

Het auteurscontractenrecht in de softwarebranche

De billijke vergoeding bij open source software en de status van sublicenties na herroeping van een hoofdlicentie

Julian Eck

Mr. J.M. Eck is werkzaam als advocaat bij Brinkhof te Amsterdam.

Het auteurscontractenrecht houdt de gemoederen in de auteursrechtwereld al jarenlang bezig. Eén groep makers is tot nu toe echter onderbelicht gebleven: de softwareprogrammeurs. In dit artikel wordt beschreven hoe een uitzondering op de billijke vergoeding bij open source software kan leiden tot meer rechtszekerheid en hoe kan worden omgegaan met de geldigheid van een sublicentie nadat een softwareprogrammeur de hoofdlicentie heeft herroepen.¹

Inleiding

Slechts enkele dagen voordat de Wet auteurscontractenrecht in Nederland in werking is getreden, heeft de regering de knoop definitief doorgehakt: de wet zou niet voorzien in een specifieke uitzondering voor de softwarebranche. Immers, in Duitsland gelden de regels van het auteurscontractenrecht in beginsel ook voor software en 'dat heeft voor zover ons [de regering, JME] bekend, daar niet tot problemen geleid'.² Verder is de contractuele onderhandelingspositie van softwareprogrammeurs³ tijdens de totstandkoming van de Wet auteurscontractenrecht nauwelijks onderwerp van discussie geweest.

De doelstelling van de Wet auteurscontractenrecht is het verstevigen van de contractuele onderhandelingspositie van auteurs ten opzichte van de exploitanten van hun werken.⁴ Hiermee wordt gepoogd de verstoorde 'contractspareteit'⁵ tussen partijen te herstellen. In dit artikel staat de vraag centraal of die doelstelling kan worden bereikt voor softwareprogrammeurs.⁶ Aangezien de Nederlandse regering Duits-

land als voorbeeld heeft gebruikt bij de totstandkoming van de bepalingen en vanwege de grote gelijkenis tussen de bepalingen, zal worden stilgestaan bij auteurscontractenrechtelijke ontwikkelingen in de Duitse softwarebranche. Dit geeft een indicatie van wat in Nederland in de toekomst kan worden verwacht.

Eerst wordt ingegaan op de toepasselijkheid van het auteurscontractenrecht in de softwarebranche en op de onderhandelingspositie van zelfstandige softwareprogrammeurs. Daarna wordt uitgeweid over de twee bepalingen die voor de softwarebranche de meeste veranderingen teweeg kunnen gaan brengen, namelijk het recht op de billijke vergoeding op grond van art. 25c lid 1 Auteurswet (Aw) en het recht op herroeping wegens *non-usus* uit art. 25e Aw.⁷ Hierbij wordt met name beschreven in hoeverre het mogelijk is af te zien van de billijke vergoeding bij de ontwikkeling van open source software en of een sublicentie geldig is nadat een hoofdlicentie is herroepen middels een succesvol beroep op de *non-usus* bepaling.

1 Dit artikel is een bewerking van de masterscriptie die de auteur aan het Instituut voor Informatierecht van de Universiteit van Amsterdam heeft geschreven onder begeleiding van prof. mr. P.B. Hugenholtz. De masterscriptie is beschikbaar via: <https://tinyurl.com/z6g7vds>.

2 *Kamerstukken I* 2014/15, 33308, E p. 1-2.

3 In dit artikel worden de begrippen 'softwareprogrammeur(s)' en 'programmeur(s)' uitwisselbaar gebruikt.

4 *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 1.

5 Bij een evenredige contractspareteit worden contracten zo veel mogelijk opgesteld conform de wensen van beide partijen. Bij een verstoorde contractspareteit heeft één van de partijen, veelal door een machtspositie, een onevenredig groot aandeel in de contractsonderhandelingen.

