

Op afstand bestuurbaar eigendom

*Mr. A. Berlee**

1 Inleiding

Er is al veel geschreven over de merkbare verschuiving van eigendom naar dienstverlening.¹ In zulke gevallen wordt de afnemer geen eigenaar van het product, maar neemt hij een dienst af. Denk aan het leasen van je tapijt,² afnemen van een hoeveelheid 'licht' in plaats van het aanschaffen van een lamp,³ of streamen van muziek in plaats van het kopen van muziek op een cd.⁴ In deze bijdrage wordt gekeken naar een andere trend, namelijk dat de eigendom wel is overgedragen, maar de eigenaar niet alleen zelf de controle over de zaak heeft.⁵ Het gaat daarbij om zogenoemde Internet of Things (IoT) apparaten of 'smart devices'.⁶ De koelkast, het koffiezetapparaat, of de auto is 'slim' gemaakt met behulp van software en een (vrijwel permanente) internetverbinding. Het stelt de apparaten in staat om te reageren op en te communiceren met andere mensen en apparaten. Denk aan je vuilnisbak die bijhoudt wat je allemaal weggooit en zelf je boodschappenlijstje aanvult,⁷ of je lampen die van kleur verschieten als je trein vertraging heeft opgelopen.⁸ Daarnaast zijn er ook voordelen verbonden aan het op afstand kunnen updaten van software op het apparaat. Zo kan een software-bug of beveiligingslek worden opgelost, kan een verbetering in de software worden aangebracht, of een nieuwe 'feature' worden toegevoegd zonder dat een nieuw apparaat hoeft te worden aangeschaft. Anderzijds biedt deze combinatie van software en een internetverbinding ook de mogelijkheid om het apparaat op afstand onbruikbaar te maken. Soms bedoeld (want er is niet betaald voor het apparaat of het is gestolen) en soms onbedoeld (de software-update is iets te vroeg doorgevoerd en nu doet het apparaat het niet meer).

* Mr. A. Berlee is universitair docent goederenrecht bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en redacteur van dit tijdschrift.

1. Recentelijk nog onderwerp van een bijzonder nummer van *Ars Aequi*, De Eigendom voorbij, in het bijzonder, V. Mak, Van ownership naar access. Is toegang de nieuwe eigendom?, *Ars Aequi* 2018, p. 664-671.
2. www.desso.nl/nieuws-events/nieuwsoverzicht/2013/9/dessor-gaaklanten-samen-met-de-lage-landen-lease-model-volgens-circulaire-economie-aanbieden/.
3. www.lighting.philips.com/main/cases/cases/airports/schiphol-airport.
4. Zie over de eigendomsvragen in dit kader, N. Sturris & E. Neppelenbroek, De vermogensrechtelijke positie van de muzikliefhebber in tijden van iTunes en Spotify, *Ars Aequi* 2018, p. 590-600.
5. De vraag naar eigendom van data wordt daarmee ook niet behandeld. Zie daarover onder andere, E. Tjong Tjin Tai, Een goederenrechtelijke benadering van databestanden, *NJB* 2018/1242, p. 1799-1804, en de daarin uitgebreid opgenomen literatuurverwijzingen.
6. Veel smart devices kunnen ook door middel van Bluetooth-technologie worden bediend. Bluetooth vereist geen internetverbinding. Het gaat in deze bijdrage alleen om die apparaten die door middel van wifi of op een andere manier met het internet zijn verbonden.
7. www.genican.com.
8. Zie voor de mogelijkheden bijvoorbeeld iftt.com/nanoleaf.

De positie van de eigenaar van dit soort 'op afstand bestuurbare' apparaten staat centraal in deze bijdrage. Het gaat te ver om in dit artikel alle juridische facetten uitgebreid te bespreken, daarom wordt aan de hand van enkele voorbeelden een overzicht gegeven van de vragen die op afstand bestuurbare zaken met zich mee (kunnen) brengen. Zo wordt in paragraaf 2 aan de hand van de onoverdraagbaarheidsclausule in de Google Glass-voorwaarden besproken hoe contractuele onoverdraagbaarheidsbedingen feitelijk derdenwerking zouden kunnen hebben. In paragraaf 3 wordt gekeken naar de startonderbrekers die in auto's worden geplaatst om op die manier periodieke betalingen af te dwingen. Hiermee kan op afstand invloed worden uitgeoefend op het gebruik van de auto. Als laatste wordt in paragraaf 4 kort gekeken naar de opkomst van 'slimme' apparaten waarbij de firmware automatisch wordt geüpdatet en hoe dat soms kan leiden tot onbedoelde effecten. De (on)mogelijkheden om deze te repareren komen in die paragraaf ook aan de orde. De verschillen en overeenkomsten tussen de drie voorbeelden komen nog eens aan de orde in de conclusie en er wordt gepoogd een begin te maken met het beantwoorden van de vraag: wanneer eigendom op deze manier op afstand bestuurbaar wordt, wie heeft er dan eigenlijk de controle: de eigenaar of een ander?

2 Onoverdraagbaarheidsbeding met een byte

Om de verkoop van nieuwe apparaten te stimuleren – en de tweedehandsmarkt in die apparaten te beperken – willen fabrikanten soms een goed onoverdraagbaar maken. Het auteursrecht op de software in de zaak kan daar mogelijk een grond voor bieden, alleen wordt dit wel beperkt door de uitputtingsregel, die kort gezegd inhoudt dat de verdere verkoop van eenmaal met toestemming op de Europese markt gebrachte exemplaren niet kan worden verhinderd). Het contractenrecht kan ook een uitkomst bieden om beperkingen aan doorverkoop op te leggen aan de koper van het apparaat. Wanneer die contractuele onoverdraagbaarheid technologisch wordt afgedwongen, krijgt de contractuele onoverdraagbaarheid in feite een zekere mate van derdenwerking. In dat geval levert dit mogelijk strijd op met de in het auteursrecht en goederenrecht vervatte uitgangspunten van vrije verhandelbaarheid van goederen.

