14). Dit artikel had uiterlijk 29 april 2006 in Nederlandse wetgeving geïmplementeerd moeten zijn. Dit is niet gebeurd, hoewel het wetsvoorstel ter implementatie van de Handhavingsrichtlijn (wetsvoorstel 30 392) op dit moment wel in de maak is. De rechters hebben de Nederlandse regels over proceskostenveroordeling richtlijnconform geïnterpreteerd (bijv. Voorzieningenrechter Rechtbank Almelo 1 juni 2006, nr. 78593, KG ZA 06-112 – Nederhose/Grolsch Hollandhose en Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht 12 oktober 2006, nr. 217582 KG ZA 06-826 – Schuitema/Steengoed De Goedkoopste in Non-Food).

Een en ander betekent dat de inbreukmaker op vordering van de rechthebbende (in elk geval na het niet staken van het maken van inbreuk na diverse sommaties) kan worden veroordeeld tot volledige proceskostenvergoeding, d.w.z. inclusief het soms niet geringe honorarium van de advocaat.

Als de leverancier de gebruiker volledig vrijwaart tegen schade die het gevolg is van een mogelijke inbreuk door de gebruiker op een intellectueel eigendomsrecht van een derde, betekent dit dus dat de leverancier ook de verplichting op zich neemt de volledige proceskosten van de rechthebbende aan de gebruiker te vergoeden. In de praktijk blijkt dat veel leveranciers een (psychische) weerstand hebben tegen vergoeding van advocatenkosten.

Het is in elk geval in het belang van de leverancier (ook ten opzichte van zijn andere gebruikers die niet gebaat zijn bij een faillissement van hun leverancier) enigerlei limitering van aansprakelijkheid op te nemen, bijvoorbeeld door beperking naar de aard van de aansprakelijkheid (nader te omschrijven directe schade) en/of de omvang van de aansprakelijkheid. Dit kan door een bepaling over aansprakelijkheidsbeperking (welke beperking, zoals gezegd, niet in dit model is opgenomen) van overeenkomstige toepassing te verklaren. Als echter de schade het gevolg is van opzet of grove schuld van de leverancier, is een dergelijke beperking van de aansprakelijkheid al gauw in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid. Dit kan ook gelden bij schending van garantieverplichtingen (zie o.m. HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 289, m.nt. CJHB – Pakwoningen/Maasluis).

De leverancier doet er in verband met de Handhavingsrichtlijn ook goed aan overeen proberen te komen dat de gebruiker verplicht is dat deze hem onverwijld informeert over een inbreukclaim van een derde en, indien mogelijk, tevens het gebruik van de inbreukmakende programmatuur staakt, bij gebreke waarvan de vrijwaringsverplichting van de leverancier vervalt.

Overigens ziet men in sommige op Angelsaksische leest gebaseerde overeenkomsten ook wel dat de remedies in het geval van inbreuk (als bedoeld in lid 3) de enige remedies zijn waarop de gebruiker recht heeft, waarmee aansprakelijkheid voor schade – vaak elders in contracten ook nog expliciet – wordt uitgesloten.

Ook kan de leverancier pogen zijn aansprakelijkheidsrisico’s wegens inbreuk op andermans rechten van intellectuele eigendom bij een verzekeraar onder te brengen. Sommige verzekeraars bieden voor dit soort risico’s een dekking aan binnen hun IT-beroepsaansprakelijkheidspolissen. Andere verzekeraars zijn op dit punt voorzichtig, zodat deze een expliciete uitsluiting hiervoor in hun polissen hebben.

#### 5. Ontbinding

Als de inbreuk definitief vaststaat en de programmatuur moet – om de inbreuk weg te nemen – van belangrijke functionaliteit worden ontdaan, dan moet het de gebruiker vrij staan het contract te ontbinden.

In dit model is het midden gelaten wat precies de gevolgen van deze ontbinding zijn. Volgens art. 6:271 BW moeten de over en weer geleverde prestaties ongedaan gemaakt worden. De gebruiker zal dus zijn gebruiksrechtvergoeding terug kunnen vragen; een gedeelte van de prestatie van de leverancier (namelijk leveren van gebruiksgenot) is echter niet terug te geven, zodat daaraan volgens art. 6:272 lid 1 BW een bepaalde waarde moet worden toegekend die met de terug te betalen gebruiksrechtvergoeding moet worden verrekend. Bij deze opmerkingen wordt ervan uitgegaan dat sprake is van een gebruiksrecht voor onbepaalde tijd, verleend tegen betaling van een eenmalige vergoeding. Als sprake is van een periodieke gebruiksrechtvergoeding is het uiteraard eenvoudiger de waarde van het reeds in het verleden verschafte gebruiksgenot te berekenen: deze zal veelal gelijk zijn aan de over die periode betaalde vergoeding.