6 Voor een uiteenzetting over de algemene beginselen van de Wet auteurscontractenrecht, zie bijvoorbeeld P.B. Hugenholtz, 'Towards Author's Paradise: The new Dutch Act on Authors' Contracts', in: G. Karnell (red), *Liber Amoricum Jan Rosén*, Visby: Eddy.se ab 2016, p. 397-407.

7 Omwille van de beperkte ruimte zal een uiteenzetting over het recht op de billijke vergoeding voor onbekende exploitatievormen (art. 25c lid 6 Aw) en de disproportionaliteitsbepaling (art. 25d Aw) achterwege worden gelaten. Uit eigen onderzoek is het onaannemelijk gebleken dat deze twee bepalingen op korte termijn veranderingen teweeg zullen brengen in de softwarebranche. Zie voor een volledige analyse J.M. Eck, *Software als vreemde eend in de auteurscontractenrechtelijke bijt* (masterscriptie Amsterdam UvA, 2016). Te raadplegen op: <https://tinyurl.com/z6g7vds>.

Toepasselijkheid auteurscontractenrecht in de softwarebranche

Het auteurscontractenrecht kan van toepassing zijn op de contractuele relatie tussen een softwareprogrammeur en diens exploitant. Doorslaggevend bij de beoordeling van de toepasselijkheid is (i) of er exploitatie- of gebruiksbevoegdheden worden overgedragen en (ii) de vraag of er al dan niet een dienstverband bestaat tussen de programmeur en de exploitant. Hieronder wordt op beide factoren ingegaan.

Krachtens art. 25b lid 1 Aw geldt als uitgangspunt dat de bepalingen van het auteurscontractenrecht enkel gelden bij een overeenkomst die de verlening van de exploitatiebevoegdheid ten aanzien van het auteursrecht van de maker als hoofddoel heeft. Bij een dergelijke overeenkomst draagt een maker exploitatiebevoegdheden over aan een exploitant die op zijn beurt het werk op de markt brengt. Het gaat hier dus om de situatie waarbij een programmeur zijn ontwikkelde software niet zelf uitbaat, maar dit door een derde laat doen. Standaardsoftware leent zich voor dergelijke exploitatie door een derde, omdat dit type software wordt ontwikkeld voor een grotere doelgroep en niet voor een specifieke klant. Programmeurs van standaardsoftware die de exploitatie uitbesteden, kunnen in beginsel in aanmerking komen voor bescherming van het auteurscontractenrecht.

Overeenkomsten die zien op verlening van bevoegdheden voor gebruiksdoeleinden vallen niet onder het bereik van het auteurscontractenrecht.⁸ Hierbij kan worden gedacht aan een overeenkomst die strekt tot de ontwikkeling van maatwerksoftware waarbij bijvoorbeeld een website of een (mobiele) applicatie volledig wordt afgesteld op de wensen van een klant. Deze software is niet bedoeld om verder te worden geëxploiteerd en wordt slechts door een specifieke klant gebruikt. Omdat in de overeenkomsten enkel gebruiksbevoegdheden worden verleend, vallen programmeurs van maatwerksoftware in beginsel niet onder het bereik van het auteurscontractenrecht.

De programmeur die werkzaam is in dienstverband valt ook niet onder de reikwijdte van het auteurscontractenrecht. Immers, op grond van art. 25b lid 3 Aw is het auteurscontractenrecht niet van toepassing op 'fictieve makers' in de zin van art. 7 en 8 Aw. In beginsel beschermt het auteurscontractenrecht enkel natuurlijke personen en geen rechtspersonen. Dit impliceert dat een programmeur die werkzaam is als zelfstandige⁹ wel onder de reikwijdte van het auteurscontractenrecht valt. In de praktijk brengen zelfstandige pro-

grammeurs hun rechten echter vaak onder in een eenmanszaak of BV. Als een overeenkomst wordt gesloten namens een dergelijke eenmanszaak of BV, treedt de rechtspersoon – en dus niet de softwareprogrammeur als natuurlijke persoon – op als maker in de zin van art. 7 Aw en is het auteurscontractenrecht niet van toepassing. Dit is ook gesignaleerd door de wetgever, die daarom positieve reflexwerking toestaat in het geval een 'fictieve maker' in een economisch vergelijkbare positie verkeert als een natuurlijke maker.¹⁰

