

Tilburg University

Data in het vermogensrecht

TjongTjin Tai, Eric

Published in:

WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie

Publication date:

2015

Document Version

Peer reviewed version

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

Citation for published version (APA):

TjongTjin Tai, E. (2015). Data in het vermogensrecht. *WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, 149(7085), 993-998.

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.

Data in het vermogensrecht¹

T.F.E. Tjong Tjin Tai²

1. Inleiding

Data is in de digitale wereld van eminent belang. De ‘big data’ revolutie, waaraan het succes van de nieuwe multinationals als Google en Facebook wordt geattribueerd,³ is inmiddels ook doorgedrongen in de *board rooms* van meer traditionele bedrijven en in de studeerkamers van wetenschappers en opiniemakers over de gehele wereld. Er zijn evenwel nauwelijks privaatrechtelijke analyses van dit begrip. Dit is althans deels te verklaren door het feit dat data verschillende aspecten heeft die diverse deelgebieden van het recht bestrijken. Dit artikel beoogt een eerste stap te zetten voor een privaatrechtelijke analyse.

Een taalkundige opmerking vooraf: in aansluiting bij het hedendaagse spraakgebruik spreek ik hierna van ‘data’ in het enkelvoud, in lijn met onbepaalde begrippen als ‘lucht’. Een andere werkwijze zou nodeloos vervreemdend werken.

2. Wat is data?

Bij data kan iedereen tegenwoordig zich wel enige voorstelling maken. Databestanden zijn ook voor leken op het gebied van IT een alledaagse verschijning: je ‘koopt’ software of muziek die in de vorm van bestanden of *files* worden ‘gedownload’ op je computer of *smart phone*. Je *ript* een CD naar een netwerk server, je laadt de foto’s van je digitale camera op Instagram of Pinterest. De desbetreffende databestanden bestaan uit bitjes – enen en nullen – op een fysieke drager als een harde schijf, USB-stick of SSD-schijf. Databestanden kunnen bedoeld zijn om afgelezen te worden door specialistische software die ze decodeert (en wellicht zelfs ontsleutelt); ze kunnen met algemene technieken benaderbaar zijn (zoals tekst-bestanden die veelal in enigerlei ASCII-codering zijn opgeslagen).

Op het eerste gezicht lijkt het om niet meer te gaan dan de digitale representatie van fysieke notities, boekhouding, of archieven, of platen en videobanden. In het verleden was de fysieke drager nauw verbonden met de daarop opgeslagen gegevens, zodat men grotendeels kon vasthouden aan toepassing van op

¹ Met dank aan prof. R.M. Wibier voor waardevol commentaar.

² Hoogleraar privaatrecht aan Tilburg University en redacteur van het WPNR.

³ Viktor Mayer-Schönberger & Kenneth Cukier, *Big Data*, Boston: Houghton Mifflin Harcourt 2013.

fysieke eigendom toegesneden regels.⁴ De informatie als zodanig was vrij en diende, gelet op de vrijheid van meningsuiting en de vooruitgang in de wetenschap, vrij te blijven. Om die reden – naast de onmogelijkheid om informatie te beheersen – werd een eigendomsrecht op gegevens steeds afgewezen.⁵

Inmiddels denken we bij data niet aan wat het oorspronkelijk betekende, gegevens, maar veeleer aan de concrete databestanden, dus de gedigitaliseerde (en digitaal beschikbare) data. Dit is te onderscheiden van de informatie of gegevens zelf. Dergelijke databestanden zijn voortdurend voorwerp van controle en beheersing: we sturen een databestand per e-mail, we downloaden de data, zetten het op een lokale server. Die digitale vorm van data heeft extra waarde boven de informatie zelf. Een hobbyist die zijn complete CD-collectie *ript* en op een NAS zet om thuis te streamen naar zijn hifi-installatie doet vanuit informatietechnisch standpunt betreft helemaal niets: er wordt geen informatie toegevoegd.⁶ Maar deze zeer tijdrovende inspanning is voor het gebruik bijzonder waardevol: hij kan ineens vanuit zijn luie stoel muziek kiezen en afspelen, en bespaart bovendien opbergruimte. De beschikbaarheid in bestanden is wat data in het moderne leven waardevol maakt. In veel gevallen is er zelfs geen afzonderlijke fysieke belichaming meer: denk aan de enorme digitale fotoverzamelingen die velen aanleggen zonder deze ooit af te drukken. Als we ons zorgen maken over bedrijven die onze persoonlijke data doorgeven doelen we vaak ook op deze *digitale* informatie, die immers gemakkelijk is door te geven en te hergebruiken. We maken ons niet zo druk om de informatie zelf: als een verkoper die een persoonsgegeven mondeling mededeelt aan een collega is dat niet onmiddellijk problematisch, aangezien dat gegeven niet zo vlot wordt verspreid en niet kan worden geaggregeerd in enorme datacollecties.