Voor de leverancier is het raadzaam te bepalen dat de ontbinding slechts werking voor de toekomst heeft (gedeeltelijke ontbinding; art. 6:270 BW; een dergelijke vorm van ontbinding is in op de Fenitvoorwaarden gebaseerde overeenkomsten gebruikelijk). Dit kan door te bepalen dat als de gebruiker vóór de ontbinding prestaties van de leverancier heeft ontvangen, die prestaties en de daarmee samenhangende betalingsverplichtingen geen voorwerp van ongedaanmaking zijn.

## Art. 8. Vergoeding

**1. Voor het in artikel 2 bedoelde gebruiksrecht betaalt Gebruiker aan Leverancier de eenmalige vergoeding zoals in bijlage 3 is vermeld.**

**2. De gebruiksrechtvergoedingen worden vermeerderd met BTW.**

### AANTEKENINGEN

#### 1. Eenmalige vergoeding

Er wordt in dit model van uitgegaan dat voor het gebruiksrecht een eenmalige vergoeding wordt betaald. Denkbaar zijn ook maandelijkse of jaarlijkse gebruiksrechtvergoedingen, al of niet met de clausule dat na een bepaald tijdstip of aantal betalingen niet verder meer betaald behoeft te worden.

## Art. 9. Betaling

**1. De in art. 8 bedoelde vergoedingen dienen te worden voldaan binnen 30 dagen na verzending door Leverancier van een daarop betrekking hebbende factuur.**

**2. Bij gebreke van tijdige betaling is Gebruiker zonder ingebrekestelling of aanmaning in verzuim en is hij gehouden tot vergoeding van de wettelijke rente over het openstaande bedrag.**

**3. Als Gebruiker ook na schriftelijke aanmaning niet betaalt, is hij tevens gehouden tot vergoeding aan Leverancier van alle kosten die deze voor de bedoelde aanmaning en alle verdere incassomaatregelen, in of buiten rechte, heeft gemaakt.**

### AANTEKENINGEN

#### 1. Moment van betaling

*Als een acceptatietest is overeengekomen is het reëel, althans niet ongebruikelijk, dat de gebruiker (een gedeelte van) de vergoeding pas betaalt na acceptatie.*

#### 2. Wettelijke rente

*Bij handelstransacties die tot stand zijn gekomen ná 8 augustus 2002 is de betalingstermijn op grond van art. 6:119a BW (welk artikel een implementatie is van de Richtlijn 2000/35/EG (Pb. L 200/35) van 4 augustus 2000 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties een fatale termijn, in die zin dat de wettelijke rente zonder ingebrekestelling begint te lopen met ingang van de dag volgend op de dag die is overeengekomen als uiterste dag van betaling. Voor de gevallen waarin geen uiterste dag van betaling overeen is gekomen geeft lid 2 van art. 6:119a BW een uitgebreide regeling.*

*De handelsrente is, kort gezegd, gelijk aan de door de Europese Centrale Bank gehanteerde herfinancieringsrente vermeerderd met 7% (art. 6:120 lid 2 BW). Zie verder M. Freudenthal, J.M. Milo en H.N. Schelhaas, ‘Nederlandse zuinigheid bij Europese betalingsachterstand, De wetswijziging betalingsachterstanden in handelsovereenkomsten nader beschouwd’, in: NTBR 2003/2 en H.B. Krans, ‘De betekenis van de handelsrente voor schadevergoeding en boetes’, in: WPNR 05/6623.*

*De regeling van art. 6:119a BW is van regelend recht.*

## Art. 10. Duur, beëindiging

**1. Deze Overeenkomst wordt van kracht op de dag dat deze door beide partijen is ondertekend.**

**Het gebruiksrecht wordt echter pas van kracht nadat de in de art. 8 en 9 bedoelde bedragen aan Leverancier volledig zijn betaald.**

**2. Deze Overeenkomst is aangegaan voor onbepaalde tijd. Zij kan uitsluitend worden beëindigd of ontbonden in één van de gevallen, bedoeld in dit artikel.**

**3. Leverancier heeft het recht deze Overeenkomst door middel van een schriftelijke kennisgeving met onmiddellijke ingang voor de toekomst te beëindigen:**

**- in het geval van schending door Gebruiker van een of meer van zijn verplichtingen ingevolge artikel 3 t/m 6 van deze Overeenkomst of van een van de rechten, bedoeld in artikel 7.1;**