Onderhandelingspositie zelfstandige softwareprogrammeur

Aangezien de Wet auteurscontractenrecht als doel heeft om de onderhandelingspositie van auteurs ten opzichte van hun exploitanten te verstevigen, is het relevant om te beoordelen in hoeverre een dergelijke verstevigde positie in de softwarebranche noodzakelijk is. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel is geen blijk gegeven van enig onderzoek in dit kader. Wel is onderzoek gedaan naar auteurs en uitvoerend kunstenaars in de meer klassieke auteursrechtsectoren.¹¹ Uit dit onderzoek is gebleken dat veel auteurs en uitvoerend kunstenaars vinden dat zij een zwakke onderhandelingspositie hebben ten opzichte van hun exploitant.¹² Slechts enkele gameontwikkelaars hebben een bijdrage aan dit onderzoek geleverd en dus zijn de uitkomsten niet te generaliseren naar de softwarebranche. Omdat de onderhandelingspositie van programmeurs voorsnog niet is onderzocht, is het relevant om hiervan een inschatting te maken. Bij deze inschatting wordt gekeken naar het aantal bedrijven dat werkzaam is in de softwarebranche, het aandeel van standaardsoftware in de softwaremarkt en het uurloon van zelfstandige softwareprogrammeurs.

In 2013 waren meer dan 44.000 bedrijven actief in de Nederlandse softwarebranche, waarvan 82% bestond uit eenmanszaken.¹³ Het grootste deel van deze eenmanszaken opereert in de praktijk niet als zelfstandig bedrijf, maar verleent diensten aan derden als zelfstandige softwareprogrammeur.¹⁴ Daarnaast is uit onderzoek gebleken dat ongeveer de helft van de ontwikkelde software in Nederland standaardsoftware betreft.¹⁵

Ook de hoogte van de gebruikelijke vergoeding die een zelfstandige programmeur ontvangt, kan als richtlijn dienen voor het vaststellen van zijn onderhandelingspositie. Deze vergoeding is bovengemiddeld; zzp'ers die werkzaam zijn in de ICT-sector verdienen meer dan zzp'ers in bijna alle andere branches. Het uurloon ligt dan ook relatief hoog met een gemiddelde van 73 euro per uur.¹⁶ Vaak wordt een termijn

8 Kamerstukken II 2011/12, 33308, 3, p. 5-6.

9 Met zelfstandige wordt een zzp'er of freelancer bedoeld. De begrippen zelfstandige en zzp'er worden uitwisselbaar gebruikt.

10 Kamerstukken II 2011/12, 33308, 3, p. 12.

11 Bij klassieke auteursrechtsectoren kan bijvoorbeeld worden gedacht aan schrijvers, fotografen en filmmakers.

12 J.Weda e.a., *Wat er speelt, Onderzoek in opdracht van het WODC* (Ministerie van Justitie) 2011, Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2011.

13 *Dialogic 2014, Een rapport over de softwaresector in Nederland in opdracht van Nederland ICT* (hierna: *Dialogic 2014*), p. 14-15.

14 *Dialogic 2014*, p. 15, 23 en 28.

15 *Dialogic 2014*, p. 30.

16 *Consultancy 2015. Een onderzoek van de redactie van consultancy.nl naar inkomensverschillen bij zzp'ers in de ICT*. Te raadplegen op: <http://www.consultancy.nl/nieuws/10208/zzpers-in-ict-en-zakelijke-advisering-verdienen-meest>.

afgesproken van een aantal maanden waarin de programmeur tegen een gefixeerd uurloon een bepaald aantal uren per week werkt aan een vast project.