Wanneer iemand een 'slim apparaat' koopt, koopt diegene eigenlijk een roerende zaak met *embedded software*.⁹ De roerende zaak is dan de hardware die wordt gestuurd door de software in de zaak zelf.¹⁰ Als deze zaak wordt doorverkocht dan gelden voor de overdracht van de zaak de regels van het goederenrecht.¹¹ Wat betreft de software in het apparaat ligt het iets ingewikkelder. De software kan namelijk auteursrechtelijk beschermd zijn.¹² In dat geval verkrijgt de verkrijger van de zaak niet alleen een roerende zaak, maar ook (een kopie van) auteursrechtelijk beschermde software.¹³ Wanneer een auteursrechtelijke eenmaal een exemplaar op de markt heeft gebracht (geopenbaard) door middel van eigendoms-overdracht, geldt de doorverkoop daarvan niet als een inbreuk op het auteursrecht. Het exclusieve distributierecht – het recht om exemplaren te verspreiden – van de auteursrechtelijke is dan uitgeput. Kortom, wanneer een roerende zaak met daarop een auteursrechtelijk beschermd werk eenmaal rechtsgeldig op de markt is gebracht door middel van eigendomsoverdracht, kan de auteursrechtelijke de verdere verspreiding daarvan niet meer tegengaan.¹⁴

Om toch als auteursrechtelijke invloed op de verdere verkoop uit te oefenen en om andere restricties aan de verkrij-

ger van de software op te leggen (en dus effectief aan de eigenaar van de roerende zaak), wordt er in de praktijk veel gebruik gemaakt van (licentie)overeenkomsten.¹⁵ Hierin specificiert de auteursrechtelijke welke rechten de licentiehouder verkrijgt en welke rechten de auteursrechtelijke zich voorbehoudt. Verder regelen deze overeenkomsten ook de algemene voorwaarden van de koop. Voor zover wordt geprobeerd om door middel van een (licentie)overeenkomst de uitputtingsregel te beperken of te omzeilen voor software op een fysieke drager slaagt men daarin niet.¹⁶

Een voorbeeld van een interessante bepaling in een overeenkomst was te vinden in de Explorer Edition van de Google Glass.¹⁷

'Unless otherwise authorized by Google, you may only purchase one Device, and you may not resell, rent, lease, transfer, or give your Device to any other person. If you resell, rent, lease, transfer, or give your device to any other person without Google's authorization, Google reserves the right to deactivate the Device, and neither you nor the unauthorized person using the Device will be entitled to any refund, product support, or product warranty.'

Hier wordt geprobeerd door middel van een beding de zaak zelf onoverdraagbaar te maken.¹⁸ In plaats van uitputting expliciet uit te sluiten, wordt getracht hetzelfde te bewerkstelligen door middel van het verbintenis- en goederenrecht.¹⁹ Immers, door de fysieke drager onoverdraagbaar te maken wordt effectief ook de software op die drager onoverdraagbaar. Dergelijke bepalingen hebben echter naar Nederlands recht alleen verbintenisrechtelijke werking, géén goederenrechtelijk effect. Art. 3:83 lid 1 BW is duidelijk: eigendom is overdraag-

9. Ook wel firmware genoemd, hoewel firmware zowel voor computers als niet-computers kan worden gebruikt. Embedded software is beperkt tot hardware die niet normaal gesproken als een computer wordt gezien, zoals een auto, bril, gps-apparaat enz. Zie ook www.techopedia.com/definition/29944/embedded-software.
10. De embedded software werkt dus als het besturingssysteem van de zaak. Zoals Linux, OSx, of Windows op een computer. Zie ook R. Koolhoven, 'Worden 'slimme' zaken in de circulaire economie ook nagetrokken?', WPNR 2018/7194, p. 396-407, m.n. p. 405: 'Het is een feit, er zijn twee met elkaar verbonden sferen: een materiële zaak en een immateriële soort besturingsmacht. Er is een goederenrechtelijke sfeer gerelateerd aan het fysieke object en een digitale sfeer die toegang geeft tot die zaak. Die digitale sfeer is feitelijk in die zin dat "uitzetten" een mogelijkheid is.'
11. Art. 3:84 lid 1 BW.
12. Dit hoeft niet altijd zo te zijn. Het kan zijn dat de software in het publieke domein is gekomen, bijvoorbeeld na afstand van het auteursrecht of verloop daarvan. Niet te verwarren met open-source software, want open-source software is nog altijd auteursrechtelijk beschermd. Het wordt alleen door middel van een zeer uitgebreide licentie uitgegeven.
13. De twee moeten wel los van elkaar worden gezien, zie hierover ook N. van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, Groningen: Wolters Noordhoff 2007, p. 54; J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 61.
14. Art. 12b Aw. Zie ook art. 4 lid 2 Software Richtlijn. Als het exemplaar nog niet rechtmatig op de EU/EER-markt was gebracht, dan is de verspreiding daarvan zonder toestemming van de auteursrechtelijke wél een auteursrechtinbreuk. De uitputting geldt overigens niet voor de verdere verhuur van de zaak. Daarover moet worden verstaan: 'het voor een beperkte tijdsduur en met winst oogmerk voor gebruik beschikbaar stellen van een computerprogramma of kopieën daarvan. Deze term omvat niet openbare uitleening [denk aan een openbare bibliotheek, AB].' Zie considerans 12 Software Richtlijn. Zie over uitputting van het distributierecht als het gaat om software zonder fysieke drager: HvJ EU 3 juli 2012, C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407 (UsedSoft). Zie over deze zaak ook F.M.J. Verstijlen, *Goederenrecht 2.0?* in: A. Verheij, E. Neppelenbroek, B. Krans & E. Koops (red.), *Digitaal privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2004. Zie over uitputting onder het recht voor de implementatie van de Richtlijn auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij, D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang: de exploitatierechten van de auteur in het tijdperk van digitale informatie en netwerkcommunicatie* (diss. Leiden), Den Haag: VUGA 1997, p. 83-105.