**- als de onderneming van Gebruiker wordt gestaakt als gevolg van faillissement, liquidatie of anderszins;**

**- als Gebruiker de programmatuur feitelijk niet meer gebruikt. Leverancier zal wegens zodanige beëindiging tot geen enkele betaling of schadevergoeding gehouden zijn, onverminderd zijn recht op volledige schadevergoeding wegens schending door Gebruiker van plichten of rechten als hiervoor bedoeld.**

**4. Gebruiker is gerechtigd deze Overeenkomst te ontbinden:**

**- in het geval bedoeld in art. 7.3;**

**- als gebruiker één of meer andere overeenkomsten tussen partijen rechtsgeldig ontbindt of beëindigt wegens toerekenbare tekortkoming van Leverancier en Gebruiker aantoont dat de Programmatuur voor hem vanwege die ontbinding of beëindiging nutteloos is geworden.**

**5. In alle gevallen van beëindiging van deze Overeenkomst, om welke reden ook, dient Gebruiker alle exemplaren van de Programmatuur en de Documentatie die in zijn bezit zijn alsmede alle daarvan gemaakte verveelvoudigingen binnen twee (2) weken na beëindiging of ontbinding af te geven aan het adres van Leverancier. Als een dergelijk retourneren feitelijk onmogelijk is, dient Gebruiker de Programmatuur direct na beëindiging of ontbinding te vernietigen, onder overlegging van een behoorlijk bewijs van die vernietiging. Tevens dient de Programmatuur direct na beëindiging of ontbinding uit alle bij de Gebruiker of verwante ondernemingen aanwezige apparatuur te worden verwijderd.**

### AANTEKENINGEN

#### 1. Gebruiksrecht na betaling

Het ontstaan van het gebruiksrecht is onderworpen aan de opschortende voorwaarde van volledige betaling van de gebruiksrechtvergoeding. Het gebruiksrecht kan ook weer komen te vervallen bij gebreke van (verdere) betaling (zie aant. 7 bij art. 2).

#### 2. Gebruiksrecht voor onbepaalde tijd

Door de aanschaf van programmatuur tegen een eenmalige gebruiksrechtvergoeding, waarvoor men een gebruiksrecht voor onbepaalde tijd verwerft, ontstaat een situatie die, economisch gezien, lijkt op koop van die programmatuur. Van koop is in ieder geval sprake ten aanzien van de drager waarop de programmatuur wordt geleverd als deze tenminste op een drager wordt geleverd (zie aant. 6 bij art. 2).

 lijkt de situatie op eigendom, omdat het auteursrecht, vanwege de uitputtingsregel die nu in de Softwarerichtlijn gecodificeerd is, voor wat betreft beperkingen op overdraagbaarheid terugtreedt wanneer iemand het programma rechtmatig heeft verkregen (zie aant. 2 bij art. 6).

Het zijn uitsluitend de contractuele bedingen, strekkende tot beperking van de overdraagbaarheid van de ‘gekochte’ programmatuur, die maken dat de rechtspositie van de gebruiker aanzienlijk verschilt van eigendom.

Dit betekent onder meer dat er (zeker met betrekking tot standaardprogrammatuur) argumenten zijn om te betogen dat het conformiteitsvereiste (art. 7:17 BW) op de levering van die programmatuur van toepassing is (zie M.E. Heinemann, ‘Garantierichtlijn belangrijke stap in consumentenbescherming’, in: Automatisering Gids (28 juni 2002); zie aant. 1 bij art. 11.

#### 3. Beperkte beëindigingsmogelijkheden

De overeenkomst, en daarmee het gebruiksrecht, kan uitsluitend worden beëindigd in één van de in de leden 3 en 4 limitatief opgesomde gevallen. Ten aanzien van lid 3 wordt opgemerkt dat, in afwijking van wat men veelal ziet, niet het faillissement op zichzelf grond voor beëindiging is, doch pas de daarop volgende beëindiging van de onderneming. Het komt geregeld voor dat ondernemingen, al of niet als voorbereiding op een overdracht van activiteiten door de curator, ook na uitspraak van een faillissement blijven voortbestaan. Op zichzelf is er geen reden om een onderneming die voortgaat met gebruik het gebruiksrecht te ontzeggen, tenzij er natuurlijk sprake is van een periodieke gebruiksrechtvergoeding die niet meer betaald wordt.