Er zijn dus geen concrete aanwijzingen dat in de softwarebranche een verstoorde 'contractspareit' bestaat. Desondanks zijn de bepalingen van het auteurscontractenrecht onverminderd van toepassing in de softwarebranche. Wel dient in het achterhoofd te worden gehouden dat de Wet auteurscontractenrecht slechts van toepassing is op softwareprogrammeurs die, als zelfstandigen, standaardsoftware ontwikkelen en deze software door derden laten exploiteren. De omvang van deze groep is moeilijk vast te stellen. Dit heeft er onder andere mee te maken dat een deel van de zelfstandigen in de praktijk vaak meewerkt aan een groter 'eindproduct' dat vervolgens door een derde als standaardsoftware wordt aangeboden. Hierbij draagt de zelfstandige programmeur de intellectuele eigendomsrechten over de door hem ontwikkelde componenten doorgaans over aan de derde die hem heeft ingehuurd. In zulke gevallen rust de eigendom van de standaardsoftware niet bij de programmeur en wordt hij dus niet beschermd door het auteurscontractenrecht.

Billijke vergoeding

In Nederland heeft de auteur bij de overdracht van exploitatierechten op grond van art. 25c lid 1 Aw het recht op een in de overeenkomst te bepalen billijke vergoeding. In de huidige auteurscontractenrechtelijke regeling ontbreekt een wettelijke mogelijkheid om contractueel af te wijken van dit recht. Immers, ter bescherming van de doorgaans zwakkere onderhandelingspositie van makers zijn de bepalingen van het auteurscontractenrecht van dwingend recht. De regering heeft wel bepaald dat de billijke vergoeding bij een *open access* model 'nihil, in natura, of inbegrepen in het honorarium' kan zijn,¹⁷ maar wat dit precies inhoudt wordt verder niet toegelicht.

Afzien van vergoeding bij open source?

Een voorbeeld waarbij de onduidelijkheid over de mogelijkheden om af te zien van de billijke vergoeding tot uiting komt, kan worden gevonden in de ontwikkeling en exploitatie van open source¹⁸ software. Het staat een softwareprogrammeur vrij om broncode te gebruiken die is vrijgegeven onder een open source licentie zoals de GNU General Public License (GPL). Echter, GPL vereist – evenals

de meeste andere open source licenties – dat de ontwikkelde software onder dezelfde open source licentie wordt uitgegeven. De softwareprogrammeur die gebruik maakt van de broncode die is vrijgegeven onder GPL moet de door hem ontwikkelde software dus ook als open source software in omloop brengen. Dit betekent dat rechten over deze software doorgaans enkel worden verleend in de vorm van een niet-exclusieve licentie.

Een valide verdienmodel bij open source software is om naast de ontwikkelde software die wordt verleend in de vorm van een niet-exclusieve licentie een supplementaire dienst aan te bieden zoals een implementatie- en/of onderhoudscontract. De broncode van de software wordt vrij ter beschikking gesteld aan de ontvanger, maar voor de supplementaire dienst zal een vergoeding moeten worden betaald.¹⁹ De software wordt hierbij om niet ontwikkeld, waarna de programmeur inkomsten vergaart uit een supplementair implementatie- en/of onderhoudscontract.

Wettelijk gezien is het niet mogelijk om bij open source software contractueel volledig af te zien van het recht op een billijke vergoeding, maar in de praktijk kunnen programmeurs van open source software in een licentie bepalen dat de billijke vergoeding nihil is of is inbegrepen in het honorarium. Dit is een praktische oplossing die de onzekerheid deels kan overbruggen. Vanwege het dwingendrechtelijke karakter van het recht op de billijke vergoeding kan echter nooit alle twijfel over de uiteindelijke uitleg van de overeenkomst worden weggenomen. Een wettelijke verankering van de mogelijkheid om contractueel af te zien van het recht op een billijke vergoeding bij de verlening van een niet-exclusieve licentie om niet zou ten goede komen aan de rechtszekerheid. Dit is gunstig voor grote bedrijven die onzekerheid over toekomstige claims zo veel mogelijk willen inperken.

