

# Q&M

## De juridische status van software

### Reactie I

In het NJB van 28 oktober 1989 (p. 1342-1345) wijden P. Kleve en R.V. De Mulder een interessant betoog aan de juridische status van software. Zij zijn van mening dat 'software' valt onder respectievelijk de term 'produkt' in de zin van de EG-richtlijn Produktaansprakelijkheid<sup>1</sup> en het daarop gebaseerde Nederlandse wetsvoorstel<sup>2</sup>, onder de begrippen 'goed' (BW) en 'zaak' (NBW) in het burgerlijk recht en het begrip 'enig goed' in het strafrecht. Deze mening is volgens de auteurs 'dogmatisch en praktisch duidelijk en voor de hand liggend' en heeft tot gevolg dat nieuwe wetgeving op dit terrein (grotendeels) achterwege kan blijven. In het navolgende zullen wij een aantal redenen geven waarom naar onze mening de visie van Kleve en De Mulder zowel dogmatisch als praktisch niet zo duidelijk en voor de hand liggend is. Daarbij moet allereerst worden opgemerkt dat de auteurs in een bestek van vier pagina's NJB een viertal onderwerpen behandelen (inclusief de auteursrechtelijke bescherming van software), die zich over verschillende rechtsgebieden uitstrekken, en vervolgens tot verregaande conclusies ko-

1. Richtlijn van de Raad d.d. 25 juli 1985, 85/374/EEG, PB EG nr L 210/29.
2. Aanpassing van het BW aan de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen inzake aansprakelijkheid voor produkten met gebreken, TK, '85'86, 19 636, nr. 2.
3. M.b.t. de overige onderdelen van het artikel moeten ons toch twee korte opmerkingen van het hart. De eerste betreft het commentaar dat de schrijvers leveren op de stelling dat 'software niet stoffelijk is, maar dat slechts de drager stoffelijk is'. De conclusie dat software aldus bestaat uit een materiële drager waar onstoffelijke informa-

men. Nu vertonen deze onderwerpen op het punt waar het in het betoog om draait weliswaar de nodige verwantschap en er is ook veel voor te zeggen om deze materie eens integraal te bezien, maar het bestek waarin dat hier is gebeurd is wel erg schraal. Daardoor is er te weinig ruimte voor een genuanceerde benadering en wordt onvoldoende recht gedaan aan de (uitvoerige) wetenschappelijke discussie zoals die zich tot op heden op elk van de genoemde gebieden heeft voorgedaan. Om niet op dezelfde, vluchtige, wijze te werk te gaan zullen wij ons hier beperken tot het terrein van het strafrecht.<sup>3</sup>

Onder het kopje 'goederen en strafrecht' behandelen Kleve en De Mulder de vraag of 'software' onder het strafrechtelijk goed-begrip kan worden begrepen. Gezien de strekking van hun betoog is het niet verwonderlijk dat zij tot de conclusie komen dat dat inderdaad het geval is. De redenering waarlangs de auteurs tot deze gevolgtrekking komen is naar onze mening te weinig doordacht en berust bovendien op enkele misverstanden. Wij kunnen dat als volgt toelichten.

Een belangrijke pijler waarop het betoog van de schrijvers in dit verband rust is het arrest van het Hof Arnhem van 27 oktober 1983, NJ 1984, 80 (computergegevens). In deze uitspraak ging het om een (ex)-werknemer die een disc-pack (een viertal schijven met daarop het gegevensbestand van het 'transportpakket'), dat hij uit hoofde van zijn eerdere dienstbetrekking nog onder zich had, zonder toestemming van Databridge (de ex-werkgever) had gekopieerd op eigen schijven.

Aan de verdachte werd allereerst diefstal c.q. verduistering van het disc-

pack zelf telastegelegd. Met betrekking tot het onderhavige onderwerp had dit geen enkel probleem behoeven op te leveren, aangezien het disc-pack als zodanig natuurlijk 'gewoon' een 'goed' was. Om verschillende, op deze plaats niet zo belangrijke, redenen was het hof echter van mening dat hier geen bewezenverklaring kon volgen. Bleef als laakbare handeling over het door verdachte kopiëren van de aan Databridge toebehorende computergegevens.

