

## Tilburg University

### Van ownership naar access

Mak, Vanessa

*Published in:*  
Ars Aequi

*Publication date:*  
2018

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

Mak, V. (2018). Van ownership naar access: Is toegang de nieuwe eigendom. *Ars Aequi*, 2018(juli/augustus), 664-671.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Van ownership naar access. Is toegang de nieuwe eigendom?

Vanessa Mak\*

Eigendom wordt in de deeleconomie naar de achtergrond gedrongen ten faveure van gedeeld gebruik van zaken. Deze bijdrage analyseert welke effecten de verschuiving van *ownership* naar *access* heeft voor de individuele rechtspositie van gebruikers van zaken en voor het waarborgen van collectieve belangen. De voorlopige conclusie is dat een afnemend belang van eigendom beide aspecten onder druk zet.

## 1 Inleiding

Hebben wij steeds minder zaken en is ons recht geëquipeerd om met die situatie om te gaan? Het is een intrigerende vraag die de redactie van Ars Aequi centraal stelt in dit bijzonder nummer. In tijden waarin volop films gestreamd worden, auto's en fietsen gedeeld, en vakantiewoningen via online platforms verhuurd lijkt het inderdaad dat minder wordt gehecht aan eigendom van zaken. Dat hiermee voordelen worden behaald – minder verspilling, een mindere belasting van het milieu – is evident, maar tegelijk kunnen terecht zorgen worden geuit over de verschraling van eigendom. Het recht van eigendom geeft op individuele basis een sterke rechtspositie ten aanzien van zaken, bijvoorbeeld om ze te kunnen revindiceren, en heeft breder bezien een belangrijke maatschappelijke orderingsfunctie en economische functie. Eigendom, en het bijkomende recht om de vruchten van het gebruik van eigendom te plukken, geeft een *incentive* tot het bewerken en verhandelen van grond en zaken.<sup>1</sup>

Hebben wij steeds minder zaken en is ons recht geëquipeerd om met die situatie om te gaan?

Om te bepalen of ons recht met de verschuiving van eigendom naar vormen van gedeeld gebruik van zaken kan omgaan – of in de woorden van de redactie: van *ownership* naar *access* – is het relevant te kijken welke verschillen een verschuiving naar 'toegangsrechten' met zich brengt. Met toegangsrechten bedoel ik de rechten die personen hebben om zaken die in eigendom aan anderen toebehoren te delen, te lenen, of anderszins te gebruiken. Ik benader deze rechten vanuit een functioneel perspectief: kunnen zij een functie vervullen die, hoewel niet hetzelfde qua invulling, toch vergelijkbaar is met eigendom? De vergelijkbaarheid zoek ik, geïnspireerd door de bijdragen in dit bijzonder nummer, op twee fronten, namelijk de positie van de individuele rechtsgebruiker en de collectieve belangen die door eigendom worden gewaarborgd. Voor het eerste aspect is van belang welke rechtsbescherming personen ontnemen aan de eigendom van een zaak, en of zij er met een verschuiving naar toegangsrechten op achteruit gaan. De waarborging van collectieve belangen ziet op de rol van eigendom in onze maatschappij, als orderingsmechanisme en grond voor publiekrechtelijke acties in bijvoorbeeld het strafrecht en belastingrecht. Daarnaast vallen onder deze noemer

\* Prof. mr. V. Mak is hoogleraar privaatrecht aan Tilburg University.

<sup>1</sup> Zie Claassen & Al Salman in dit nummer, R. Claassen & Y. Al Salman, 'From Ownership to Access. A Philosophical Perspective on the Rise of Access-Based Consumption', AA 2018, afl. 7/8, p. 566-576 (AA20180566), met verwijzing naar o.a. John Locke. Het burennrecht laat zien dat het afbaken en beschermen van de eigen leefruimte niettemin een belangrijke bron van geschillen blijft.



Foto en knutselwerk: Manon Heinsman  
© Ars Aequi

ook functies van eigendom als instrument voor de verwezenlijking van fundamentele waarden en doelen, zoals autonomie en duurzaamheid (*sustainability*).

De volgorde van behandeling is als volgt. Ik vang aan met een beschouwing van de positie van de individuele gebruiker, waarin ik voorbeelden verwerk uit de bijdragen in dit nummer over *cloud services*, muziekbestanden, *cryptocurrencies*, *crowdownership*, en de Wet giraal effectenverkeer (par. 2). Uit de concrete voorbeelden zal ik een aantal algemenere inzichten proberen af te leiden over de rechtspositie van gebruikers. Op welke punten verliezen zij door de verschuiving van eigendom naar toegang, waar winnen zij, en zijn verbeteringen denkbaar in of buiten het recht? Het perspectief wisselt vervolgens naar de waarborging van collectieve belangen. De vraag welke effecten de ontwikkeling van eigendom naar het delen van zaken in die context heeft, behandel ik aan de hand van de bijdragen over btw-heffing op zaken, het gebruik van peer-to-peer-netwerken door de overheid, en strafbaarstelling van digitale vermogensdelicten (par. 3). Paragraaf 4 maakt de balans op – is toegang de nieuwe eigendom?