In de Duitse regelgeving wordt al een mogelijkheid geboden om af te wijken van het recht op de billijke vergoeding. Aangezien de Duitse regelgeving een inspiratiebron was voor de Nederlandse wetgever,²⁰ is het zinvol om te kijken hoe onze oosterburen deze uitzondering hebben vormgegeven.

Linux-Klausel

In Duitsland heeft de auteur op grond van de regel inzake *Angemessene Vergütung* ex. §32 UrhG recht op een billijke vergoeding bij het sluiten van een gebruiksovereenkomst²¹ en voor zover die vergoeding niet is overeengekomen heeft

17 *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 13.

18 Bij open source software mag de gebruiker de software niet alleen gebruiken, maar ook verder ontwikkelen. Een bekend voorbeeld van open source software is het besturingssysteem Linux.

19 W. Donker & B. van Loenen, *Duurzame Businessmodellen voor open data*, Delft: TU Delft 2015, p. 27; M. Truyens, 'Open source software: een stand van zaken', *CR* 2011/98, par. 2.1; C. de Preter & H. Dekeyser 2004, 'De totstandkoming en draagwijdte van open source-licenties', *CR* 2004/33, p. 216-217.

20 *Consultatiedocument voorontwerp auteurscontractenrecht*, p. 2. Te raadplegen op: <https://www.internetconsultatie.nl/auteurscontractenrecht>.

21 In tegenstelling tot de in Nederland gehanteerde dualistische benadering waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen persoonlijkheidsrechten en exploitatierechten, en slechts de persoonlijkheidsrechten onoverdraagbaar zijn, wordt in Duitsland een monistische benadering gehanteerd. Hierbij zijn noch de persoonlijkheidsrechten noch de exploitatierechten vatbaar voor overdracht. In Duitsland kunnen slechts gebruiksrechten worden overgedragen. Dit verschil is in beginsel niet relevant voor de vergelijking van de auteurscontractenrechtelijke bepalingen van Nederland en Duitsland. Derhalve worden de begrippen 'exploitatierechten' en 'gebruiksrechten' uitwisselbaar gebruikt.

de auteur recht op een wijziging van de overeenkomst.²² In tegenstelling tot de Nederlandse bepaling, biedt §32 lid 3 UrhG een mogelijkheid om af te zien van het recht op een billijke vergoeding bij het ontwikkelen en verspreiden van open source software.²³ De auteur kan namelijk op grond van §32 lid 3 UrhG niet-exclusieve rechten verlenen zonder daarvoor een billijke vergoeding te ontvangen. Deze uitzondering wordt de *Linux-Klausel* genoemd.²⁴

In Nederland zou een principe als de *Linux-Klausel* een uitzondering vormen op het recht op de billijke vergoeding in zijn huidige vorm, waarvan in beginsel geen enkele afwijking mogelijk is. Vanwege de achterliggende gedachte van het recht op de billijke vergoeding, waarbij de kracht juist schuilt in de onmogelijkheid ervan af te wijken, is het de vraag of een dergelijke uitzondering gerechtvaardigd is. Dit lijkt het geval. Een wettelijke variant op de *Linux-Klausel* die zich beperkt tot software die is vrijgegeven onder een open source licentie kan ten goede komen aan de rechtszekerheid. Het is wellicht ook mogelijk om de uitzondering breder te implementeren en toe te passen op alle soorten *open access* modellen. Zo zouden makers die werken publiceren onder Creative Commons²⁵ licenties ook kunnen afzien van een billijke vergoeding. Of dit eveneens wenselijk is, zal moeten worden onderzocht. Daarvoor is in dit artikel geen plaats.