In dit verband was aan de verdachte telastegelegd dat hij: '(...) computergegevens (... die hij uit hoofde van zijn dienstbetrekking onder zich had ...) wederrechtelijk zich heeft toeëigend, bestaande die wederrechtelijke toeëigening hierin, dat hij daar toen (telkens) opzettelijk die computergegevens van die aan Databridge toebehorende computerschijven/computerschijf heeft overgenomen op een of meer computerschijven van hem, verdachte'.

Deze telastelegging stuurde duidelijk aan op kwalificatie onder art. 322 Sr (verduistering in dienstbetrekking). Van de zijde van de verdediging werd (voor zover hier relevant) dan ook betoogd dat:

1. De onderhavige computergegevens niet zijn een goed als bedoeld in art. 321 Sr;
2. Ten deze niet kan worden gesproken van toeëigenen in de zin van art. 321 Sr.

Het hof verwierp dit verweer als volgt:

1. Dat de onderhavige computergegevens het karakter dragen van overdraagbaarheid, reproduceerbaarheid en beschikbaarheid, terwijl zij bovendien economisch waardeerbaar zijn;
2. dat het aan verdachte verweten overnemen van computergegevens heeft geleid tot vermogensvermeerde-

tie aan is toegevoegd, achten de auteurs onbegrijpelijk. Zij menen dat het ondenkbaar is iets onstoffelijks aan iets toe te voegen (p. 1343). Door het lezen van het onderhavige artikel is er naar onze mening echter onstoffelijke informatie toegevoegd aan ons (stoffelijke) brein. Zou deze informatie stoffelijk zijn dan hebben we daar bepaald een zwaar hoofd in (van). De tweede opmerking betreft de reden voor de expliciete vermelding van elektriciteit in het Nederlandse wetsvoorstel Produktaansprakelijkheid (zie noot 2). Leden van de PvdA-fractie hadden gevraagd waarom elektriciteit wel, en gas en water niet

expliciet in art. 1407c lid 1 (ontwerp) worden genoemd (VV, '87'88, 19 636, nr 5, p. 21). De minister gaf hierop het antwoord: 'elektriciteit wordt uitdrukkelijk genoemd, omdat het, anders dan gas en water, niet als een 'voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object' kan worden aangemerkt (art. 3.1.1.1 NBW)' (MvA, '87'88, 19 636, nr 6, p. 25). Naar onze mening maakt deze opvatting het, althans zonder expliciete wettelijke regeling, bestempelen van software tot 'produkt' minder voor de hand liggend dan Kleve en De Mulder het willen doen voorkomen.

ring van verdachte ten laste van Databridge BV en tot het over die overgenomen gegevens als heer en meester *kunnen*<sup>4</sup> beschikken door verdachte.

In de *bewezenverklaring* stelt het hof vervolgens nog:

'dat hij opzettelijk computergegevens (...) wederrechtelijk zich heeft toeëigend, bestaande die wederrechtelijke toeëigening hierin, dat hij daar toen opzettelijk die computergegevens van die aan Databridge toebehorende computerschijven/computerschijf heeft overgenomen op een of meer computerschijven van hem, verdachte ...'

Er is een aantal redenen aan te voeren op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat deze uitspraak niet deugt. Een eerste argument is van formele aard. Bij de verwerping van het verweer beschouwt het hof het *resultaat* van het kopiëren ('... het over die overgenomen gegevens *kunnen* beschikken door verdachte') als de toeëigening; de kopie is toeëigend.<sup>5</sup> In de *bewezenverklaring* heeft de toeëigeningshandeling evenwel betrekking op het origineel. Door het kopiëren beschikte de verdachte als heer en meester over het *origineel*. Om die reden zijn de verwerping van het verweer en de *bewezenverklaring* onderling tegenstrijdig te noemen. Overigens kan men zich afvragen of in het geval van kopiëren wel van toeëigenen kan worden gesproken. Kleve en De Mulder lijken dit probleem te onderkennen (zie noot 17 van hun artikel) maar doen daar nogal luchtigjes over. Zij signaleren slechts dat er verschillend wordt gedacht over de vraag of kopiëren onder het bestanddeel 'wegnemen' van de diefstalbepaling (art. 310 Sr) kan worden gerekend. Voor de beantwoording van de vraag of het kopiëren van software onder de verduisterings- of diefstalbepaling kan vallen was meer nadruk op deze kwestie passend geweest: de bestanddelen 'toeëigenen' en 'wegnemen' zijn namelijk van tenminste even groot gewicht als 'enig goed'.<sup>6</sup>