Als ervoor wordt gekozen dat het gebruiksrecht van rechtswege eindigt in het geval van een faillissement van de gebruiker, wordt voorkomen dat de curator het gebruiksrecht kan overdragen. Niet wordt echter voorkomen dat de curator een exemplaar van de programmatuur kan overdragen. In dat laatste geval kan de rechtmatige gebruiker aan art. 45j Auteurswet de bevoegdheid ontlenen de programmatuur te verveelvoudigen voorzover dat nodig is voor het beoogde gebruik (zie aant. 3 bij art. 4).

#### 4. Schadevergoeding

Het model bevat geen bepalingen tot uitsluiting of beperking van de leveranciersaansprakelijkheid voor schadevergoeding wegens toerekenbare tekortkoming (exoneratiebeding). Eventuele aansprakelijkheid van de leverancier voor schadevergoeding wegens wanprestatie wordt dan beheerst door de gewone regels van het BW die, kort gezegd, uitgaan van het beginsel dat alle schade, die wordt toegebracht door wanprestatie (toerekenbare tekortkoming) moet worden vergoed. Ook aan aansprakelijkheid wegens wanprestatie van de gebruiker worden geen beperkingen gesteld, een en ander vanuit het uitgangspunt dat de wettelijke regeling de meest ‘eerlijke’ verdeling van verantwoordelijkheden en risico’s biedt.

Overigens is uitsluiting van aansprakelijkheid van de kant van leverancier wel gebruikelijk, vaak via algemene voorwaarden. Een dergelijk exoneratiebeding is dan veelal gericht op schade die zou kunnen ontstaan door het niet of gebrekkig functioneren van de programmatuur, het niet of niet tijdig leveren conform een leveringscontract etc. Aansprakelijkheid voor indirecte of gevolgschade, zoals schade wegens verloren gaan van gegevens of bedrijfsstagnatie, wordt veelal volledig uitgesloten. Strikt genomen gaat het hier echter om aansprakelijkheden die niet direct horen bij een gebruiksrechtcontract.

Op grond van het gebruiksrechtcontract is immers de enige verplichting van leverancier het verschaffen van (ongestoord) gebruik (zie echter aant. 2 bij dit artikel). De enige wijze waarop hij in dié verplichting te kort zou kunnen schieten is in het geval dat zijn programmatuur, wegens inbreuk op rechten van derden, niet gebruikt zou mogen worden. Voor de aansprakelijkheid die dan bestaat bevat art. 7 een bijzondere regeling.

## Art. 11. Gehele overeenkomst

**1. De rechten en verplichtingen van partijen met betrekking tot het gebruik van de Programmatuur zijn uitsluitend in deze Overeenkomst vastgelegd; alle eventuele eerdere afspraken dienaangaande zijn onverbindend.**

**2. Deze Overeenkomst kan slechts worden gewijzigd door middel van een schriftelijk stuk dat door beide partijen is ondertekend.**

### AANTEKENINGEN

#### 1. Geen andere afspraken

Ook deze bepaling beschermt de belangen van de leverancier. Het komt dikwijls voor dat medewerkers van de leverancier (meestal: verkopers) in het offertestadium mondelinge of schriftelijke uitspraken doen dan wel de indruk wekken bij de aspirant-gebruiker die niet in overeenstemming zijn met de contractuele voorwaarden zoals uiteindelijk toegepast. Voorzover dergelijke uitlatingen als afspraak konden worden gekwalificeerd, worden zij door dit beding in ieder geval ongeldig gemaakt. Het is echter niet uitgesloten dat een gebruiker zich met een beroep op art. 7:17 BW met succes hiertegen zou kunnen verweren (zie aant. 2 bij art. 10).

Als vóór de ondertekening van de gebruiksrechtovereenkomst heel expliciete, afwijkende afspraken bestonden, doet men er goed aan in de gebruiksrechtovereenkomst expliciet te bepalen dat de eerdere afspraken met die en die inhoud thans vervallen zijn.

E.H. Hondius wijst er in zijn bijdrage in Hoofdstukken Informaticarecht (p. 77) op dat deze entire agreement clause naar Nederlands recht vermoedelijk ongeldig is, wanneer zij zou voorkomen in algemene voorwaarden die de wederpartij vóór het aangaan van de overeenkomst niet heeft gezien, maar wel geldig indien vervat in een door twee partijen ondertekend contract.