## Wat betekent het voor individuele gebruikers dat zij zaken niet in eigendom hebben maar er slechts gebruik van maken?

### 2 Individuele rechtsbescherming

Wat betekent het voor individuele gebruikers dat zij zaken niet in eigendom hebben maar er slechts gebruik van maken? De bijdragen van *Neppelenbroek & Sturris* over muziekbestanden en van *Verheul* over *cloud services* spreken tot de verbeelding. De belangrijkste vraag voor vele gebruikers is wat zij kunnen en mogen met de door hen verkregen zaken en diensten. Voor muziekbestanden gekocht via iTunes, Spotify of een andere online aanbieder is bijvoorbeeld een vraag of die met anderen gedeeld kunnen worden en zo ja, op welke wijze. Een muziek-cd (of tegenwoordig weer *en vogue*: een lp) kan fysiek aan een ander worden uitgeleend, verkocht of weggegeven. Bij digitale muziekbestanden zijn de mogelijkheden veel beperkter, ofwel vanwege technische belemmeringen ofwel omdat juridisch via contractuele licenties beperkingen zijn gesteld aan het 'reproducen, wijzigen, verhuren, uitlenen, verkopen of distribueren'

van content.<sup>2</sup> Daarmee lijkt de muzikliefhebber, in het bijzonder diegene die is opgegroeid met de muziek-cd, een minder gunstige rechtspositie te hebben als downloader van muziek dan als eigenaar van cd's en lp's.

Evenals Neppelenbroek val ik in de cd-generatie en zie dit als een nadeel. Als je een vriend naar jouw muziek wilt laten luisteren, hoe doe je dat dan, stuur je een link naar Spotify door?<sup>3</sup> De vermogensrechtelijke positie van een cd-eigenaar lijkt, zowel op grond van de koopregeling in het BW als vanuit het auteursrecht bezien,<sup>4</sup> gunstiger dan een downloader van muziek. *Neppelenbroek & Sturris* geven echter terecht aan dat het lastig is om ten aanzien van de vraag naar de overdraagbaarheid van (iTunes-)muziekbestanden een rechtvaardig evenwicht te vinden tussen de belangen van de auteursrechthebbende en de gebruiker.<sup>5</sup> De uitputtingsleer kan bij digitale muziekbestanden, die in beginsel onbeperkt gekopieerd en doorverkocht kunnen worden, niet op dezelfde wijze worden toegepast als bij fysieke dragers waarover de auteursrechthebbende grotere controle heeft over nieuwe uitgaves. Op dit punt, zo geven zij aan, ligt een rechtspolitieke vraag waarover de wetgever zich op enig moment zal moeten buigen. Tot die tijd is de positie van de cd-eigenaar vermogensrechtelijk sterker dan van een downloader, ook al moet hij of zij het gebruiksgemak van afspeellijsten op Spotify missen.

Voor *cloud services* is de meest relevante vraag van gebruikers een andere, namelijk: kan ik door mij in de cloud geüploade gegevens revindiceren? Dat is een wezenlijke vraag omdat de gebruiker – niet alleen een consument, het kan ook een bedrijfsmatige gebruiker zijn – afhankelijk is van de *cloud service*-aanbieder voor het opslaan en zorgvuldig bewaren van de gegevens van gebruikers. *Verheul* brengt in zijn bijdrage overzichtelijk in kaart welke mogelijkheden gebruikers hebben tot revindicatie. Opvallend is dat het goederenrecht op dit punt minder in staat lijkt te zijn om passende oplossingen te bieden, terwijl het recht tot revindicatie toch daar haar oorsprong heeft. De hindernis zit ten eerste in het zaaksbegrip: digitale gegevens, of 'data',<sup>6</sup> laten zich niet makkelijk kwalificeren als 'zaak' omdat zij niet van stoffelijke aard zijn. Daarmee vallen zij buiten het bereik van artikel 3:2 BW en genieten niet de bescherming, inclusief de mogelijkheid tot revindicatie, die een eigenaar of rechthebbende toekomt.

Een andere vraag is of het wenselijk is om data in het goederenrecht onder te brengen. *Verheul* komt, zoals anderen met hem, tot de

2 Zie E.D.C. Neppelenbroek & N.F.W. Sturris, 'De vermogensrechtelijke positie van de muzikliefhebber in tijden van iTunes en Spotify', AA 2018, afl. 7/8, p. 590-600 (AA20180590).

3 Een andere vraag: welke muziek is online beschikbaar? Spotify kan wellicht niet mijn favoriete jazznummer bieden maar wel, met grotere waarschijnlijkheid, een 80s hit. Overigens geen waardeoordeel over de muziek: ik kan van beide genieten.