Een uitspraak waarin deze aspecten gezamenlijk aan de orde komen vinden we in Hof Den Haag d.d. 14 april 1987, waarbij het ging om een verdachte die werd vervolgd wegens filmpiraterij.<sup>7</sup> Aangezien de gedachtingang achter deze zaak in al zijn onderdelen is toe te passen op computergegevens, geven we de belang-

rijkste overwegingen hier letterlijk weer.

'O. dat het hof de dagvaarding (ten aanzien hiervan) nietig acht wegens innérlijke tegenstrijdigheid;

O., immers dat aan verdachte is telastegelegd zich te hebben schuldig gemaakt aan diefstal respectievelijk verduistering van filmwerken, door deze 'over te nemen' op videobanden althans door deze te 'kopiëren'; dat echter het 'wegnemen' en het 'zich toeëigenen' van enig goed impliceert dat dat goed uit de macht van de rechthebbende verdwijnt, terwijl in dat geval van het overnemen van filmwerken of het kopiëren daarvan het oorspronkelijke werk intact blijft en de betrekking tussen rechthebbende en het filmwerk niet wordt verbroken;

dat de telastelegging aldus op twee gedachten hinkt;

O., dat mitsdien het vonnis van de rechtbank, waarin eveneens dit gedeelte van de dagvaarding werd nietig verklaard, kan worden bevestigd, zulks daargelaten de vraag of voldoende duidelijk is wat de steller van de telastelegging onder 'filmwerk' precies verstond en tevens daargelaten de vraag of een auteursrechtelijk werk in abstracte zin, zoals een filmwerk, wel voor diefstal of verduistering vatbaar is;' (enz.).

Verdachte werd overigens wél veroordeeld wegens overtreding van de art. 31 en 32 van de Auteurswet!

Dat brengt ons op een ander probleem. De auteurs constateren dat de overweging waarmee het Hof Arnhem computergegevensarrest onder het goed-begrip brengt, lijkt te zijn ontleend aan het electriciteitsarrest van 1921 alwaar hetzelfde gebeurde met betrekking tot 'elektrische energie'. Dat is juist. Vervolgens wordt stil gestaan bij een door de Hoge Raad in het electriciteitsarrest aangebrachte beperking die er volgens de auteurs (onder aanhaling van Vandenberghe) op neer zou komen dat art. 310 Sr niet dient te worden toegepast op 'rechten of geestesproducten zoals het auteursrecht of een octrooi'. De schrijvers 'ontzenuwen' deze beperking door er op te wijzen dat het wegnemen van een computerprogramma (of een boek) onmogelijk kan inhouden dat men tevens het auteursrecht of het 'geestesproduct' heeft weggenomen. Deze argumentatie snijdt geen hout. De daarop volgende veronderstelling dat de door de Hoge