15. Zie in dit kader ook E.D.C. Neppelenbroek, *Verkrijgers en resellers: software-distributie op het snijvlak van het vermogensrecht en het auteursrecht*, NTBR 2012/29. Het gebruik van licenties wordt verder niet besproken in deze bijdrage, omdat afhankelijk van de vormgeving daarvan geen eigendom wordt overgedragen. In deze bijdrage wordt enkel gekeken naar die variant waarin wel de eigendom is overgedragen van het exemplaar.
16. HvJ EU 12 oktober 2016, C-166/15, ECLI:EU:C:2016:762 (Ranks/Microsoft), punt 29-30 en HvJ EU 3 juli 2012, C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407 (UsedSoft), punt 77. Zie ook Kort Begrip van het intellectueel eigendomsrecht 2017/564.
17. www.google.com/glass/termsfuse/archive/20140624/. Deze is enkele maanden daarna aangepast, zonder dat deze bepaling daarin is opgenomen. www.google.com/glass/termsfuse/.
18. Overigens door het gebruik van 'may not (...) transfer' is de kans op goederenrechtelijk effect ook gereduceerd tot nul, ook al zou overdraagbaarheid uitsluiten middels een partijbeding van eigendom een mogelijkheid zijn, gelet op de uitleg van onoverdraagbaarheidsbedingen van vorderingen in HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682 (Coface/Intergamma), r.o. 3.4.2, namelijk '[a]ls uitgangspunt bij de uitleg van bedingen die de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitsluiten, moet worden aangenomen dat zij uitsluitend verbintenisrechtelijke werking hebben, tenzij uit de – naar objectieve maatstaven uit te leggen – formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW is beoogd.' Was goederenrechtelijk effect de bedoeling, dan was 'can not (...) transfer' beter geweest.
19. A. Perzanowski & J. Schultz, *The End of Ownership: Personal Property in the Digital Economy*, Cambridge, MA: The MIT Press 2016, p. 62.

baar tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet.²⁰ Bij een overdracht van bijvoorbeeld een Google Glass is er geen sprake van een van de twee uitzonderingen. De roerende zaak kan dus nog steeds worden overgedragen. De bepaling heeft slechts verbintenisrechtelijk effect en ontbeert dus het goederenrechtelijk effect. Een dergelijke overdracht is wel in strijd met de contractuele bepaling en levert daarmee wanprestatie op van de afnemer van de Google Glass.

Tot zover niets nieuws onder de zon. Wat deze casus echter interessant maakt is de laatste zin van de bepaling, namelijk dat indien de zaak wordt overgedragen aan een ander, Google de zaak kan deactiveren. Dit betekent dat Google, via de internetverbinding van de Google Glass, het product op afstand onbruikbaar kan maken, door een soort van 'kill switch'.

Het product is dan waardeloos geworden, want een gedeactiveerde Google Glass is niets meer dan een bril met een apart montuur. De 'unauthorized person',²¹ ofwel degene aan wie de zaak is overgedragen heeft daarmee dus een product ontvangen dat niet voldoet aan de koop. De koper kan vervolgens de koop ontbinden en op die manier zijn/haar geld terugkrijgen.²² De verkoper krijgt dan een gedeactiveerde Google Glass terug overgedragen.²³

Doordat de zaak onbruikbaar wordt na deactivering op afstand, is het als het ware ook van de markt gehaald.²⁴ De onoverdraagbaarheidsclausule heeft daarmee niet meer zuiver verbintenisrechtelijke werking, zij gaat verder.²⁵ Effectief bewerkstelligt Google hiermee derdenwerking van een verbintenisrechtelijke bepaling en komt het daarmee dicht bij een goederenrechtelijk onoverdraagbaarheidsbeding. Het goed kan *de facto* niet meer verder worden verhandeld. De combinatie van het beding en de deactivatie raakt daarmee zowel het goederenrechtelijke uitgangspunt dat eigendom overdraagbaar is als de strekking van de uitputtingsleer, namelijk de vrije verhandelbaarheid van zaken en reeds gedistribueerde kopieën van auteursrechtelijk beschermde werken.²⁶ Achtergrond hiervan is in de visie van de wetgever te vinden met betrekking tot (roerende) zaken dat deze in beginsel in de handel dienen te blijven en dus voor zowel overdracht als uitwinning vatbaar

behoren te zijn.²⁷ Zijn roerende zaken dat niet, dan daalt de waarde daarvan aanzienlijk, wat kan leiden tot 'dood kapitaal'.²⁸

Is er daarmee sprake van technische onoverdraagbaarheid die induist tegen de (strekking van de) wet, of gaat het hier gewoon om een hele effectieve manier om een contractuele bepaling af te dwingen? Voor beide opvattingen is wel wat te zeggen. Door het deactiveren van de Google Glass geeft Google gevolg aan een afspraak die beide partijen hebben gemaakt. Google zou met het deactiveren daarom niets meer doen dan waartoe het gerechtigd is op grond van de overeenkomst.²⁹ Dan had je maar niet akkoord moeten gaan met de koopvoorwaarden.³⁰

Prins omschrijft deze vorm van onmiddellijke handhaving door middel van techniek als een onderdeel van de regulering via technologie, ofwel technoregulering.³¹ Hiermee wordt technisch gestuurd op rechtsnormconform gedrag,³² in dit geval het naleven van contracten. De handhaving van een con-

20. Er is geen equivalent van de mogelijkheid om het cederen van vorderingen uit te sluiten zoals art. 3:83 lid 2 BW geeft. Overigens is recentelijk een wetsvoorstel in consultatie gegaan om de mogelijkheden van dergelijke onoverdraagbaarheidsbedingen ook aanzienlijk in te perken, zie www.internetconsultatie.nl/verpandingsverbod.