Dit alles neemt overigens niet weg dat het gebruik en behoud van die *informatie* op zichzelf ook vragen kan oproepen: dan betreden we het terrein van het privacy-recht. Data wordt ten dele ook nog steeds gebruikt om op de informatie te doelen, en in zoverre blijven de klassieke bezwaren tegen privaatrechtelijke regulering geldig. Hierna zal ik met data alleen doelen op *databestanden*.

⁴ Behoudens voorzover IE-rechten of know-how aan de orde waren, zie hierna.

⁵ D.F.W. Verkade, *Gegevensbescherming en privaatrecht*, Preadvies NJV 1988, nr. 12. Vgl. J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten*, Deventer: Kluwer 2003, p. 183 die spreekt over de onmogelijkheid om *informatie* (dus niet: data) in het hoofd van een persoon te individualiseren.

⁶ Behalve voorzover hij bv. *cover art* of *tags* (informatie over de muziek) toevoegt aan de muziekbestanden.

De data-revolutie heeft ertoe geleid dat we nu een tussencategorie hebben tussen fysieke, tastbare objecten en principieel onbeheersbare informatie. We spreken over data, of deze nu ‘in the cloud’ is opgeslagen of op een smartphone, USB-stick of harde schijf. Het is zelfs mogelijk dat we niet precies weten waar de data zich bevindt: de data is bijvoorbeeld bij Dropbox opgeslagen, zonder dat we weten waar de servers van Dropbox staan. De ontastbaarheid van data staat echter niet in de weg aan beschikking daarover: we zijn integendeel vertrouwd geraakt met het reguleren van toegang tot data en het aan anderen feitelijk overdragen daarvan.⁷

Een tweede ontwikkeling is dat data vaak op meer betrekking heeft dan de bestanden zelf. In het zakelijk leven realiseert men zich inmiddels dat data meer kan omvatten dan puur de afzonderlijke bestanden, met name als het gaat om *big data*. Dan praat men niet alleen om het bestand zelf, maar ook om bijvoorbeeld

- de rechten op *up to date* houden van de data door voortdurende nieuwe gegevens,
- licenties die het mogelijk maken de data aan te vullen (te verrijken) met nuttige extra gegevens,
- hardware om de data daadwerkelijk op te slaan en te verwerken,⁸
- specifieke software en know-how om de diverse databronnen en -bestanden te gebruiken en daar waardevolle conclusies uit te trekken, en
- de feitelijke of juridische exclusiviteit op één of meer van de voorgaande elementen die een concurrentievoorsprong of unieke positie geven die geld waard is.

Data heeft derhalve zowel een beperkte als een ruime betekenis: loutere bestanden, of het geheel aan elementen dat nodig is voor winstgevend gebruik. Hierna spreek ik over data in strikte zin (bestanden) of in ruime zin (bestanden plus overige elementen).

3. Weg van de klassieke juridische benadering van data?

⁷ Bijvoorbeeld via verlenen van toegang tot Dropbox of een Facebookaccount, door het sturen van bijlagen bij e-mail of overhandigen van een USB-stick.

⁸ Dit gaat niet alleen om voldoende grote harde schijven, maar ook om de gehele configuratie waarin deze functioneren zoals een RAID-opstelling waardoor in geval van een hardware crash de data niet verloren raakt, gedistribueerde opslag en toegang in geval van enorme databestanden die over grote aantallen schijven moeten worden opgeslagen en dus ook alleen met een netwerk van servers kunnen worden benaderd, communicatie- of netwerkconfiguratie waardoor de data snel kan worden bijgehouden met nieuwe data, en organisationele aspecten als een betrouwbaar back-up proces.