Raad aangebrachte beperking zou zijn voortgekomen uit onbekendheid met het verschijnsel elektriciteit - het spijt ons het te moeten zeggen - is zelfs regelrecht uit de lucht gegrepen en berust onmiskenbaar op een gebrekkige kennis van de achtergronden van het electriciteitsarrest. Wat was er dan wel aan de hand? Zoals bekend moest de Hoge Raad zich uitspreken over de vraag of het verbruiken van elektrische energie na het blokkeren van de meter kon worden aangemerkt als het wegnemen van enig goed. Beide bestanddelen leverden problemen op, maar wij moeten ons hier kortheidshalve beperken tot het goedbegrip.<sup>8</sup> Om de elektrische energie onder deze term te brengen moest de cassatierechter abstraheren van de in die tijd vrij algemeen aangehangen opvatting dat het desbetreffende bestanddeel moest worden beperkt tot 'stoffelijke voorwerpen'. De Hoge Raad deed dit door 'enig goed' te vertalen als 'vermogensobject' en daarbij de (bekende) criteria te formuleren die de elektrische energie tot zo'n vermogensobject bestempelden. De term vermogensobject is (mede in combinatie met de maatstaven die de Hoge Raad, in navolging op rechtbank en hof, daar in zijn arrest voor ontwikkelde) zodanig ruim dat daarvoor ook vermogens- en andere *rechten* kunnen worden begrepen. In zijn conclusie merkt de advocaat-generaal Besier al op dat voor bijvoorbeeld het auteursrecht alles geldt wat de rechtbank met betrekking tot elektrische energie had overwogen. 'Toch valt een inbreuk op dat recht niet onder de diefstalbepaling, maar onder artikel 31 van de Auteurswet 1912'. Deze door de advocaat-generaal gevreesde systeembreuk wordt door de Hoge Raad niet over het hoofd gezien en kennelijk wel degelijk onwenselijk geacht. Vandaar het opnemen van de passage 'moetende daarbij aan de uitdrukking vermogensobject een enge betekenis worden toegekend, zoodat daaronder niet vallen rechten of geestesproducten, zooals bijvoorbeeld het auteursrecht of een octrooi'.

Keren wij terug naar de door Kleve en De Mulder gebezigde argumentatie. Als gezegd zijn zij van mening dat de hiervoor geciteerde passage uit het electriciteitsarrest geen beperking vormt voor de onderhavige discussie, omdat het wegnemen van een computerprogramma of een boek onmogelijk

lijk kan inhouden dat men dan ook het auteursrecht heeft weggenomen. Dat is juist, maar daar gaat het nu niet om. De auteurs zijn toch niet echt van mening dat de Hoge Raad de meergenoemde beperking heeft aangebracht om te voorkomen dat het stelen van een boek ex art. 310 Sr bestraft zou kunnen worden? Dat is natuurlijk gewoon diefstal, evenals het wegnemen van een floppy-disc met een computerprogramma. Wat de Hoge Raad heeft willen voorkomen is, dat gedragingen die in feite een schending van het auteursrecht vormen, zoals het *veelvoudigen* (kopiëren) van een boek of software, onder de diefstal of verduisteringsbepaling zouden worden gebracht. Maar dat is helaas nu juist datgene wat Kleve en De Mulder voorstaan. De genoemde beperking heeft dus zeker (wat ons betreft) haar betekenis nog niet verloren. Er zijn nog vele andere argumenten aan te voeren tegen het arrest van het Hof Arnhem. Wij kunnen die hier onmogelijk allemaal de revue laten passeren en moeten daarom volstaan met een laatste opmerking op dit punt. Wat tegenwoordig (bijna) iedereen vergeten is, is dat het electriciteits-arrest indertijd de gemoederen hevig in beroering heeft gebracht. Dat kwam niet in de laatste plaats omdat men (ook toen al) van mening was dat de Hoge Raad de (vage) grens tussen extensieve interpretatie en de in het strafrecht verboden analogische wetstoepassing had overschreden. De juridische periodieken stonden er vol van, en de NJV-vergadering van 1922 werd door het onderwerp beheerst. Inmiddels is deze uitspraak echter 'gemeen goed' geworden, zozeer zelfs dat zij door het Hof Arnhem wordt gebruikt als *uitgangspunt* om nog een stapje verder te zetten. Er is dus een ontwikkeling waarbij stapje voor stapje steeds meer afstand wordt ge-