21. Zoals deze door Google werd genoemd, zie www.google.com/glass/termsfuse/archive/20140624/.

22. Interessant is wellicht ook de vraag of de koper ook een zaak heeft jegens Google zelf op basis van onrechtmatige daad indien deactivatie plaatsvindt nadat de overdracht heeft plaatsgevonden en dus de eigendom is overgegaan.

23. Art. 6:271 BW.

24. In zoverre dat een (voorheen) functionerende Google Glass niet meer verhandeld kan worden op de markt.

25. Enkel verbintenisrechtelijke werking zou geen probleem zijn voor de wet.

26. Zie PG Boek 3 1981, p. 314, Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/210, Kort Begrip van het intellectuele eigendomsrecht 2017/633.

27. GS Vermogensrecht, art. 3:83 BW (Bergervoet), aant. 15, MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 308 en 314; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, Goederenrecht 2012/102-111. Wat betreft beperkingen aan de overdraagbaarheid middels een uiterste wilsbeschikking, zie art. 4:45 lid 2 BW. Indien een last of voorwaarde daarin de vervreemdingsbevoegdheid uitsluit moet dergelijke last of voorwaarde voor 'niet geschreven' worden gehouden. Zie nader hierover Asser/Perrick 4* 2009/175. Wat betreft het auteursrecht kan daar nog aan worden toegevoegd dat de beloningstheorie ook nog een rol kan spelen, dit werd vooral onder het oude recht besproken toen de uitputtingsleer nog niet expliciet in de wetgeving was opgenomen. Deze beloningstheorie 'gaat er ten slotte van uit dat het verspreidingsrecht na het eerste in het verkeer brengen van het exemplaar zijn functie als exploitatierecht (voldoende) vervuld heeft, de auteur heeft de handeling die tot consumptie van zijn werk leidt te gelde gemaakt. De gedachte hierachter is dat de rechthebbende het gebruik dat van een exemplaar zal worden gemaakt, kan incalculeren op het moment dat hij de toestemming voor het eerste in het verkeer brengen verleent.' Visser 1997, p. 105. Zie ook M.R.F. Senftleben. Het eerste schaaft over de dam. Over het UsedSoft/Oracle-arrest van het HvJ EU en de verdere ontwikkeling van de uitputtingsleer in de digitale omgeving, AMI 2013/2, p. 56-60.

28. Het volle potentieel van de goederen kan dan niet worden gerealiseerd. In het kader van onroerend goed is dit al eens uitgebreid beschreven: H. De Soto, *The Mystery of Capital*, Londen: Black Swan 2001. Daarbij was er wel handel mogelijk, alleen betrof het 'informele handel' tussen partijen die elkaar kenden. De 'formele' handel, tussen partijen die elkaar niet kenden, zoals investeringsbanken in andere landen en een woningbezitter kwam daarmee niet van de grond, waardoor effectief die woningbezitters niet het economisch potentieel uit hun woning konden halen.

29. Mogelijk interessant is nog de vraag of de sanctie van het deactiveren kan worden gekwalificeerd als een boetebeding in de zin van art. 6:91 BW. Het gaat hier echter niet om een geldsom noch om een prestatie die de afnemer van de Google Glass moet voldoen, het ligt daarmee niet voor de hand dat een dergelijke bepaling als zodanig valt te kwalificeren. Aan de andere kant wordt de afnemer wel benadeeld indien hij tekortschiet. Op grond daarvan zou toch een dergelijke kwalificatie mogelijk kunnen zijn, vergelijk met het voorbeeld van kortingen bij een bouwtijsdoverschrijding GS Verbintennisrecht, art. 6:91 BW (H.N. Schelhaas), aant. 1.1.

30. Zie ook J.E.J. Prins, Algemene voorwaarden in een technisch jasje, NJB 2004/26, p. 1291-1291.

31. Zie J.E.J. Prins, Normering, regulering en rechtshandhaving door technologie: over de implicaties van technoregulering voor het privaatrecht, WPNR 2011/6912, p. 1075-1085.

32. Zie over regulering door middel van code uitgebreid: L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York: Basic Books 1999.

tractuele bepaling is als het ware voorgeprogrammeerd in het ontwerp van de specifieke technologie en wordt daardoor direct afgedwongen.³³ Dit roept voor het privaatrecht wel een belangrijke vraag op, zo laat Prins zien:³⁴

‘waar liggen de grenzen van partijautonomie en contractsvrijheid en is het huidige wettelijk systeem voldoende geëquipeerd om erkende belangen van partijen (veelal consumenten) te adresseren? Bij welke implicaties dient de markt en uiteindelijk wellicht ook wetgever en rechter de ‘voelsprietten’ te activeren om vast te kunnen stellen of het evenwicht tussen partijen nog wel voldoende is gewaarborgd?’

In het geval van de Google Glass-voorwaarden is er best wel wat voor te zeggen dat deze manier van technoregulering niet alleen de erkende belangen van partijen zoals de afnemer,³⁵ raakt, maar ook de uitgangspunten van het goederenrechtelijke en auteursrechtelijke systeem.³⁶

Als gevolg daarvan zou dan een afstemming van de technoregulering op deze traditionele reguleringssystemen moeten plaatsvinden, die er wellicht toe leidt dat deze manier van afdwingen van een contractuele bepaling ingeperkt – of misschien wel afgeschaft – moet worden.