4 De koopregeling is van toepassing op digitale inhoud die niet op een materiële drager is geleverd maar die wel is geïndividueeliseerd en waarover feitelijke macht kan worden uitgeoefend, ingevolge art. 7:5 lid 5 BW. Daaronder vallen gedownloade muziekbestanden.

5 Neppelenbroek & Sturris 2018, p. 597

6 De term 'data' heeft geen eenduidige definitie maar omvat in elk geval structurele informatie dan wel digitale bestanden. Zie E.F. Verheul, 'Revindicatie van data in de cloud', AA 2018, afl. 7/8, p. 578-589 (AA20180578)

conclusie dat data niet in het systeem van het goederenrecht past, onder andere omdat data niet-rivaliserend maar eenvoudig dupliceerbaar is. Of deze redenering standhoudt, is een vraag die het korte bestek van deze aggregerende bijdrage te buiten gaat.<sup>7</sup> Interessant is dat een aantal alternatieve wegen voor het omgaan met data, en de mogelijkheid tot revindicatie, openliggen en verder kunnen worden onderzocht. Een optie die *Verheul* suggereert is de aanpassing van het auteursrecht of het databankenrecht. Hij zoekt zijn heil dus ten eerste, evenals *Neppelenbroek & Sturris*, in de hoek van het intellectuele-eigendomsrecht. Ook hij geeft aan dat het hier gaat om een vraag van rechtspolitieke aard, waarbij de vrijheid van informatie en de vrijheid van handel en industrie een rol spelen.<sup>8</sup> Met andere woorden: de (economische) belangen van de schepper en eigenaar van data moeten worden afgewogen tegen de belangen van andere gebruikers van data. Een andere optie die *Verheul* suggereert is het in het leven roepen van een wettelijk opeisingsrecht, specifiek voor data. Hij stelt echter, ten derde, dat ook een buitenwettelijke oplossing mogelijk is, en wel op grond van het bestaande verbintenissenrecht. In zijn analyse zou via de weg van de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) een mogelijke grond voor opeising bestaan, omdat inbreuk op eens anders eigendomsrecht onrechtmatig is. Rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat de schuldenaar in plaats van teruggave van de zaak ook kan kiezen voor betaling van vervangende schadevergoeding (art. 6:103 BW), en dat in faillissement de curator moet worden aangesproken en niet de failliet, maar verder zou deze weg het gewenste resultaat hebben: een praktisch recht tot revindicatie. Mijns inziens is dit een interessante suggestie. Niettemin kan worden afgevraagd of dit alternatief praktisch de gewenste uitwerking heeft. Een aantal aspecten is juridisch onzeker, bijvoorbeeld: hoe wordt schadevergoeding begroot; is het in alle gevallen mogelijk om voor een uitkering in natura te kiezen bij data; en wordt op deze wijze het gesloten systeem van het goederenrecht niet omzeild? Al met al lijkt de positie van de gebruiker van *cloud services* zonder wettelijk ingrijpen geen hele sterke, omdat hij zonder dit soort kunstgrepen niet kan revindiceren zoals een eigenaar dat kan.

Het gesloten systeem van het goederenrecht bepaalt waar de krijtlijnen staan met betrekking tot een ander product van nieuwe technologieën: de bitcoin. *Tweehuysen* behandelt in haar bijdrage de goederenrechtelijke status van *cryptocurrencies*, waarbij de bitcoin als

meest gebruikte *currency* als voorbeeld wordt gebruikt. Over de goederenrechtelijke status van bitcoins is al veel geschreven en experts blijven verdeeld. De bitcoin past niet goed in het systeem van het goederenrecht. In het algemeen wordt zij niet geacht te vallen binnen de definitie van geld, noch van zaken of vorderingen. Een oplossing zou zijn om bitcoins te kwalificeren als algemeen, absoluut vermogensrecht. *Tweehuysen* voelt voor die oplossing en heeft gelijk dat daarmee recht zou worden gedaan aan een maatschappelijke werkelijkheid waarin mensen bitcoins ervaren als goederen die aan hen toebehoren.<sup>9</sup> Of die werkelijkheid voldoende is om twijfelaars over de streep te trekken, is echter nog de vraag. Het gesloten stelsel van het goederenrecht zou eraan in de weg kunnen staan dat een vermogensrecht ten aanzien van bitcoin wordt erkend, nu geen apart recht van dien aard in de wet is opgenomen. Op grond van een tegengestelde visie, zoals voorgestaan door een aantal prominente auteurs in het goederenrecht, zou het echter mogelijk zijn om artikel 3:6 BW (inzake vermogensrechten) ruim uit te leggen. Ook hier bestaat dus een keuze die ofwel door de hoogste rechter, ofwel door de wetgever zal moeten worden uitgemaakt. Mocht die keuze uitvallen naar een algemeen vermogensrecht, dan heeft de rechthebbende een sterke positie.