nomen van de tekst van de delictsoomschrijving. Daaraan zijn tal van bezwaren verbonden, onder andere vanuit het gezichtspunt van het legaliteitsbeginsel van art. 1 lid 1 Sr. Naar onze mening is er dus wel degelijk een taak weggelegd voor de wetgever. Dat zou volgens Kleve en De Mulder evenwel een stap terug betekenen voor de 'ontwikkelde heldere en simpele praktijk'. Maar waaruit bestaat die praktijk nu eigenlijk, vragen wij ons af. Goed, we hebben de uitspraak van het Hof Arnhem die meer kritiek dan bijval heeft geogst.<sup>9</sup> De schrijvers noemen daarnaast nog twee andere zaken (noot 23) waaruit moet blijken dat de rechtspraak in verwante gevallen aannemelijke oplossingen heeft weten te vinden. Allereerst wordt de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam (d.d. 31 mei 1988) genoemd, waarin werd aangenomen dat de manipulatie van gegevensbestanden die zich op een magneetschijf bevinden, kan worden gekwalificeerd als valsheid in geschrifte. Afgezien van de vraag waarom de auteurs hier geen melding maken van de uitspraak van het hof<sup>10</sup>, valt op te merken dat de enige verwantschap met de hier besproken problematiek bestaat uit de toepassing van een oude strafbepaling op een nieuwe technologie. Daar viel in *dit* geval inderdaad veel voor te zeggen. Als tweede voorbeeld wordt gerefereerd aan 'de recente uitspraak van de Rechtbank Den Haag, waarin het onbruikbaar maken van een computerprogramma als 'zaaksbeschadiging' werd gekwalificeerd'. Wij nemen aan dat de auteurs hier doelen op de uitspraak van genoemde rechtbank d.d. 9 juni 1989.<sup>11</sup> De quintessens van deze uitspraak wordt door Kleve en De Mulder echter onjuist weergegeven. De verdachte had het login-script van een computersysteem veranderd waardoor de reguliere gebruikers geen toegang tot het systeem meer kregen.

De rechtbank overwoog hierover: 'dat verdachte door zijn handelwijze (manipulatie van het computerprogramma) een toestand in het leven heeft geroepen, die het normale gebruik van het *computersysteem* - i.c. bestaande uit zowel programmatuur als, *onmiskkenbaar van stoffelijke aard zijnde, apparatuur*<sup>12</sup> - althans tijdelijk heeft belemmerd' (... enz.). Verdachte werd veroordeeld wegens het onbruikbaar maken van het *computersysteem*. Gezien deze overweging lijkt het onaannemelijk dat de rechtbank van mening was dat de programmatuur als zodanig als 'enig goed' kan worden aangemerkt. Deze uitspraak lijkt dus eerder tegen het standpunt van Kleve en De Mulder te pleiten.

Wij hebben in het voorgaande een aantal argumenten aangevoerd op grond waarvan wij menen dat 'de keuze in de Nederlandse rechtspraak voor software (en gegevens) als strafrechtelijk goed' helemaal niet zo duidelijk is. En zo daar al sprake van zou zijn, dan zou die keuze bovendien onjuist en ook onwenselijk zijn. Dat is ook het standpunt dat in de rechtswetenschap in grote meerderheid wordt gehuldigd.

Maar goed, laten we er even van uitgaan dat Kleve en De Mulder gelijk hebben. Wat schieten we daar dan mee op? De auteurs vinden het buiten het doel en bestek van hun artikel vallen alle consequenties te evalueren van het vatten van software onder goed, zaak en produkt. Dat is jammer, want voor een waardering van het effect dat het toepassen van hun denkbeelden op ons rechtssysteem zou hebben, is een grondige analyse juist wel van belang. Wij zouden op zeer plausibele gronden kunnen betogen dat het na kalm en rustig beraad van het leven beroven van een chimpansee bestraft zou dienen te (en kunnen) worden volgens

4. Cursief van ons.

5. De toeëigeningshandeling van art. 321 Sr wordt door de Hoge Raad als vanouds gezien als: 'het eigenmachtig als heer en meester beschikken door de houder van enig goed, in strijd met de aard van het recht krachtens hetwelk hij het onder zich heeft'. Vgl. o.a. HR 26 maart 1906, W 8355; 24 febr. 1913, NJ 1913, p. 669 en 20 juni 1944, NJ 1944, 589.

6. Vergelijk in dit verband ook G.P.V. Vandenberghe, *Diefstal van computergegevens: revolutie in het strafrecht*, onderschrift bij

de uitspraak van het Hof van Beroep te Antwerpen d.d. 13 dec. 1984, in: *Computerrecht* 1986/1.