Door met behulp van technologie toch effectief derdenwerking aan een verbintenisrechtelijke bepaling te geven, raakt deze technische onoverdraagbaarheid de strekking van art. 3:83 lid 1 BW aangaande de overdraagbaarheid van eigendom. Ook levert dit frictie op met strekking van de in art. 12b Aw vervatte uitputtingsregel van het auteursrecht, immers de auteursrechthebbende kent zichzelf een bevoegdheid toe die expliciet is uitgesloten door de wetgever. Het gevolg daarvan is dat een dergelijk beding mogelijk nietig is op grond van strijd met de openbare orde.³⁷ Of daar daadwerkelijk sprake van kan

zijn, hangt af van het specifieke geval.³⁸ Let wel, het gaat bij deze toetsing dus niet om alleen het verbod op overdragen, maar de combinatie daarvan met het deactiveren. Het lijkt me in ieder geval een interessante casus en een vorm van technoregulering die ‘wellicht ook [bij] de wetgever en rechter de “voelsprietten” [zou moeten] activeren’.³⁹ Zonder zelf een oordeel te vellen over de mogelijke uitkomst van een dergelijke zaak denk ik dat de toetsing van een dergelijk beding een gecompliceerde belangenafweging vereist waarbij vele verschillende algemene en specifieke belangen elkaar raken en in elkaar grijpen. Zo kan men denken aan de algemene uitgangspunten van het contractenrecht – zijnde de partijautonomie en contractsvrijheid – alsmede de specifieke belangen van de auteursrechthebbende om zijn werk te exploiteren aan de ene kant,⁴⁰ versus de belangen van de afnemer en zijn rechten als consument⁴¹ maar ook eigenaar en zijn vermogen, alsmede de vrije verhandelbaarheid van goederen in het algemeen.⁴²

3 Zelf-niet-rijdende auto's

Het recht van eigendom houdt ook in dat de eigenaar in beginsel met de zaak mag doen wat hij wil.⁴³ Wat nu als een ander invloed op het gebruik kan uitoefenen? Dat is de vraag die aan de orde komt bij het tweede voorbeeld van hoe technologie de eigendom op afstand mogelijk beïnvloedt. Dit wordt geïllustreerd aan de hand van startonderbrekers. Een

33. R. Leenes & C. Prins, *Techniek als alternatief reguleringsinstrument, implicaties voor privaatrechtelijke verhoudingen*, in: B. Dorbeck-Jung & M. Oude Vrielink-van Heffen, *Op weg naar bruikbare regulering? Recht der Werkelijkheid 2006* (themanummer), p. 117-134, m.n. p. 117.

34. Prins 2011, p. 1085.

35. Zo kan men zich afvragen of de bepaling niet onredelijk bezwarend is en aldus vernietigbaar op grond van art. 6:233 sub a BW. Zie over onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/481 e.v.

36. Zie voorts over art. 3:83 lid 1 en 3 BW, J.C. Steur, *Grenzen van rechtsobjecten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 61-64.

37. Of het gaat om art. 3:40 lid 1 of 2/3 BW, kortom, strijd met een wettelijke bepaling (waaronder ook de strekking van die bepaling valt) of dat het gaat om strijd met de openbare orde, hangt af van de beantwoording van de vraag of de rechtshandeling aangaan – het sluiten van de overeenkomst zelf – in strijd is met de wet (dit zou strijd met de wettelijke bepaling opleveren), of dat de inhoud van die rechtshandeling dat is (strijd met openbare orde). Zie GS Vermogensrecht, art. 3:40 BW (H.J. van Kooten), aant. 6.1, 7.5 en 7.10. Aangezien het hier de inhoud van de rechtshandeling betreft en niet het aangaan van de overeenkomst zelf, ligt een toetsing aan art. 3:40 lid 1 BW meer voor de hand.

38. HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, NJ 2013/172 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Esmilo/Mediq Apotheken), r.o. 4.4: ‘Daarom dient de rechter, indien een overeenkomst verplicht tot een door de wet verboden prestatie, in zijn beoordeling of de overeenkomst op die grond in strijd is met de openbare orde in elk geval te betrekken welke belangen door de geschonden regel worden beschermd, of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden, of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren, en of de regel in een sanctie voorziet, en daarvan in de motivering van zijn oordeel rekenschap af te leggen.’

39. Prins 2011, p. 1078.

40. Die grotendeels al liggen besloten in de uitputtingsleer, zie hierboven in voetnoot 27.

41. Waarbij men kan denken aan de bepalingen omtrent onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden.

42. Hier kan tegenin worden gebracht dat de praktische onoverdraagbaarheid die plaatsvindt door het inschrijven van een koopovereenkomst in de openbare registers, ook wel *Vormerkung*, genoemd, ook niet mag worden gezien als juridische onoverdraagbaarheid. Het kan wel, het komt alleen in de praktijk niet meer voor. Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/210. Wanneer in weerwil van de *Vormerkung* het huis toch wordt overgedragen, verkrijgt men niet een wezenlijk ander huis, zoals met een gedeactiveerde Google Glass wel zo is. In soortgelijke bewoordingen met betrekking tot technische gebruiksbeperkingen, Prins 2011, p. 1082: ‘In ieder geval is duidelijk dat wanneer gebruiksbeperkingen en voorwaarden in de technische inrichting van een dienst of product worden vormgegeven en vervolgens vast komt te staan (bijvoorbeeld wanneer een beroep op de redelijkheid en billijkheid slaagt) dat een van deze voorwaarden niet van toepassing is, het product of de dienst feitelijk niet conform deze nieuwe situatie (d.w.z. vrij van de eerder opgelegde beperking) gebruikt kan worden. Dit is het anders in de “traditionele” situatie, waar het betreffende beding als onderdeel van de schriftelijke voorwaarden is opgenomen. Wanneer in dit geval de gebruiksbeperking vervalt, is het product of de dienst nog wel gewoon te gebruiken. Met andere woorden, het lijkt erop dat de (rechts)gevolgen verschillend zijn: via traditionele voorwaarden opgelegde (onredelijke) bedingen pakken op het eerste gezicht gunstiger uit voor eindgebruikers.’