*Streep* behandelt *crowdownership*, ofwel mede-eigendom. Zij stelt dat mede-eigendom niet per se meer voorkomt dan voorheen, en dat de bestaande regels voor bijvoorbeeld gemeenschappen voldoende handvatten bieden. Wél nieuw zijn de uitdagingen op een aantal terreinen waar een verschuiving van eigendom naar toegang plaatsvindt: de deeleconomie, de circulaire economie, en de toenemende verkoop van digitale producten zoals e-books.<sup>10</sup> Voor de individuele gebruiker ontstaan in alle drie de gevallen vragen over zijn of haar rechtspositie. Voor de deeleconomie en digitale producten is een deel van de problematiek eender aan de bovenstaande voorbeelden. De circulaire economie levert nog een aantal specifiek goederenrechtelijke problemen op. Het doel van deze maatschappelijke beweging is om grondstoffen zo efficiënt mogelijk te gebruiken en hergebruiken zodat zij het milieu minder belasten. Een voorbeeld van een initiatief uit deze hoek is de bouw van tijdelijke vleugels aan een gemeentehuis die na twintig jaar kunnen worden afgebroken en in verschillende onderdelen door de oorspronkelijke leveranciers kunnen worden gerecycled.<sup>11</sup> Goederenrechtelijk is dit een vrij lastige casus, want hoe kan de leverancier aanspraak blijven maken op de gele-

7 Tjong Tjin Tai heeft bijvoorbeeld overtuigend betoogd dat data wel degelijk rivaliserend is, omdat de rechthebbende op data wel degelijk last kan hebben van het ongeoorloofd gebruik van de data door een ander, en er ook in rechte tegen kan optreden; T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Data ownership and consumer protection', *EuCML* 2018, te verschijnen, met verwijzing naar T. Hoeren & J. Völkel, 'Eigentum an Daten', in: T. Hoeren (red.), *Big Data und Recht*, München: Beck 2014. Het probleem zit wellicht eerder in de dupliceerbaarheid, en daarmee gebrek aan controle en gemakkelijke verspreiding van data.

8 Verheul 2018, p. 585.

9 Zie V. Tweehuysen, 'Goederenrechtelijk puzzelen met bitcoins', *AA* 2018, afl. 7/8, p. 602-610 (AA20180602).

10 N.C. Streep, 'De eigendom voorbij? Juridische aspecten van crowdownership en andere opkomende fenomenen', *AA* 2018, afl. 7/8, p. 612-619 (AA20180612).

11 Streep 2018, p. 616

verde onderdelen? Die worden in beginsel door natrekking onderdeel van het gebouw (art. 3:4 lid 1 BW). Een creatieve constructie op grond van erfpacht wordt inmiddels in de praktijk gehanteerd, maar is niet waterdicht. *Streep* wijst terecht op de beperkingen van die constructie, namelijk dat erfpacht ziet op het gebruik van een onroerende zaak maar niet op een bestanddeel ervan; dat de erfpachter aan het einde van de looptijd recht heeft op vergoeding van de waarde van wat op zijn kosten is aangebracht maar niet op wegneming ervan; en dat een erfpachtrecht normaliter later in tijd zal worden gevestigd dan een bouwhypothek en daarmee lager in rang komt bij uitwinning. De individuele gebruiker heeft ook in deze situatie een minder sterke rechtspositie dan een eigenaar. Ten gunste van de stimulering van de circulaire economie, zouden andere regels wenselijk zijn, voor zover de rechtspraktijk niet alsnog via andere wegen tot oplossingen komt.

*De Serière*, tot slot, stelt de vraag of de Wet giraal effectenverkeer (Wge) na 41 jaar aan modernisering toe is.<sup>12</sup> De Wge is interessant omdat het een voorbeeld is van gedeeld gebruik – in dit geval vermogensbeheer door een intermediair – van ruim voor de opkomst van de deeleconomie. Een belangrijk doel van de wet was het beschermen van individuele beleggers tegen het insolventierisico van de intermediair. Dat deel lijkt grotendeels geslaagd te zijn. Niettemin kent de wettelijke regeling lacunes en pleit *De Serière* voor de invoering van een andere vorm voor het regelen van giraal effectenverkeer, namelijk een directholdingsysteem. Het voordeel van een dergelijk systeem zou zijn dat beleggers een aantal rechten rechtstreeks geldend kan maken jegens de uitgevende instelling – bijvoorbeeld financiële rechten en zeggenschapsrechten – in plaats van via een intermediair. Door een beweging te maken richting dergelijke individuele rechten zouden beleggers een sterkere bescherming krijgen tegen het insolventierisico van de intermediair.