7. Rolnr 2200194885, parketnr 1000624784, niet gepubliceerd.

8. Zie voorts onze monografie 'Van electriciteit naar computercriminaliteit', Arnhem 1989. In dit boek wordt uitgebreid ingegaan op de achtergronden van zowel het electriciteitsarrest als het computergegevensarrest.

9. Ook de NJV-vergadering van 1988 sprak zich, ondanks het indrukwekkende preadvies van mevr. Vellinga-Schootstra waarin

een tegengestelde mening werd verwoord, in meerderheid uit *tegen* het brengen van computergegevens onder het goed-begrip. Zie *Handelingen NJV* 1988, deel 2, Zwolle 1988, p. 91 en F. Vellinga-Schootstra, *Gegevensbescherming en strafrecht*, preadvies voor de NJV, in: *Handelingen NJV*, 1988, deel I, Zwolle 1988, p. 141-182.

10. Hof Den Haag 22 mei 1989, parketnr 008375/87, rolnr 2200122288.

11. Parketnr 09.013.861.8.

12. Cursief van ons.

de bepaling van art. 289 Sr (moord). Het 'dier' bestaat immers voor 98,5% uit het zelfde genetische materiaal als een mens en zou onder omstandigheden ook best gebaat kunnen zijn met een zware strafsanctie op een aanslag op zijn leven. Maar met die argumentatie zijn we er natuurlijk nog niet. Ook de voorbeelden die de auteurs noemen overtuigen ons niet. Zij menen dat het door de rechter niet rubriceren van software onder het goedbegrip even wonderlijke perspectieven zou hebben geopend als het 'buiten strafbaarheid stellen' van diefstal van elektriciteit. Nog afgezien van het feit dat een rechter een leemte in de wet wel kan constateren maar niet kan constitueren, vragen wij ons af wat daar dan wel zo wonderlijk aan zou zijn geweest. Het kan toch niet de idee van de auteurs zijn dat de wetgever van 1881/1886 het totale arsenaal van strafwaardige gedragingen volledig, en tot in de eeuwigheid zou hebben geregeld. Als zich op een gegeven moment een (technische) ontwikkeling voordoet waarbij er redelijke twijfel ontstaat over de vraag of mogelijk misbruik nog wel door de strafwet wordt bestreken, dan is de wetgever binnen de actuele constitutionele verhoudingen geroepen om een beslissing te nemen.<sup>13</sup> Daar is niets wonderlijks aan. Wat ons verwondert is de overspannen verwachting die de auteurs lijken te koesteren van de inzet van het strafrecht (naast de andere toepasselijke rechtsgebieden). In het door hen genoemde voorbeeld waar een concurrent door een onbevoegd gemaakte kopie gratis over een voor de winstgevendheid van het bedrijf belangrijk software-pakket kan beschikken, lijkt ons bijvoorbeeld veel meer heil te verwachten van een civiele actie uit onrechtmatige daad. Wanneer er een spoedeisend belang is kan dat ook snel, in de vorm van een kort geding. In het strafrecht staan grote belangen voor de samenleving en de daartoe behorende individuen op het spel.

13. Voor een nadere uitwerking van deze benadering kunnen wij verwijzen naar onze monografie, a.w., p. 101-120.

14. Hetgeen nog sterker het geval zou zijn indien we de slotopmerking van beide auteurs ter harte nemen en er van uitgaan dat "evenals software ook 'gegevens' en 'informatie' in beginsel voor een simpele subsumptie onder 'goed', 'zaak' en 'produkt' in aanmerking komen".

Daarom mag niet lichtvaardig naar dit zware middel worden gegrepen. Wanneer een aanzienlijke uitbreiding van de toepassing van bestaande delictomschrijvingen wordt voorgesteld<sup>14</sup>, is een diepgaander rechtvaardiging vereist dan in het betoog van Kleve en De Mulder kan worden aangetroffen.