43. In beginsel, zie art. 5:1 lid 1 en 2 BW.

startonderbreker is een extra beveiligingsmaatregel die diefstal van de auto probeert tegen te gaan. Tegenwoordig zijn dergelijke systemen veelal elektronisch van aard en bieden zelfs de mogelijkheid om via het internet op afstand de start van een auto te verhinderen.⁴⁴ Als het systeem ook is uitgerust met een gps,⁴⁵ kan men niet alleen een gestolen auto op afstand tot stilstand brengen of houden,⁴⁶ maar kan de gestolen auto vervolgens ook gemakkelijk weer worden teruggevonden. Een soort 'Find my iPhone' voor je auto.

In de Verenigde Staten worden startonderbrekers niet alleen gebruikt om de eigenaar van de auto tegen diefstal te beschermen, maar worden ze soms ook ingezet door kredietverstrekkers. Verstrekkers van hoogrisicoleningen⁴⁷ willen wel de koop van een auto bekostigen, maar eisen in ruil daarvoor wel dat akkoord wordt gegaan met de installatie van een startonderbreker met gps. Loopt de leningnemer achter met zijn maandelijkse betalingen dan wordt automatisch de startonderbreking geactiveerd wanneer de auto stilstaat.⁴⁸ Een telefoontje naar de kredietverstrekker en een directe betaling per telefoon zorgen er dan voor dat de startonderbreking wordt opgeheven en de auto weer bruikbaar is. Kan of wil men niet betalen, dan komt iemand de auto ophalen. Voor noodgevallen worden 'emergency codes' verstrekt, zodat je bijvoorbeeld toch nog je kind naar de dokter kunt brengen, ook al heb je een betalingsachterstand.⁴⁹

In beginsel levert het inbouwen van een dergelijke startonderbreking door de kredietverstrekker geen inbreuk op het eigendomsrecht. Het is wel een beperking van dat wat de eigenaar kan doen met zijn auto. Het eigendomsrecht zelf wordt daarvoor niet geraakt. Het is dan dus weliswaar een op afstand bestuurbare auto geworden, maar dit is met toestemming van de eigenaar gedaan. Daarin lijkt het op de hierboven geschetste situatie van de Google Glass-voorwaarden. Toch zijn deze verschillend. Het verschil zit hem in dat *wat* wordt beperkt door het contract en door *wie*. Bij de Google Glass-voorwaarden betrof het een inperking van de vervreemdingsbevoegdheid, terwijl het bij het onderhavige geval gaat om het gebruik van de zaak zelf. Tevens verschillen de partijen. Bij de Google

Glass ging het om de producent van de zaak die zich het recht voorbehoudt de zaak te deactiveren bij schending van de koopovereenkomst. In het geval van de startonderbrekers gaat het om een kredietverstrekker die in plaats van – of in aanvulling op – een zekerheidsrecht op de zaak te vestigen,⁵⁰ deze mogelijkheid giet in een verbintenisrechtelijke bepaling met een technische mogelijkheid tot het afdwingen van de prestatie. Het verschil zit hem daarmee in de keuze die iemand heeft bij de aanschaf. Het is niet mogelijk het goed aan te schaffen van Google zonder deze voorwaarde te accepteren, terwijl het je vrijstaat om bij een andere kredietverstrekker – een die geen startonderbreker vereist – de financiering te regelen.⁵¹

Wil men praktijken zoals die in de VS voorkomen met betrekking tot startonderbrekers inperken, dan zal de oplossing daarvoor in eerste instantie in het consumentenrecht moeten worden gezocht,⁵² en niet in het goederenrecht, lijkt me. Ook kan mogelijke regulering vanuit het publiekrecht hier een rol in spelen. Ten eerste omdat de veiligheid van de automobilist maar ook andere weggebruikers mogelijk op het spel staat indien een start kan worden onderbroken. Denk aan een auto die voor een stoplicht staat, of het geval dat de auto op afstand tot stilstand kan worden gebracht. Ten tweede kunnen ook vragen worden gesteld met betrekking tot de privacy van auto-eigenaren die op deze manier door middel van gps constant kunnen worden gevolgd door een kredietverstrekker.⁵³

4 Een kapot koffiezetapparaat

Er bestaan slimme filterkoffiezetapparaten die men kan bedienen via een smartphone. Je kunt zo zonder je bed uit te komen een kop koffie zetten. Hiervoor kan men ook een analoge schakelklok kopen. Analoge schakelklokken kunnen ook om kwart voor zeven in de ochtend een simpel filterkoffiezetapparaat aanzetten, zodat je wakker wordt met de geur van vers gezette koffie als de wekker om zeven uur afgaat. Wanneer die

44. Door middel van gebruik maken van het telefoonnetwerk bijv. Zie passtimegps.com/products/.

45. Zie bijv. SelectGPS van PassTime, passtimegps.com/products/.

46. Veelal is de beveiligingstechniek beperkt tot stilstaande voertuigen stationair houden. Het op afstand daadwerkelijk uitzetten van een motor of versnellingen kan levensgevaarlijk zijn. Statewatch heeft wel vier jaar geleden plannen gepubliceerd van de EU om daadwerkelijk rijdende voertuigen op afstand tot stilstand te kunnen brengen. Zie www.statewatch.org/news/2014/jan/enlets-wp-2020.htm en www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/eu/10605328/EU-has-secret-plan-for-police-to-remote-stop-cars.html. De plannen lijken enkele jaren later nog niet verder uitgewerkt.