In het tot voor kort vigerende beeld werd data juridisch pas relevant als databank (database). Hierop kan – indien aan de daarvoor geldende voorwaarden zoals substantiële investering was voldaan - mogelijk een databankrecht rusten,⁹ waardoor de rechthebbende evenals bij andere rechten van intellectuele eigendom een exclusief verbodsrecht heeft jegens derden.¹⁰

Is van zodanig recht geen sprake, dan heeft data geen zelfstandige juridische status. In het bijzonder wordt vaak gesteld dat er geen eigendom van data mogelijk is.¹¹ Enerzijds wordt hierbij gewezen op de onmogelijkheid exclusiviteit te garanderen vanwege de mogelijkheid data te kopiëren.¹² Anderzijds wordt gewezen op de principiële informatievrijheid die door gegevensbescherming zou worden aangetast.¹³ Dit laatste argument lijkt thans minder krachtig nu bij veel soorten data de informatievrijheid niet direct in het geding lijkt (denk aan het bestand van persoonlijke snelheidsrecords van een amateur-hardloper, het bestand van temperatuursgegevens van een fabriek). Bovendien is informatievrijheid voorzover in een democratische samenleving van belang afzonderlijk beschermd ex art. 10 EVRM, waarmee aanspraken uit hoofde van eventuele rechten op data kunnen worden afgeweerd.

Integendeel zijn er ontwikkelingen die pleiten voor een meer op het goederenrecht lijkende bescherming. Inmiddels is men vertrouwd met beheersbaarheid van data, waardoor data een met zaken vergelijkbaar karakter krijgt.¹⁴ In de concept-Richtlijn bescherming bedrijfsgeheimen¹⁵ wordt voor geheime informatie die handelswaarde heeft bescherming geboden die in de buurt komt van de bescherming die aan zaken toekomt.

⁹ Zie de Databankenwet, ter implementatie van de Databankenrichtlijn 96/9/EG, verder A.C. Beunen, *Protection for databases: the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, diss. Leiden 2007, Ch. Gielen (red.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, 11e dr., Deventer: Kluwer 2014, hfdst. X.

¹⁰ Met de beperking dat het typische databankgebruik van toegestane kleine opvragingen en in verband daarmee kopiëren van delen van de databank niet verboden kan worden (art. 3 Databankenwet).

¹¹ Bijv. Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, 5e dr., Deventer: Kluwer 2012, nr. 28, D.F.W. Verkade, *Gegevensbescherming en privaatrecht*, Preadvies NJV 1988, nr. 5, 10-12, H. Franken, in: H. Franken e.a. (red.), *Recht en computer*, 4^e dr., Deventer 2001, p. 41 (5^e dr. 2004, p. 43-44).

¹² Snijders/Rank-Berenschot en Franken.

¹³ Verkade 1988, nr. 12. Overigens betreft zijn betoog *gegevens*, niet data (gedigitaliseerde gegevens). Vgl. J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten*, Deventer: Kluwer 2003, p. 183 die spreekt over de onmogelijkheid om *informatie* (dus niet: data) in het hoofd van een persoon te individualiseren.

¹⁴ Vgl. HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301, NJ 2012/293 (Beeldbrigade), voor de kopie van software aangevend dat de koper hier ‘feitelijke macht’ over kan uitoefenen. Evenzo H. Spath, ‘Digitale gegevensuitwisseling tegen betaling lijkt op koop, of niet?’, NTBR 2015/15, p. 101-103.

¹⁵ COM (2013) 813 final.

En tot slot gaat het bij data in brede zin om meer dan alleen een databank of databestand. Het databankrecht is derhalve slechts één aspect van het gehele juridische plaatje;¹⁶ van belang zijn daarnaast licenties, eventuele geheimhoudingsbedingen, vertrouwelijkheidsafspraken of exclusiviteitsbedingen rond know-how. *Big data* kenmerkt zich bovendien door de heterogeniteit van structuur en herkomst van databestanden, waardoor men vaak niet meer toe kan met één enkel databankrecht dat de gehele data omvat. Overigens is ook ‘gewone’ data vaak afhankelijk van software om *proprietary* formaten te lezen, wat problemen oplevert bij archivering. Dit alles pleit voor een genuanceerdere vermogensrechtelijke benadering van data.

4. Vier aspecten van eigendom

De emancipatie van data als iets zelfstandig waardevols, dat voor menselijke beheersing vatbaar is, maakt het verleidelijk te spreken over ‘eigendom’ van data.¹⁷ Daarmee betreden we een zeer omstreden gebied. *Is eigendom van data mogelijk?* Zoals veel hoog-theoretische discussies kan men deze vraag het beste benaderen door de theorie eerst te vergeten, en te bekijken waar we het werkelijk over hebben.