Op de algemenere, rechtspolitieke aspecten die in deze vijf bijdragen worden aangestipt kom ik terug in paragraaf 3. Voor de individuele rechtspositie van gebruikers kan kort worden gezegd: die is bij *access* in vrijwel alle gevallen minder sterk dan bij *ownership*. De juridische toegestane mogelijkheden voor gebruik, overdracht, revindicatie en recycling worden beperkt door bestaande regelgeving. In het bijzonder het intellectuele eigendomsrecht en het goederenrecht zijn op deze punten onvoldoende geëquipeerd om vergelijkbare rechtsbescherming te bieden aan gebruikers als aan eigenaren of rechthebbenden. Als een

hoger niveau van bescherming wenselijk wordt geacht dan lijkt de wetgever aan zet te zijn. Dat lijkt overigens ook het geval te zijn bij de bescherming van collectieve belangen.

Als een hoger niveau van bescherming wenselijk wordt geacht dan lijkt de wetgever aan zet te zijn. Dat lijkt overigens ook het geval te zijn bij de bescherming van collectieve belangen

### 3 Collectieve belangen

Collectieve belangen die worden gediend door eigendom zijn divers. Eigendom heeft een functie als ordeningsmechanisme in de samenleving, bijvoorbeeld om conflicten over land te voorkomen. Het heeft ook een economische functie – gericht op een efficiënt gebruik van zaken en grondstoffen – en een ideële functie, namelijk te bevorderen dat individuen hun autonomie kunnen realiseren. *Claassen & Al Salman* voegen nog een ander belang aan het rijtje toe: het streven naar *sustainability* ten aanzien van gebruik van zaken en grondstoffen. Een verschuiving naar toegangsrechten zou *sustainability* kunnen bevorderen, maar tegelijk zou het afnemende belang van eigendom de andere belangen kunnen ondermijnen.

Hoewel de indeling van belangen in deze drie hoofdmaken handvatten biedt voor het maken van rechtspolitieke keuzes, is belangrijk te realiseren dat de veranderingen ten aanzien van eigendom aan een waaier van andere, specifiekere collectieve belangen raakt. Gedacht kan worden aan de bescherming van werknemers in de zogeheten ‘gig economy’, waarin diensten per stuk worden aangeboden door zelfstandige, vaak niet-professionele aanbieders. Voorbeelden zijn Uber,<sup>13</sup> en allerhande bezorgservices. In deze context kan overigens ook worden betoogd dat de *gig economy* ook kansen biedt aan personen om zich op een markt te begeven die anders gesloten zou blijven, en daarmee hun autonomie te realiseren. Een ander geval: belangen die worden geraakt door de kortetermijnverhuur van (vakantie)woningen, zoals via Airbnb, zijn de beschikbaarheid van woonruimte op de vrije markt en het ongestoord woongenot van omwonenden. Daartegenop weegt wellicht het stimuleren van toerisme, dat tot op zekere hoogte bijdraagt aan maatschappelijke welvaart.

<sup>12</sup> V.P.G. de Serière, ‘De Wet giraal effectenverkeer: “if it ain’t broke why fix it?”’, AA 2018, afl. 7/8, p. 620-628 (AA20180620).

<sup>13</sup> Overigens is Uber in een aantal landen door de rechter aangemerkt als werkgever met bijbehorende juridische verplichtingen jegens haar chauffeurs.

Dit zijn slechts voorbeelden, maar ze maken duidelijk dat de rechtspolitieke context waarin keuzes moeten worden gemaakt over de waarde en de bescherming van eigendom rijkgeschaakerd is. De verschillende bijdragen aan dit bijzonder nummer laten ieder een deel van deze belangenafweging zien. Om een algemene lijn te trekken over wat wenselijk is, is ondoenlijk. Wel kan een aantal aspecten worden uitgelicht. Ik zal de verschillende belangen nader in kaart brengen aan de hand van (1) de positie van individuele rechtsgebruikers besproken in paragraaf 2; (2) collectieve belangen en de overheid. Bij elk van de belangenafwegingen kan het rechtsfilosofische kader zoals geschetst door *Claassen & Al Salman*, met drie te onderscheiden functies van eigendom, handvatten bieden om tot een keuze te komen.