Sublicenties bij *non-usus*

Naast de bepaling inzake het recht op de billijke vergoeding is er nog een bepaling die een rol kan spelen voor zelfstandige softwareprogrammeurs die exploitatierechten overdragen: de *non-usus* bepaling. De programmeur heeft op grond van art. 25e Aw onder omstandigheden het recht om verleende exploitatierechten te herroepen indien de exploitant niet binnen een redelijke termijn in voldoende mate exploiteert. Dit kan een juridisch interessante situatie opleveren wanneer de exploitant niet alleen een exclusief recht ten aanzien van de exploitatie van de software heeft verkregen, maar ook de mogelijkheid om niet-exclusieve rechten te verlenen aan derden. In dat geval kan de verleende hoofdlicentie van de exploitant onder omstandigheden met een succesvol beroep op *non-usus* weer worden herroepen, maar wat voor invloed dat heeft op een niet-exclusief verleende sublicentie is onduidelijk. Mocht de sublicentie geldig blijven, dan is de vraag aan wie de licentiegelden moeten worden betaald: aan de exploitant die niet langer een geldig recht heeft of aan de programmeur met wie de sublicentienemer überhaupt geen verbintenis heeft?

Een mogelijk antwoord op deze vraag kan wederom worden ontleend aan ontwikkelingen in Duitsland en met name aan Duitse jurisprudentie. De Duitse equivalent van onze *non-usus* bepaling – het *Rückrufsrecht wegen Nichtausübung* – is met regelmaat door programmeurs ingeroepen en heeft zelfs meerdere malen een beslissing van het *Bundesgerichtshof* (BGH) ontlokt. Hierbij heeft het BGH zich uitgelaten over de geldigheid van sublicenties na het herroepen van een hoofdlicentie en over de betaling van licentiegelden.

Ervaring in Duitsland

In *Reifen Progressiv* was de eiser programmeur van een computerprogramma.²⁶ Eiser had de gebruiksrechten van dit computerprogramma in de vorm van een exclusieve licentie aan een bedrijf verleend (de hoofdlicentie). Dit bedrijf had vervolgens gebruiksrechten in de vorm van een niet-exclusieve licentie verleend aan een derde (de sublicentie). In 2001 werd de hoofdlicentie ingetrokken als gevolg van een geldig beroep op het herroepingsrecht. De rechtsvraag die uiteindelijk door het BGH moest worden beantwoord was of de sublicentie kon blijven bestaan, aangezien de hoofdlicentie was ingetrokken. Het BGH beantwoordde deze vraag bevestigend en oordeelde dat §41 lid 5 UrhG – ‘Mit Wirksamwerden des Rückrufs erlischt das Nutzungsrecht’ – niet impliceert dat de rechtsgeldige herroeping van een exclusief verleende licentie tot gevolg heeft dat niet-exclusief verleende sublicenties ook vervallen.²⁷

Na *Reifen Progressiv* kwam het ‘bestaansrecht’ van een sublicentie na het wegvallen van een hoofdlicentie nogmaals aan de orde in het geding in *M2Trade*.²⁸ Eiser was programmeur van software en had de gebruiksrechten en de bevoegdheid om licenties te verlenen met betrekking tot (onder andere) deze software in de vorm van een hoofdlicentie aan een bedrijf verleend. Dit bedrijf had vervolgens gebruikslicenties c.q. sublicenties verleend aan derden. Na het uitblijven van betalingen aan eiser, zegde eiser de hoofdlicentie op in de veronderstelling daarmee ook de sublicenties te ontbinden. Het BGH volgde echter de weg die was ingeslagen in *Reifen Progressiv* en oordeelde dat bij het bestaansrecht van de sublicenties ook de *Sukzessionsschutz*²⁹ in acht dient te worden genomen. Het doel van de *Sukzessionsschutz* is bescherming van de houder van een (sub)licentie en het verschaffen van zekerheid dat hij zijn investering kan terugverdienen. Om te voorkomen dat de eiser met lege handen kwam te staan, kon hij de betalingen van de sublicentienemers aan de hoofdlicentienemer opvorderen op grond

22 G. Schulze, in: T. Dreier & G. Schulze, *Urheberrecht Kommentar*, München: C.H. Beck 2015, §32 UrhG, aant. I-1a (hierna: Schulze 2015).