In het Nederlandse recht is eigendom het meest omvattende recht op een zaak dat mogelijk is.¹⁸ Naar Nederlands recht kan data geen zaak zijn, vanwege het ontbreken van stoffelijkheid. In de alledaagse praktijk¹⁹ is het verleidelijk om te spreken over ‘eigendom’ van data: dit drukt uit dat men denkt bij data een vergelijkbaar scala aan bevoegdheden te hebben. Strikt genomen is die terminologie op grond van het voorgaande onzuiver, men zou in de systematiek van het BW moeten spreken van een rechthebbende op het (vermogens)recht van data. Vanwege de expressieve functie van de term zal ik hierna daarom blijven spreken van ‘eigendom’ van data.

¹⁶ En niet eens noodzakelijk, vgl. HvJ EU 15 januari 2015, zaak C-30/14, NJ 2015/34 (Ryanair/PR Aviation) waar blijkt dat soms juist zonder databankrecht meer controle met contractuele gebruiksvoorwaarden valt te verkrijgen, omdat de dwingendrechtelijke beperkingen van art. 3 Databankenwet dan niet van toepassing zijn.

¹⁷ Vgl. P. Kleve, *Juridische iconen in het informatietijdperk*, diss. Rotterdam 2004, hfdst. 6, die verdedigt dat data als zaak moet worden gekwalificeerd. N. Purtova, *Property Rights in Personal Data*, diss. Tilburg, Antwerpen: Maklu 2011 richt zich op persoonsgegevens, niet op databestanden.

¹⁸ Art. 5:1 BW, in navolging van art. 544 Code civil: “La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue (...)”.

¹⁹ Vgl. E.D.C. Neppelenbroek, ‘Digitalisering, auteursrecht en vier waarnemingen over de eigendom’, RM Themis 2012-5, p. 211-222 over het ‘sociale’ aspect van het eigendomsbegrip.

Wat zou eigendom van data moeten inhouden? Hiervoor is als heuristiek mogelijk de benadering in *common law* landen bruikbaar. Daar wordt eigendom meestal omschreven als een bundel rechten of bevoegdheden.²⁰ In plaats van te onderzoeken of in het BW een vermogensrecht op data mogelijk is, is het voor de praktijk zinvoller om eerst te bezien wat men met een ‘eigendom’ van data wil bereiken. Bij eigendom (rechthebbenschap) lijkt het om vier aspecten te gaan:

- a. gebruik voor eigen nut (toegang/*access*),
- b. exclusiviteit en controle (toegang of gebruik geven aan derden),
- c. beschikkingsbevoegdheid (overdracht of vervreemding),
- d. andere verplichtingen en rechten (evt. aansprakelijkheid,²¹ kwalitatieve verplichtingen, publiekrechtelijke lasten, recht op vergoeding van zaakschade en de mogelijkheid de (eigendom van) de zaak op te eisen wanneer de zaak zich feitelijk onder een derde bevindt²²).

Bij eigendom worden deze aspecten gezamenlijk overgedragen: dat is precies het aardige van eigendom als juridische regeling. Deze gezamenlijkheid heeft daarnaast efficiëntie-voordelen en rechtvaardigheidsredenen: aansprakelijkheid kan bijvoorbeeld beter bij de eigenaar of bezitter rusten en kwalitatieve verplichtingen kunnen ook beter impliciet met de zaak worden overgedragen. Opgemerkt zij dat de bevoegdheid voor het gebruik voor eigen nut niet rechtstreeks in de wet is erkend; zij blijkt slechts negatief uit de mogelijkheid hinder en andere stoornis te bestrijden²³ en, zij het indirect uit de mogelijkheid een beperkt recht te vestigen dat deze bevoegdheden aan een ander geeft, zoals het recht van vruchtgebruik of erfpacht.²⁴ Degene die de feitelijke macht heeft over een voorwerp kan het immers ook feitelijk gebruiken zonder toekenning van bevoegdheid daartoe.

5. Eigendomsrechtelijke bevoegdheden en verplichtingen op data?

Hoe staat het nu met de mogelijkheid deze bevoegdheden of rechten te verwezenlijken en over te dragen bij data in strikte zin?

²⁰ G.S. Alexander en E.M. Peñalver, *An Introduction to Property Theory*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 2. Dit houdt verband met het ontbreken van een Romeinsrechtelijk georiënteerd absoluut eigendomsbegrip, vgl. W.J. Zwalm, *C.Ae. Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Zwolle: Tjeenk Willink 2000, p. 100. Vgl. ook de uitvoerige analyse van Purtova, diss.

²¹ Zij het dat dit doorgaans op de bezitter rust (art. 6:173, 174, 179 BW) of de bedrijfsmatig gebruiker (art. 6:175-177, 181 BW), niet de eigenaar.