#### 2. Wijziging slechts schriftelijk

Dit beding heeft geen eeuwigheidswaarde. Als na het aangaan van de gebruiksrechtovereenkomst in correspondentie (en dus niet: één schriftelijk stuk) tussen de directies van partijen een afwijkend beding wordt overeengekomen is dat toch geldig; men neemt dan aan dat partijen daarbij tevens stilzwijgend het beding van art. 11 lid 2 hebben gewijzigd. Te verdedigen is dat het beding wél stand houdt indien bijvoorbeeld een werknemer van de leverancier, die op zichzelf wel tot vertegenwoordiging jegens de wederpartij bevoegd is, mondeling met de directeur van de wederpartij een van het gebruiksrecht contract afwijkend beding overeenkomt. In dat geval zal de directie van de werknemer zich jegens de wederpartij kunnen beroepen op onverbindendheid van het afwijkende beding. Omgekeerd kan de directie, die de mondelinge afspraak met de werknemer van de andere partij maakte, zich niet op onverbindendheid van de nadere afspraak beroepen omdat zij willens en wetens afweek van de voor wijzigingen door haar zelf overeengekomen procedure.

## Art. 12. Toepasselijk recht, geschillen

**1. Deze Overeenkomst wordt beheerst door Nederlands recht, met uitsluiting van het Verdrag van Wenen inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken van 11 april 1980 (Weens Koopverdrag).**

**2. Alle geschillen tussen partijen die voortvloeien uit of verband houden met deze Overeenkomst zullen worden voorgelegd aan de rechtbank in de plaats waar Leverancier gevestigd is.**

### AANTEKENINGEN

#### 1. Auteursrecht buiten Nederland

Als de gebruiksrechtovereenkomst mede strekt tot gebruik van de programmatuur buiten Nederland, of zelfs buiten de EG, zal ondanks de toepasselijkheid van Nederlands recht het auteursrecht van het land waar een eventueel omstreden gebruik plaatsvindt, moeten worden toegepast op dat omstreden gebruik. Ingevolge de Berner Conventie geniet de auteursrechthebbende in ieder land voor zijn werk de bescherming die de auteurswet van het desbetreffende land aan zijn eigen onderdanen toekent.

#### 2. Burgerlijke rechter

Met name wanneer het gaat om een contract waarbij zich vragen van auteursrecht kunnen voordoen, is geschillenbeslechting door de burgerlijke rechter veruit te verkiezen boven geschillenbeslechting door middel van arbitrage of bindend advies.

Forumkeuze voor de rechter van de woonplaats van de leverancier bevordert, bij een veelheid van geschillen over zijn standaardcontract, de eenheid van uitlegging van dat contract.

#

# Bijlagen

Bijlage 1. Programmatuur

*Programmatuur - Naam, korte functionele en/of technische omschrijving (evt. bijbehorende apparatuur) en aantal.*

Documentatie

*Omschrijven naar programmatuur waarbij de documentatie behoort en aantal exemplaren.*

Bijlage 2. Gebruikers

*Omschrijven aantal en/of soort gebruikers die gerechtigd zijn de programmatuur te gebruiken.*

Bijlage 3. Vergoedingen

*Omschrijven naar programmatuur zoals aangeduid in bijlage 1, bedrag en periode waarop dit betrekking heeft.*

# Checklist

1. Wat is de rechtsvorm van de wederpartij?

2. Is degene die namens de wederpartij tekent tot vertegenwoordiging bevoegd en zo ja, ook voor een transactie als de onderhavige?

3. Is het als leverancier genoemde bedrijf rechthebbende op de programmatuur c.q. bevoegd daarvoor gebruiksrechten te verlenen?

4. Is het als gebruiker genoemde bedrijf inderdaad het (enige) bedrijf dat de programmatuur gaat gebruiken?

5. Zijn de bijlagen aanwezig?

6. Geven de bijlagen volledig en ondubbelzinnig weer over welke apparatuur en programmatuur (en documentatie) de overeenkomst gaat?

7. Zijn in de bijlage ‘Gebruikers’ de voor de beperking van het gebruiksrecht relevante gegevens vermeld (zoals aantal gelijktijdige of met name genoemde gebruikers)?

8. Bestaat behoefte aan een broncodelicentie?

9. Vormt de beperking van het gebruiksrecht tot bepaalde apparatuur geen belemmering voor het voorgenomen gebruik (ook in het kader van een mogelijke outsourcing)?

10. Wordt alleen gebruik t.b.v. de gegevensverwerking binnen de eigen onderneming beoogd?

11. Is één back-upkopie voldoende?

12. Op welke voorwaarden zal leverancier gegevens t.b.v. compatibiliteit beschikbaar stellen?

13. Voorziet gebruiker op enigerlei wijze de wenselijkheid van overdracht van het gebruiksrecht en zo ja, welke voorwaarden stelt leverancier daaraan?

14. Moet de programmatuur nog aan een acceptatietest worden onderworpen?

15. Bestaan er commitments van leverancier die niet in deze overeenkomst zijn verwerkt maar wel van kracht moeten blijven na ondertekening?