23 Schulze 2015, §32 UrhG, aant. 80.

24 A. Wandtke & E.W. Grunert, in: A. Wandtke & W. Bullinger, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München: C.H. Beck 2014, §32 UrhG, aant. 45.

25 Open source licenties hebben enkel betrekking op software, terwijl Creative Commons licenties worden gebruikt bij meer soorten *open access* modellen. Zo kunnen bijvoorbeeld schrijvers, filmmakers, musici, fotografen en andere makers in de zin van het auteursrecht werken

publiceren onder een Creative Commons licentie. Zie in dit kader bijvoorbeeld N.A.H. Hendriks, ‘Creative commons in Nederland: flexibel auteursrecht’, *AMI* 2006, afl. 1, p. 2.

26 BGH 26 maart 2009, I ZR 153/06 (*Reifen Progressiv*).

27 BGH 26 maart 2009, I ZR 153/06 (*Reifen Progressiv*), r.o. 27.

28 BGH 19 juli 2012, I ZR 70/10 (*M2Trade*).

29 Het beginsel van *Sukzessionsschutz* staat onder andere in §33 UrhG en houdt in dat de overdracht van een hoofdlicentie geen afbreuk doet aan de sublicentie, waardoor de sublicentienemer wordt beschermd.

van ongerechtvaardigde verrijking ex §812 jo. §818 BGB.³⁰ Gelijktijdig met deze uitspraak deed het BGH uitspraak in *Take Five*, waarin de benadering uit *Reifen Progressiv* en *M2Trade* wederom werd bevestigd.³¹

Gezien de beslissingen in *Reifen Progressiv*, *M2Trade* en *Take Five* kan worden aangenomen dat sublicenties in Duitsland in beginsel intact blijven nadat een exclusief verleende hoofdlicentie op grond van het herroepingsrecht ex §41 UrhG is ingetrokken c.q. herroepen.³² Dit levert een gecompliceerde constructie op. Bij het 'wegvallen' van een hoofdlicentie bestaat niet langer een contractuele verhouding tussen de softwareprogrammeur en de hoofdlicentienemer. De sublicentienemers mogen daarentegen nog steeds (tegen betaling) hun rechten met betrekking tot de sublicentie blijven uitoefenen. Zij hebben een contractuele verhouding met de hoofdlicentienemer en die blijft dus inkomsten genereren, terwijl er geen rechtsgeldige hoofdlicentie meer bestaat.

Pragmatische oplossing

In de praktijk wordt in Duitsland een enigszins omslachtige constructie gehanteerd om te verzekeren dat de programmeur licentiegelden ontvangt van sublicentienemers nadat de hoofdlicentie is herroepen. Door middel van een beroep op ongerechtvaardigde verrijking kan de programmeur de betalingen van de sublicentienemers aan de hoofdlicentienemer opvorderen.³³ Het probleem van deze constructie is dat een contractuele relatie tussen de softwareprogrammeur en de sublicentienemer ontbreekt.

Een potentiële oplossing die hiervoor in de literatuur wordt aangedragen is om de *Sukzessionsschutz* in een dergelijke situatie zo te interpreteren dat er een overdracht van het contract plaatsvindt, als zijnde de 'hypothetische wil' van partijen, waardoor de softwareprogrammeur een contractuele relatie krijgt met de sublicentienemer.³⁴ Dit leidt ertoe dat de softwareprogrammeur zijn betalingen van de sublicentienemer kan ontvangen en dat de programmeur aanvullende bescherming geniet onder het commune overeenkomstenrecht.