²² Art. 5:2 BW.

²³ Zie bijv. revindicatie (art. 5:2 BW).

²⁴ Art. 3:201 e.v. BW (vruchtgebruik) en art. 5:85 e.v. BW (erfpacht).

a. *Eigen gebruik*: wie data feitelijk bezit, kan dit doorgaans gebruiken. Zie wat betreft beperkingen op gebruik hierna sub d. Wel geldt bij zaken dat ongestoord gebruik jegens niet-rechthebbende derden gedeeltelijk is af te dwingen met behulp van vorderingen als revindicatie (art. 5:2 BW, vgl. 3:125 BW voor de bezitter) en verbod op hinder (o.a. art. 5:37 BW). Voor data bestaat vooralsnog geen recht op revindicatie. Wel is vernielen van en beletten van toegang tot data strafrechtelijk verboden (art. 350a en 350b Sr) en daarmee onrechtmatig.

b. *Exclusiviteit en controle*: het enkele feitelijke bezit van data zegt niets over exclusiviteit. Bij data waar geen databankrecht op rust kan alleen de feitelijke exclusiviteit (alleen-bezit) anderen beletten daar ook gebruik van te maken. Als iemand toevallig een kopie bezit, kan deze door eenieder vrij gebruikt worden. Wie dit wil voorkomen, moet zorgen dat de data vertrouwelijk blijft. Daarvoor kan men geheimhoudingsbedingen afspreken, echter dan moet men deze wel overeenkomen, en bovendien zijn deze niet altijd eenvoudig te handhaven.²⁵ Bovendien hebben zij in beginsel geen derdenwerking. Wel geldt dat het illegaal verkrijgen van kopieën van data in veel gevallen onrechtmatig zal zijn omdat dit doorgaans zal geschieden door computervredesbreuk (art. 138ab lid 2 Sr, vgl. art. 139e Sr) of schending van de vertrouwelijkheid van digitale communicatie (art. 273d Sr).²⁶

Wil je als bezitter een ander toegang verlenen, ontstaan er bovendien additionele problemen als hierbij rekening moet worden gehouden met rechten van derden als benodigde licenties (software, IE-rechten) of privacy-toestemming (zie onder d)

Overigens is exclusiviteit niet altijd vereist voor een ‘eigenaar’ van databestanden. De ‘bezitter’ van een collectie muziekbestanden verlangt bijvoorbeeld geen exclusiviteit.

c. *Beschikkingsbevoegdheid*: nu het vermogensrecht geen specifieke regels over data bevat, lijkt erover beschikken eenvoudig te verwezenlijken door, naast feitelijke bezitsverschaffing, ook de bijbehorende bevoegdheden aan de verkrijger te verschaffen. Zekerheidshalve kan daarnaast een akte van overdracht worden opgemaakt (art. 3:95 BW). De te regelen bevoegdheden zullen doorgaans zijn:

²⁵ Zie hierover de in essentie gelijke analyse ten aanzien van know-how, waarover P.J. Van der Korst, *Bedrijfsgeheimen en transparantieplichten*, Deventer: Kluwer, 2007, J.L.R.A. Huydecoper, ‘Know-how en het vermogensrecht’, MvV 2008, p. 158-162, Ch. Gielen, Preadvies voor de Vereniging ‘Handelsrecht’ 1999.

²⁶ De schending van een dergelijke wettelijke plicht is onrechtmatig ex art. 6:162 BW.

- een contractuele verplichting voor feitelijke verschaffing van een kopie van de data,
- een verbod voor de ‘verkoper’ om kopieën van data te behouden, behoudens ten behoeve van backups voordat de data daadwerkelijk door de verkrijger is ontvangen,²⁷
- een verbod voor de ‘verkoper’²⁸ om de data zelf te gebruiken (behoudens voorzover de verkrijger een licentie verschaft),
- eventuele overdracht van reeds bestaande rechten en verplichtingen op, van en jegens derden.

Men ziet: dit is conceptueel niet onmogelijk of bijzonder lastig, al kan dit in concrete gevallen wel enige aandacht vergen.

d. Er zijn tal van *andere verplichtingen en rechten* die er kunnen zijn op data. Het gebruik kan juridisch verboden zijn wegens ontbreken van de vereiste privacyrechtelijke toestemming voor verwerking,²⁹ eventuele databankrechten of andere IE-rechten die op (een deel van) de data rusten, het ontbreken van een licentie voor de benodigde software om de data te benaderen. Hier valt tegenin te brengen dat ook bij zaken beperkingen van verschillende aard aanwezig kunnen zijn: erfdiensbaarheden, persoonlijkheidsrechten en volgrecht van de maker (art. 25 en 43-43g Aw), portretrecht (art. 19-21 Aw), privacy. Privacyregels in het bijzonder kunnen zich verzetten tegen overdracht ingevolge de bepalingen van de Wbp die voor verwerking van persoonlijke data aan derden in beginsel toestemming vergen van de betrokken individuen (art. 8 Wbp).