## Een verschuiving naar toegangsrechten zou *sustainability* kunnen bevorderen, maar tegelijk zou het afnemende belang van eigendom andere belangen kunnen ondermijnen

### 3.1 Individuele rechten, collectieve belangen

Een aantal van de observaties over de individuele rechtspositie van gebruikers in paragraaf 2 raakt aan collectieve belangen. Vragen over rechten ten aanzien van muziek of andere databestanden raken al snel aan de grondbeginselen van het intellectuele-eigendomsrecht. In dat kader wordt veelal een afweging gemaakt tussen wat nodig is om innovatie te stimuleren – bijvoorbeeld dat een auteur royalties ontvangt voor geschreven werk en dus de vruchten plukt van de geïnvesteerde arbeid – en het maatschappelijk belang om informatie en uitvindingen vrij te kunnen delen.<sup>14</sup> Individuele rechten kunnen de ene of de andere doelstelling ondersteunen. De uitputtingsleer, boven aangehaald en verder besproken in het stuk van *Neppelenbroek & Sturris*, zorgt er bijvoorbeeld voor dat een auteur beloond wordt voor gedane arbeid. Die beloning kan worden gerechtvaardigd op basis van morele gronden, maar ook op economische gronden, als stimulans voor creatie en daardoor wellicht ook innovatie. Tegelijk vormt deze aanpak een beperking op de vrije verhandeling van data, wat weer beperkend zou kunnen werken op innovatie. Deze spanning is ook zichtbaar bij *cloud services*. Het is een rechtspolitieke keuze

op welk belang wordt ingezet en de vraag is binnen welk kader die keuze zou moeten worden gemaakt.

Op de in kaart gebrachte punten kan de bredere, filosofische bespiegeling van *Claassen & Al Salman* handvatten bieden. In grote lijnen valt een utilitaristische benadering gericht op efficiëntie samen met het idee dat eigendomsrechten niet zo breed moeten zijn dat ze het delen van informatie in de maatschappij in de weg staan. Het autonomiebeginsel kan juist als rechtvaardiging worden gezien voor een benadering waarin de individuele rechten van auteurs of andere scheppers worden beschermd. Zij kunnen hun potentieel, gebaseerd op eigen gekozen waarden, realiseren in de wetenschap dat zij daarvoor beloond zullen worden. Het is aan de wetgever om te bepalen op welke belangen wordt ingezet. In de huidige tijd, waarin vrije beschikking over data en informatie een grote impuls zou kunnen geven aan maatschappelijke ontwikkelingen, bijvoorbeeld door bedrijven de mogelijkheid te geven te concurreren op gepersonaliseerde dienstverlening aan consumenten, zou het niet vreemd zijn als de keuze uitvalt ten gunste van beperktere eigendomsrechten.

### 3.2 Collectieve belangen en de overheid

De overheid is per definitie een behartiger van collectieve belangen. Zij heeft om die reden een belangrijke controlerende functie in de groeiende deeleconomie, en het beheersen van de effecten die nieuwe technologieën op de samenleving hebben. Ten aanzien van online platforms is reeds gesignaleerd dat de overheid moet waken voor het waarborgen van publieke belangen.<sup>15</sup> Recent is ook de circulaire economie op de beleidsagenda van de overheid verschenen, evenals de energietransitie van milieu- en klimaatbelastende bronnen naar nieuwe vormen van energie.<sup>16</sup> De overheid dient bij deze ontwikkelingen, waar private partijen ten dele de rol van aanbieder van diensten overnemen, erop toe te zien dat publieke belangen voldoende gewaarborgd blijven. Aandachtspunten zijn onder andere het waarborgen van de kwaliteit van diensten, de toegankelijkheid van diensten voor burgers, de bescherming van persoonsgegevens, consumentenbescherming, en het bredere toezicht op markten.

Drie bijdragen in dit bijzonder nummer richten zich op overheidsfuncties die worden beïnvloed door de opkomende deeleconomie en nieuwe technologieën. *Schippers* analyseert de btw-heffing op via online platforms verkochte zaken, *Ranchordás* bespreekt het gebruik van blockchain als peer-to-peer mechanisme

<sup>14</sup> Vgl. *Claassen & Al Salman* 2018, met verwijzing naar M.A. Lemley, 'Property, Intellectual Property, and Free Riding,' *Texas Law Review* (83) 2005, p. 1031-1075

<sup>15</sup> Rathenau Instituut, *Eerlijk delen. Waarborgen van publieke belangen in de deeleconomie en de kluseconomie*, rapport 2017.

<sup>16</sup> Zie o.a. SER, *Werken aan een circulaire economie: geen tijd te verliezen*, advies 16/05, 2016.

om (overheids)diensten te faciliteren, en *Ten Voorde* gaat in op strafbaarstelling van digitale vermogensdelicten. In alle drie de gevallen is de vraag of regelgeving in staat is om nieuwe ontwikkelingen het hoofd te bieden. Daarbij ligt in de eerste bijdrage de nadruk op de geadresseerden van overheidsmaatregelen – dat wil zeggen, aanbieders en consumenten die door het btw-regime worden geraakt – en de vraag welke verplichtingen zij (zouden moeten) hebben in het licht van het collectieve belang van belastingheffing. In het tweede geval ligt de nadruk op private partijen die overheidsfuncties overnemen. Daarbij is in het geding of private partijen voldoende in staat zijn om collectieve belangen te waarborgen, of dat hier toch de overheid aan zet blijft. De derde bijdrage, over strafbaarstelling, is algemener van aard en raakt aan een groot aantal collectieve belangen, waaronder het belang van een economie die draait op eerlijke concurrentie. De in deze bijdragen voorliggende vragen gaan een stap verder dan de eigendomsvraag en bezien eerder de overkoepelende, maatschappelijke effecten van een verschuiving naar de deel-economie. Zij vallen dan ook niet een-op-een samen met het filosofische kader van *Claassen & Al Salman*. Niettemin kunnen raakvlakken worden gevonden in de rechtspolitieke vragen die opkomen.