47. Het gaat daarbij om een hoog risico van niet terugbetalen, de zogenaomde *sub-prime loans*.

48. Daarmee is een link met de oorspronkelijke betekenis van 'smart contracts' zoals ontwikkeld in de jaren negentig. Zie E. Tjong Tjin Tai, Smart contracts en het recht, NJB 2017/146, p. 176-182, m.n. p. 177.

49. dealbook.nytimes.com/2014/09/24/miss-a-payment-good-luck-moving-that-car/.

50. In Nederland zou het gaan om een bezitloos pandrecht. Anders dan bij het eerste voorbeeld is deze verbintenisrechtelijke bevoegdheid niet in strijd met een wettelijke bepaling die het goederenrechtelijke effect van een dergelijke bepaling expliciet uitsluit. Integendeel, we kennen het pandrecht dat eveneens een zekere mate van controle aan de pandhouder verstrekt indien de pandgever niet voldoet aan zijn betalingsverplichting. De wettelijke regeling van het pandrecht verplicht de pandhouder tot een zekere mate van zorgvuldigheid bij het uitoefenen van zijn pandrecht. Deze regels zijn echter niet van toepassing op een verbintenisrechtelijke bepaling tot terugbetaling van een lening waarbij de afdwingbaarheid hem niet zit in het vestigen van een goederenrechtelijk zekerheidsrecht, maar in een technische mogelijkheid het goed onbruikbaar te maken.

51. Als alle kredietverstrekkers dit vereisen is er weer *de facto* geen keuze. Ook is het aanbod aan alternatieve firmware voor het product mogelijk van belang. Als Google weliswaar je Glass deactiveert, maar je (gemakkelijk) een ander besturingssysteem kunt installeren, is er toch sprake van een zekere mate van keuze.

52. De Amerikaanse Federal Trade Commission doet inmiddels ook onderzoek naar dergelijke praktijken van de Credit Acceptance Corporation, zie de melding daarvan aan de Securities and Exchange Commission: www.sec.gov/Archives/edgar/data/885550/000088555017000010/cacc_8k20170131ftc.htm. In Nederland moet men dan denken aan regels omtrent verstrekken van consumentenkrediet opgenomen in de Wft.

53. Zie in dit kader ook arstechnica.com/tech-policy/2017/02/subprime-auto-lender-facing-ftc-inquiry-over-gps-tracking-kill-switches/.

schakelklok kapot gaat, koop je een nieuwe voor minder dan vier euro of pak je je schroevendraaier erbij en probeer je hem zelf te repareren. Als de ingebouwde – vaak ook softwarematige – tijdschakelaar van je ‘slimme koffiezetapparaat’ vastloopt, ligt het minder voor de hand dat je dit zelf kunt repareren. Zelfs voor die gevallen waarin men dit wel zelf kan, is het nog maar de vraag of je dit *mag* repareren.⁵⁴ Daarnaast ‘vervang’ je niet gauw een ingebouwd stukje software dat niet meer naar behoren werkt.⁵⁵ Met een beetje geluk is dit niet de enige klok die is vastgelopen en komt de producent met een (automatische) update die het probleem oplost.

Ook hier speelt het auteursrecht weer een belangrijke rol. Indien software auteursrechtelijk is beschermd, mag men in het algemeen niet zonder toestemming van de auteursrecht-hebbende de software verveelvoudigen (lees: kopiëren).⁵⁶ Om deze bescherming daadwerkelijk in praktijk te kunnen handhaven worden er veelal technische voorzieningen getroffen (in de software zelf of in de hardware) om het kopiëren van het auteursrechtelijk beschermde werk tegen te gaan.⁵⁷ Deze vorm van technoregulering is ook wettelijk beschermd.⁵⁸ Die beschermingsmaatregelen mogen namelijk niet worden ‘gekraakt’, of omzeild. Dat geldt ook voor de eigenaar van een niet functionerend ‘slim’ apparaat.⁵⁹ Wil de eigenaar van de zaak de software-bug zelf oplossen, dan moet er in veel gevallen door de technische beveiligingsmaatregelen heen worden gebroken om bij de daadwerkelijke software te komen en dat mag niet.⁶⁰

Dit heeft in de VS, waar een soortgelijke regel reparatie belemmert, geleid tot een beweging die pleit voor een ‘right to repair’.⁶¹ Vorig jaar heeft het Europees Parlement een resolutie aangenomen om een dergelijk recht op reparatie ook in te voeren in Europa. Er werd in dat kader niet expliciet gesproken over een uitzondering op het auteursrecht, maar daar werd wel

met zoveel woorden op gehint door te benadrukken dat: ‘het altijd mogelijk moet zijn een beroep te doen op een zelfstandige reparateur, bijvoorbeeld door oplossingen voor hardware, veiligheid of software die reparatie buiten erkende circuits om verhinderen, te ontmoedigen’.⁶²

De specifieke manier waarop een dergelijk recht op reparatie zou moeten worden vormgegeven ontbreekt dus. Aangezien deze beperking voortvloeit uit het auteursrecht lijkt me dat ook de aangewezen plek om te voorzien in een regeling om een dergelijk recht op reparatie mogelijk te maken. Wat betreft de Nederlandse regelgeving zou daarvoor aan een specifieke uitzondering op art. 29a Aw kunnen worden gedacht, die bijvoorbeeld toestaat om de technische beschermingsmaatregelen te omzeilen indien dit nodig is om het normale gebruik van de zaak te herstellen.⁶³ Hierin zou dan de mogelijkheid tot reparatie kunnen worden gelezen. Het recht zou dan wel moeten worden beperkt tot die exemplaren waarvan de fysieke drager in eigendom is overgedragen. Het ligt namelijk voor de hand dat indien de zaak is gehuurd of geleased, niet de huurder maar de eigenaar verantwoordelijk is voor het goed functioneren van de zaak.