*M.S. Groenhuijsen*

*F.P.E. Wiemans*

## **De juridische status van software**

### **Reactie II**

In het artikel 'De juridische status van software' van Mr P. Kleve en Prof. mr R. de Mulder wordt ter sprake gebracht of software te beschouwen is als een goed dan wel als produkt. Voor wat betreft de strafrechtelijke kwalificatie van gegevens als goed in de zin van art. 310/321 Sr evenals voor wat betreft de kwalificatie als produkt in de zin van de Richtlijn produktenaansprakelijkheid wil ik niets toevoegen aan de uitgebreide discussies die op dit moment al hebben plaatsgevonden. Mijn reactie richt zich op de conclusie die door schrijvers wordt getrokken op het vlak van het civiele recht. Deze houdt in dat een drager met gekopieerde software door de rechthebbende/gebruiker kan worden gerevindiceerd. Om dogmatische redenen lijkt mij dit standpunt onjuist. Ik zal uiteenzetten waarom.

Om te beginnen moet worden onderscheiden tussen het auteursrecht en de materiële of immateriële drager van het recht. Ter verduidelijking geef ik het volgende voorbeeld: Iemand die al improviserend een verhaal vertelt heeft het auteursrecht op het door hem voorgedragen verhaal, zijn geestelijke schepping. Wordt dit verhaal gedrukt en in boekvorm uitgegeven dan betreft het auteursrecht dus het verhaal en niet de kaft inclusief het papier met inktsporen. Dit laatste is voorwerp van eigendomsrecht en zal over het algemeen aan een ander toebehoren dan aan de auteursrechthebbende. Zo is ook software als het aan bepaalde auteursrechtelijke vereisten voldoet auteursrechtelijk beschermd en zo kan ook software neergelegd zijn op diverse dragers. Deze dragers zijn voorwerp

van eigendom.

In de vermogensrechtelijke terminologie, die ik evenals Kleve en De Mulder ontleen aan het huidige BW betekent dat het volgende:

Het auteursrecht op software is een absoluut, niet zakelijk, recht op een immaterieel goed, de geestelijke schepping van de programmeur. Dit auteursrecht bestaat uit een verbodsrecht met betrekking tot het openbaren en veelelvoudigen van het auteursrechtelijk beschermde werk. Het eigendomsrecht op eventuele dragers van het programma vormt een absoluut zakelijk recht, dat wil zeggen een absoluut recht op een zaak. Een zaak (BW) is lichamelijk (een goed) of onlichamelijk (een vermogensrecht). In het geval van eigendom van dragers waarop programmatuur staat, zoals floppy-discs, magneetbanden of papier vormt dit een absoluut recht op een lichamelijke zaak. Nu kom ik tot de bespreking van het voorstel van Kleve/De Mulder onder het kopje 'Revindicatie van software'. Ik citeer: 'De door ons voorgestane opvatting is, dat software, als goed, voorwerp is van zakenrechtelijke eigendom en dus ook gerevindiceerd kan worden'. Voor zover hier de drager van software mee wordt bedoeld ben ik het er, gezien het bovenstaande, mee eens. Dit houdt dan in, dat de eigenaar van de drager, omdat hij het absolute eigendomsrecht heeft op de drager deze drager kan revindiceren. Vergelijk dit maar weer met het door mij al eerder aangehaalde boek. De eigenaar van een boek heeft het recht het boek te revindiceren. Maar dat is niet wat de schrijvers willen betogen. Zij willen de eigenaar van een drager waarop software staat op grond van de hierboven aangehaalde passage een revindicatierecht toekennen op de drager waarop een daarvan gemaakte kopie is vastgelegd. Als voorbeeld wordt het door onbevoegden kopiëren van software genoemd, waarvan de gebruiker technisch slechts in staat is gesteld een beperkt aantal kopieën te installeren. Al zal er nog zoveel sympathie bestaan voor het aanpakken van zodanig schrijvend onrecht, dogmatisch deugt de gegeven oplossing niet. De drager is geen eigendom van degene die revindiceert. Revindicatie is daarom onmogelijk.

Biedt het burgerlijk recht dan geen oplossingen voor de eigenaar van de gekopieerde drager? Ik dacht het wel,