In Nederland kan een situatie zoals hierboven beschreven zich in de toekomst eveneens voordoen. In een dergelijke situatie lijkt de mogelijkheid om de sublicentie in stand te houden en licentiegelden op te vorderen middels ongerechtvaardigde verrijking ook in Nederland uitkomst te kunnen bieden. Zo heeft de sublicentienemer voldoende zekerheid dat hij zijn investering kan terugverdienen en krijgt de licen-

tiegever alsnog betaald voor de rechten die hij heeft verleend. Een nadeel aan deze constructie is evenwel dat een contractuele relatie tussen de licentievergever en de sublicentienemer ontbreekt.

Conclusie

De Wet auteurscontractenrecht heeft ten doel de (te) zwakke onderhandelingspositie van de auteur ten opzichte van diens exploitant te verbeteren. Het is echter niet aannemelijk dat de onderhandelingspositie van programmeurs even zwak is als die van auteurs in de meer klassieke auteursrechtsectoren. Ondanks dat de noodzaak van een regeling ontbreekt, zijn de bepalingen van het auteurscontractenrecht ook van toepassing in de softwarebranche. Dit is het geval wanneer een softwareprogrammeur werkzaam is als zelfstandige en exploitatiebevoegdheden ten aanzien van standaardsoftware overdraagt.

Ten behoeve van de rechtszekerheid verdient het aanbeveling dat de Nederlandse wetgever een beperkte variant op de Duitse *Linux-Klausel* implementeert, waarbij de programmeur het recht krijgt een niet-exclusieve licentie om niet te verlenen in het geval van open source licenties. Hiermee kunnen softwareprogrammeurs en exploitanten contractueel overeenkomen dat er in geen geval aanspraak kan worden gemaakt op een billijke vergoeding bij de ontwikkeling van open source software. Dit komt ten goede aan de rechtszekerheid en dus aan de onderhandelingspositie van zelfstandige softwareprogrammeurs. Een interessante vraag die hierbij opkomt, is of een dergelijke uitzondering voor alle *open access* modellen – dus bijvoorbeeld ook voor Creative Commons licenties – zou moeten gelden.

Bij de huidige *non-usus* bepaling bestaat voornamelijk onduidelijkheid over de invloed van een succesvol herroepen hoofdlicentie op de geldigheid van niet-exclusief verleende sublicenties. In Duitsland wordt voor deze situatie een pragmatische oplossing gehanteerd. Zo is in een aantal beslissingen van het BGH geoordeeld dat sublicenties in Duitsland in beginsel intact blijven nadat een exclusief verleende hoofdlicentie op grond van het herroepingsrecht is herroepen. Hierbij kunnen de betalingen van de sublicentienemers aan de hoofdlicentienemer door de maker worden opgevorderd middels een beroep op ongerechtvaardigde verrijking. Indien een dergelijke situatie zich in de toekomst in Nederland voordoet, is het denkbaar dat een soortgelijke benadering wordt gehanteerd.

30 BGH 19 juli 2012, I ZR 70/10 (*M2Trade*), r.o. 34-36.

31 BGH 19 juli 2012, I ZR 24/11 (*Take Five*), r.o. 17-18b.

32 A. Wiebe, in: Spindler & Schuster, *Recht der elektronischen Medien*, München: C.H. Beck 2015, §41 UrhG, aant. 7 (hierna: Wiebe 2015).

33 Wiebe 2015, §41 UrhG, aant. 7; Schulze 2015, §41 UrhG, aant. 37; M. McGuire & J. Kunzmann, 'Sukzessionsschutz und Fortbestand der Unterlizenz nach „M2Trade“ und „Take Five“ – ein Lösungsvorschlag', *GRUR* 2014/28 (hierna: M. McGuire & J. Kunzmann 2014), p. 29-30.

34 M. McGuire & J. Kunzmann 2014, p. 34.