De slotsom van deze analyse is dat voor data de typische eigenaarsbevoegdheden al redelijk geregeld zijn of contractueel zijn te regelen (met uitzondering van revindicatie). Complicaties ontstaan vooral bij regelingen die voortbouwen op de gemeenrechtelijke notie eigendom (zie par. 7).

Voor ‘overdracht’ kan eenvoudig worden volstaan met een contractuele verplichting om de benodigde feitelijke handelingen te verrichten waardoor de data in de macht van de verkrijger komt, gekoppeld aan een contractueel gebruiksrecht voor de verkrijger en een contractueel gebruiksverbod voor de vervreemder. Daar is dus

²⁷ Wellicht wil men zekerheidshalve iets langer backups laten behouden door de overdrager. Een verbod zal verder niet te zwaar moeten worden gesanctioneerd; een toevallig achtergebleven backup-kopie dient niet zomaar als schending van deze verplichting te worden beschouwd nu kopieën zo gemakkelijk zijn te maken en kan worden vergeten dat ergens nog een kopie rondzwerft.

²⁸ En zijn werknemers e.d.

²⁹ Art. 8 sub a Wbp.

geen goederenrechtelijke overdracht in de zin van art. 3:83 BW voor nodig. Omdat het bij databestanden niet gaat om een door de wet erkend recht staat art. 3:83 lid 3 BW hier niet aan in de weg.³⁰ Een alternatief zou zijn een apart vermogensrecht op data te introduceren dat als zodanig overdraagbaar is. Het voert te ver dit hier uit te werken.

6. Data in ruime zin reguleren bij contract

Hierboven is aangegeven dat data in strikte zin betrekkelijk eenvoudig als ‘eigendom’ kan worden behandeld. Bij data in ruime zin – zoals in par. 2 aangegeven – is echter veelal feitelijk sprake van diverse objecten van vermogensrecht. Het kan gaan om:

- feitelijke databestanden en fysieke dragers
- databankrecht, evt. privacyverplichtingen/rechten
- softwarelicenties
- auteursrecht op (maatwerk) software
- hardware(configuratie)
- contracten/licenties voor verkrijgen/gebruiken externe data
- vertrouwelijkheid- en geheimhoudingsbedingen
- know-how van data scientists

De complexiteit van data brengt mee dat contracten over data met veel aandacht voor de feitelijke samenstelling van de data moeten worden opgesteld, en met kennis van de verschillende juridische regelingen die relevant kunnen zijn. Er zijn velerlei contracten omtrent data mogelijk, denk bijvoorbeeld aan onderhoudscontracten, licenties voor verkrijging data, koopcontracten, licenties ter exploitatie, advisering op basis van *big data*. Dit kan in dit beperkte kader niet nader worden uitgewerkt. Wel vallen enkele aanwijzingen te geven voor hoe in het algemeen kan worden gewerkt, en hoe overdracht kan worden gerealiseerd.

Data in ruime zin ‘bestaat’ feitelijk uit een verscheidenheid aan elementen die alle voor feitelijke en juridische beheersing vatbaar zijn. Op een paar moeilijker te overbruggen complicaties na (zie par. 7) moet men deze verzameling aan goederen juridisch benaderen door gewoon per element of goed de toepasselijke regels te

³⁰ Zie over de reikwijdte van art. 3:83 BW W. Snijders, ‘Ongeregelde heden in het vermogensrecht’, WPNR 6607 en 6608 (2005), die betoogt dat deze bepaling te stringent wordt uitgelegd, met verwijzing naar critici als Van Engelen (2003). Van Engelen erkent overigens de mogelijkheid om met contractuele regelingen een enigszins vergelijkbaar resultaat te bereiken.

volgen. Omdat dit voor elk element andersoortige kennis vergt van zeer uiteenlopende regels (goederenrecht, zekerhedenrecht, faillissementsrecht, IE-recht, privacyrecht) wordt dit in de uitvoering gecompliceerd, maar conceptueel is duidelijk dat er gewoon een verzameling goederen wordt gemanipuleerd.