*Schippers* brengt aan de hand van de koop van een boek in verschillende verschijningsvormen, van papier tot e-book, treffend in beeld hoe het zit met btw-heffing op zaken.<sup>17</sup> Zowel voor de verkoper als de consument-koper bestaan vragen over de toepassing van bestaande regelgeving op nieuwe typen zaken. Verkopers op online platforms zijn vaak individuele, niet-professionele aanbieders. Toch kunnen zij onder omstandigheden btw-plichtig worden geacht, of juist voordelen genieten als btw-ondernemer. Een reden om terughoudend te zijn met het opleggen van btw-verplichtingen aan aanbieders in de deeleconomie is echter, zoals *Schippers* terecht stelt, dat de administratieve last die dit meebrengt aanzienlijk zal zijn. Uit efficiëntie-overwegingen, om terug te grijpen naar het normatieve kader geschetst door *Claassen & Al Salman*, ligt het daarom voor de hand dat de wetgever zich hierover buigt en wellicht kiest voor geen of slechts een beperkte btw-plicht voor particuliere aanbieders op online platforms.

Ten aanzien van kopers is de overheid vrij om op e-books het hoge btw-tarief van 21% toe te passen, terwijl voor boeken die worden geleverd op een fysieke drager het lagere tarief van 6% geldt. Dat verschil lijkt moeilijk te recht-

vaardigen – het gaat tenslotte om gelijksoortige producten – en de kans is niet ondenkbeeldig dat een aanpassing van de regels volgt naar aanleiding van wetgeving op Europees niveau.

De bijdrage van *Ranchordás* belicht de vraag of de overheid zorgvuldig bestuurlijk optreden kan waarborgen indien peer-to-peer-netwerken, zoals bij blockchain, worden ingezet bij de uitvoering van overheidsdiensten.<sup>18</sup> Zij snijdt daarmee een belangrijke vraag aan. In dit geval strijdt efficiëntie met beginselen van behoorlijk bestuur. Nieuwe technologieën zoals blockchain kunnen economische voordelen opleveren omdat zij bestaande, omslachtige systemen voor het betrouwbaar vastleggen van gegevens automatiseren. In het kadaster wordt daarmee bijvoorbeeld al in verschillende landen geëxperimenteerd.<sup>19</sup> Bij overheidsdiensten zou echter doorslaggevend moeten zijn dat zij zorgvuldigheid en betrouwbaarheid van gegevens garanderen. Vanuit dat opzicht moet voorzichtigheid worden betracht bij het te snel omarmen van systemen die afhankelijk zijn van private partijen. Blockchain kan overigens een zeer betrouwbare techniek zijn indien naar behoren ingericht. Frauderen is vrijwel onmogelijk omdat degene die dat probeert ten minste 50% van het netwerk in beheer moet hebben, of een meerderheid van de gedecentraliseerde *nodes* moet weten te hacken.<sup>20</sup>

Een laatste onderwerp in de categorie collectieve belangen en overheid betreft strafbaarstelling van digitale vermogensdelicten, in dit nummer besproken door *Ten Voorde*.<sup>21</sup> De rechtvaardigingen voor strafbaarstelling van dit type delicten zijn pluriform, zo blijkt. Het uitgangspunt van bescherming van individuele eigendom wordt aangevuld met collectieve belangen, bijvoorbeeld bij een evenredige verdeling van goederen, de bescherming van publieke goederen, goede kapitaalsvorming, eerlijke concurrentie, en gegevensbescherming. De wetgever en rechter lijken tot nu toe redelijk te kunnen inspelen op de opkomst van digitale vermogensdelicten. Een aspect daarvan is dat in het strafrecht in sommige gevallen sneller dan in het goederenrecht wordt aangenomen dat sprake is van een goed dat juridische bescherming geniet.<sup>22</sup> Zo heeft de Hoge Raad belminuten en sms-berichten als goed aangemerkt, daarbij opmerkend dat met die bescherming ook een collectief, economisch belang gediend wordt gezien 'de functie die belminuten en sms-berichten in deze economische betekenis in het maatschappelijk verkeer vervullen'.<sup>23</sup>

Kortom, deze drie bijdragen laten zien dat de overheid op verschillende vlakken verantwoordelijk is voor het waarborgen van collectieve

17 M.L. Schippers, 'De eigendom voorbij: uitdagingen vanuit een btw-perspectief', *AA* 2018, afl. 7/8, p. 644-653 (AA20180644)

18 S.H. Ranchordás, 'P2P-netwerken, deeleconomie en blockchain: de vergunning is dood, lang leve de vergunning!', *AA* 2018, afl. 7/8, p. 654-663 (AA20180654).