5 Conclusie

Aan de hand van verschillende voorbeelden is getracht een beeld te schetsen van de verschillende manieren waarop de eigendom van een roerende zaak kan worden beïnvloed en ingeperkt door het altijd aanwezig zijn van een andere partij die controle over de zaak kan uitoefenen met behulp van technologie. Deze controle van een andere partij wordt mogelijk gemaakt door de software op afstand te besturen middels de internetverbinding van het apparaat. Zo kan deze partij: op afstand het product deactiveren om zo controle over de distributie daarvan te behouden; het gebruik van het product beperken om een betalingsverplichting af te dwingen; en controleren of je hebt geprobeerd de software aan te passen. Deze voorbeelden raken allemaal in meer en mindere mate aan het eigendomsrecht ten aanzien van de roerende zaak.

In het eerste voorbeeld wordt de vervreemdingsbevoegdheid van de eigenaar beperkt door middel van een verbintenisrechtelijke bepaling in de algemene voorwaarden die direct kan worden afdgedwongen door middel van het op afstand onbruikbaar maken van het product. De vraag die daarbij opkomt is of dit geen verkapte manier is om de strekking van zowel de auteursrechtelijke uitputtingsregel als het goederen-

54. Ook hier spelen de licenties weer een rol.

55. Hoewel open-source alternatieven voor besturingssystemen voor Internet of Things-apparaten hierin mogelijk kunnen voorzien.

56. Dit is dus te onderscheiden van het distributierecht waar het over ging in paragraaf 1. Dat ziet op het doorverkopen of overdragen van je eigen kopie van het werk. Het verveelvoudigen ziet kortgezegd op een kopie van jouw kopie maken. Zie uitgebreid over dit recht: Kort Begrip van het intellectuele eigendomsrecht 2017/561.

57. Denk aan Digital Rights Management (DRM) dat het technisch gezien moeilijk maakt om bijvoorbeeld een e-book te kopiëren.

58. Art. 29a Aw. Zie hierover uitgebreid met voorbeelden van het soort beveiligingsmaatregelen die bestonden: K.J. Koelman, Auteursrecht en technische voorzieningen: juridische en rechtseconomische aspecten van de bescherming van technische voorzieningen (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, p. 31 e.v.

59. Zie in dit kader ook N. Helberger, Digital Rights Management from a Consumer’s Perspective, IRIS plus – Legal Observations of the European Audiovisual Observatory, 2005-08.

60. Art. 29a Aw. De regering zou middels een AMvB uitzonderingen hierop kunnen reguleren ten aanzien van privégebruik, art. 29a lid 4 jo. art. 16c Aw. Alleen geldt art. 16c niet voor computerprogramma’s, zie art. 45n Aw. Daarnaast bestaat een dergelijke AMvB niet op dit moment. Zie in dit kader ook HvJ EU 23 januari 2014, C-355/12, ECLI:EU:C:2014:25 (Nintendo/PC Box), punt 38.

61. Zie repair.org.

62. Resolutie van het Europees Parlement van 4 juli 2017 over een langere levensduur voor producten: voordelen voor consumenten en bedrijven (2016/2272(INI)).

63. Of dit mogelijk is door middel van een AMvB, gelet op art. 29a lid 4 BW, of dat daarvoor een (formele) wetswijziging nodig is, hangt af van of een recht op reparatie (van software) kan worden gezien als een uitwerking van art. 16b en de specifieke bepaling van art. 45n Aw. Zie voor mogelijke ruimte tevens HvJ EU 23 januari 2014, C-355/12, ECLI:EU:C:2014:25 (Nintendo/PC Box), waarin onderscheid lijkt te worden gemaakt tussen omzeilen van de technische beveiligingsmaatregelen om een kopie te maken of op basis van een andere grond die daar niets mee van doen heeft.

rechtelijke uitgangspunt van overdraagbaarheid van eigendom te omzeilen.

In het tweede voorbeeld van de startonderbrekers wordt ook gebruik gemaakt van een technische mogelijkheid om op afstand een verbintenisrechtelijke bepaling af te dwingen, die het eigendomsrecht tot op zekere hoogte raakt. Namelijk de gebruiksbevoegdheden van de eigenaar. Anders dan in het eerste voorbeeld gaat het dus niet om een inperking van de vreemdingsmogelijkheden van de eigenaar, maar om zijn gebruiksbevoegdheden. Daarnaast is het mogelijk, in tegenstelling tot het eerste voorbeeld, om te kiezen voor een andere kredietverstrekker die niet een dergelijke verplichting tot het installeren van een startonderbreker hanteert. Aan een dergelijke keuzevrijheid ontbreekt het bijvoorbeeld bij de aanschaf van een Google Glass, waarbij de producent tevens de leverancier is.

Het derde voorbeeld raakt eveneens de gebruiksbevoegdheden van de eigenaar. Het gaat hierbij niet om een beperking die voortvloeit uit een contract, maar uit een in de wet opgenomen bepaling die dient ter bescherming van het auteursrecht. Door het wettelijk beschermen van technische beveiligingsmaatregelen om kopiëren tegen te gaan kan het zo zijn dat toegang tot de software in zijn geheel wordt beperkt, dus ook voor legitieme doeleinden zoals het repareren van een defect product. Een mogelijke inperking van deze auteursrechtelijke bescherming om legitieme omzeiling van technische beschermingsmaatregelen ter reparatie toe te staan zou dan ook meer in balans zijn met de gebruiksbevoegdheden van de eigenaar, om zijn eigen zaak te kunnen repareren.

Kortom, de drie voorbeelden van op afstand bestuurbaar eigendom leveren allerlei interessante juridische vragen op, waarbij de belangrijkste wellicht is: wanneer eigendom op deze manier op afstand bestuurbaar wordt, wie heeft er dan eigenlijk de controle: de eigenaar of een ander?