Data is in dat opzicht vergelijkbaar met goodwill. Goodwill is een fenomeen waar zelfstandig over gesproken kan worden en dat om verschillende redenen regelmatig als losstaand van fysieke goederen wordt beschouwd, maar dat uiteindelijk niet als zelfstandig vermogensrechtelijk object kan worden gezien, doch moet worden overgedragen door overdracht van de afzonderlijke goederen waarin tezamen deze goodwill besloten ligt.³¹ Data is in zoverre daarvan verschillend dat goodwill alleen als onderdeel van, kort gezegd, een (deel van een) onderneming kan worden overgedragen (geen zelfstandig bestaan heeft) terwijl data ten dele ook daadwerkelijk met feitelijke handelingen kan worden overgedragen. Maar de totaliteit van alles wat met data in ruime zin wordt bedoeld vereist overdracht van diverse andere goederen. Daarbij zullen steeds de voor die goederen relevante regels moeten worden nageleefd. Voor data in strikte zin is dit in par. 5 geschetst. Voor de verschillende andere elementen gelden andere regels. Een databankrecht of licentie moet bij goederenrechtelijke akte worden overgedragen, andere relevante contractuele bedingen met cessie (art. 3:95 BW) of contractsoverneming (art. 6:159 BW). Daarnaast kunnen problemen ontstaan met in het bijzonder privacy-toestemming.³²

De feitelijke bezitsverschaffing zal geschieden met een kopie, of voor andere elementen op andere wijze. De verkrijger zal daarnaast vermoedelijk een geheimhoudingsbeding en non-concurrentiebeding verlangen. Deze dienen naar redelijkheid te worden uitgelegd, vgl. par. 5 sub c (nt. 27) over toevallige backups.

Daarnaast kan het verstandig zijn diverse ondersteunende contractuele regels en verklaringen op te nemen, zoals een 'garantie' (al dan niet in de vorm van een ontbindende voorwaarde opgenomen) dat er geen beperkingen zijn dan de uitdrukkelijk in de overeenkomst vermelde, regels omtrent de integriteit en actualiteit

³¹ J. Diamant en R.M. Wibier, 'De positie van goodwill in het privaatrecht', WPNR 6919 (2012).

³² Deze toestemming geldt immers de oorspronkelijke verwerker; de letter van de wet lijkt te suggereren dat een nieuwe verwerker opnieuw toestemming van iedere betrokkene zou moeten verkrijgen. Of art. 8 sub a Wbp aldus moet worden gelezen is thans een omstreden kwestie.

van de data,³³ regels omtrent het verzekeren van de samenhang tussen de verschillende elementen, medewerkingsplichten om de data in gebruik te nemen.

7. Resterende knelpunten

Data kan derhalve reeds naar geldend vermogensrecht behoorlijk worden behandeld. Toch zijn er enkele gevallen waar het recht vooralsnog tekort schiet.

Als eerste is er het geval dat de data zich in de macht van een derde bevindt, en de rechthebbende op de data (of ten minste een kopie daarvan) wil terugkrijgen.³⁴ Dit is in par. 5 al aangegeven als het ontbreken van ‘revindicatie’. Een voorbeeld kan zijn dat de ‘eigenaar’ of diens erven foto’s die zijn opgeslagen bij Dropbox, of een account bij Facebook, willen ontvangen. Op dit ogenblik zijn hiervoor de contractuele regelingen bepalend, maar deze kunnen voor de ‘eigenaar’ ontoereikend zijn.³⁵ We zien dit ook bij de curator die toegang wil tot administratie opgeslagen in ‘the cloud’³⁶ en daarbij gebrek aan medewerking ontmoet.

Een aspect van zaken is dat gebruik feitelijk tot enige mate van *exclusiviteit* leidt. Dat is bij data anders. In zoverre is het onzeker of de vergelijking met zaken geheel kan of moet worden doorgetrokken. Enerzijds is exclusiviteit bij data niet altijd nodig: denk aan ebooks en muziekbestanden. Anderzijds is exclusiviteit van data wel enigermate feitelijk en juridisch te verwezenlijken. In het verleden werd geleerd dat de onmogelijkheid van feitelijke exclusiviteit bij know-how of kennis of informatie in de weg zou staan aan ‘eigendom’ daarvan.³⁷ Deze argumentatie is echter thans niet meer sluitend. Data, en zelfs bedrijfsgeheimen, vallen in deze tijd niet langer samen met *kennis* die in de hoofden van mensen zit. Data en bedrijfsgeheimen zijn tegenwoordig veelal niet of nauwelijks in de hoofden van één individu opgeslagen, zij zijn integendeel neergelegd in digitale bestanden die voor menselijke beheersing

³³ En ook backups! Vgl. Hof Amsterdam 28 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1635.