19 Voor de goederenrechtelijke aspecten daarvan, zie A. Berlee, *Access to Personal Data in Public Land Registers*, Den Haag: Boom Juridisch 2018.

20 T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Juridische aspecten van blockchain en smart contracts', *TPR* 2017, p. 563-609.

21 J.M. ten Voorde, 'Digitale vermogensdelicten in het Wetboek van Strafrecht. Een zoekplaatje met gevolgen?', *AA* 2018, afl. 7/8, p. 630-642 (AA20180630).

22 Zie over het RuneScape-arrest G. Pesselse & C. Spierings, 'Reële diefstal van een virtuele amulet: een analyse van het RuneScape-arrest vanuit straf- en goederenrechtelijk perspectief', *NTBR* 2012, p. 195-202.

23 HR 31 januari 2012, *NJ* 2012/535, zie Ten Voorde 2018.



belangen die door de opkomst van de deeleconomie en nieuwe technologieën onder druk kunnen komen te staan. Op sommige terreinen is regelgeving daarop al aan aangepast, zoals in het strafrecht; op andere terreinen is nieuwe regelgeving in ontwikkeling, zoals in het belastingrecht; en op andere terreinen staat de discussie over een passend juridisch kader nog in de kinderschoenen, zoals bij blockchain-toepassingen bij overheidsdiensten. Rechts-politieke keuzes blijven bestaan, net als bij de positie van individuele rechtsgebruikers. Het door *Claassen & Al Salman* in kaart gebrachte filosofische kader biedt enkele handvatten om grip te krijgen op die keuzes. Tegelijk zijn de diverse individuele en collectieve belangen ten aanzien van delen en eigendom zodanig breed dat dit kader niet alles kan vangen. In veel gevallen zal maatwerk moeten worden geleverd door de wetgever om al dan niet een sterke(re) bescherming van eigendom in te bouwen.

## Kan op basis van de in dit bijzonder nummer opgenomen bijdragen worden gezegd dat toegang de nieuwe eigendom is? Het antwoord op die vraag moet voor nu een 'nee' zijn

### 4 Is toegang de nieuwe eigendom?

Tijd om de balans op te maken. Kan op basis van de in dit bijzonder nummer opgenomen bijdragen worden gezegd dat toegang de nieuwe eigendom is? Het antwoord op die vraag moet voor nu een 'nee' zijn. Daarvoor zijn twee redenen. Ten eerste is de rechtspositie van individuele gebruikers van zaken aanmerkelijk zwakker dan de positie van eigenaar of rechthebbende. Zij hebben niet de

vrijwel onbeperkte mogelijkheden tot gebruik, overdracht, revindicatie, en recycling die een eigenaar toekomen. Hoewel dat niet altijd tot problemen zal leiden – een leenfiets zullen veel fietsers wel willen gebruiken maar doorgaans niet zelf willen revindiceren – is het een zwakte van het systeem dat sommige rechten niet kunnen worden ingeroepen. Bestanden opgeslagen in de cloud, of muziekbestanden, kunnen onder huidig recht niet worden gerevindiceerd. (Gratis tip: maak dus nog steeds altijd een back-up op een andere plaats.)

De tweede reden dat toegangsrechten niet de plek van eigendom innemen is dat zij niet dezelfde functie vervullen ten aanzien van collectieve belangen. Eigendom functioneert als ordeningsmechanisme in de maatschappij. Bovendien heeft het een economische functie, gericht op efficiënt gebruik van zaken en grondstoffen, en een ideële functie gericht op het verwezenlijken van de autonomie van individuen. Deze functies worden niet, of maar ten dele, overgenomen door toegangsrechten. Daarnaast is onzeker of andere collectieve belangen, zoals zorgvuldig bestuur, voldoende gewaarborgd zijn.

Eén aspect waarop toegang het wint van eigendom blijft *sustainability*. Het gedeeld gebruik van zaken betekent dat producenten een *incentive* hebben om duurzame producten of diensten aan te bieden in plaats van wegwerp-producten, dat minder verspild wordt, dat het milieu en klimaat minder belast worden. Dit zijn nastrevenswaardige doelen. Interessant is om te bezien of ze aanleiding kunnen geven tot een versterking van de rechten van gebruikers. De praktijk is op dat terrein al zoekende, zoals mooi duidelijk wordt in de bespreking van de circulaire economie door *Streep*. Om echt een impuls te geven aan deze ontwikkeling, op de terreinen die in dit bijzonder nummer voorbij komen, lijkt de wetgever nu aan zet.