³⁴ Vgl. voor een digitale sleutel (code) Vzr Rb Rotterdam 4 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7101.

³⁵ E.N.M. Visser, ‘Who owns your bites when you die?’, *Computerrecht* 2007/113. Inmiddels hebben diverse Amerikaanse staten wetgeving over ‘digital assets’, vgl. L.A.G.M. van der Geld, ‘De executeur in een nalatenschap met bitcoins en andere “digitale bezittingen”’, *Tijdschrift Erfrecht* 2014/6, p. 16–20.

³⁶ B. Wessels, ‘De curator en de cloud’, *NJB* 2015/639, p. 818-821, vgl. Rb Oost-Brabant 13 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:763.

³⁷ J.L.R.A. Huydecoper, ‘Knowhow en het vermogensrecht’, *MvV* 2008/7-8, p. 158-162, op p. 159, D.M. Schut, ‘Knowhow: aandachtspunten in de contractspraktijk en de rol van art. 39 TRIPS’, *MvV* 2010/2, p. 15-20, op p. 16, J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten*, Deventer: Kluwer 2003, p. 183-190. Aarzelend vóór een vermogensrecht: Th.C.J.A. van Engelen, *Onverkoopbare vermogensrechten, Artikel 3:83 (3) BW nader beschouwd*, Deventer: Kluwer 2003, p. 99.

vatbaar zijn, en zijn daardoor uit handen te geven. Het voorstel voor een richtlijn bedrijfsgeheimen³⁸ bevat in art. 3 en 4 een regeling die een zekere mate van exclusiviteit verschaft aan de rechthebbende, zowel jegens vroegere rechthebbenden als tegenover derden. Indien dit voorstel wordt aangenomen zal een significant deel van wat data heet onder deze richtlijn vallen. Privé-data valt hier echter waarschijnlijk niet onder, nu daarbij de benodigde substantiële investering doorgaans zal ontbreken.

Verder blijft vooralsnog lastig *verpanding*³⁹ van data en *beslag* op data,⁴⁰ terwijl ook onduidelijk is in hoeverre data in *faillissement* als verhaalsobject beschikbaar is.⁴¹

Tot slot zijn er verschillende *aansprakelijkheidskwesties* die kunnen spelen. Ook deze kunnen in dit verband niet nader worden uitgewerkt. Men kan denken aan diverse vormen van wanprestatie, naast privacy-schending en IE-inbreuk etc., schadevergoeding bij dataverlies.⁴² Interessant is verder in hoeverre er aansprakelijkheid bestaat voor conclusies getrokken op basis van big data, zowel ten aanzien van onjuiste conclusies (waar de ‘afnemer’ mogelijk op basis van wanprestatie wil ageren) als ten aanzien van mogelijk correcte conclusies (waar het object van de conclusies wellicht zich tegen wil verzetten, zoals de praktijk van ‘postcode’-discriminatie bij verlening van hypothecaire kredieten).

8. Conclusie

Binnen het geldend vermogensrecht kan over data worden gecontracteerd op zodanige wijze dat resultaten worden bereikt die dicht in de buurt komen van hoe een eigendomsrecht op data zou kunnen uitwerken. De praktijk heeft hier ook behoefte aan. Op enkele punten blijven echter lacunes bestaan, zoals bij revindicatie, verpanding en beslag. Deze zouden deels met flexibele toepassing van het onrechtmatige-daadsrecht of andere rechtsfiguren kunnen worden aangepakt. Toch wijst dit alles in de richting van een eigendomsrechtelijke benadering van data. Een verdere doordenking van deze benadering is daarom nodig.

³⁸ COM (2013) 813 final.

³⁹ Vgl. ook Th.C.J.A. van Engelen, ‘Zekerheidsrechten op intellectuele-eigendomsrechten: een heikel avontuur’, MvV 2008/7-8, p. 147-157.

⁴⁰ Zie bijv. Rb Amsterdam 19 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6969.

⁴¹ Vgl. art. 21 sub 1 Fw juncto art. 2 lid 3 Auteurswet ten aanzien van niet openbaar gemaakte auteursrechtelijke werken.

⁴² Bijv. Rb Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6526, TvC 2005/1, p. 21 m.nt. Neppelenbroek.