

De aanschaf van apps: enkele juridische aspecten.

Een inhoudelijk onderzoek naar de juridische positie van de verkrijger van een app

Tilburg University, Faculteit der Rechtsgeleerdheid

Master Rechtsgeleerdheid, accent Privaatrecht

Begeleider: prof.mr.drs. C. Stuurman

Tilburg Institute for Law, Technology and Society (TILT)

Naam: L. (Syreeta) Xia

ANR: 879243

Datum: 19 februari 2014

Voorwoord

Voor u ligt de scriptie 'De aanschaf van apps: enkele juridische aspecten. Een inhoudelijk onderzoek naar de juridische positie van de verkrijger van apps'.

Deze scriptie is in het kader van mijn afstuderen aan de rechtenfaculteit van Tilburg University geschreven. Het onderzoek is tussen september 2013 en februari 2014 verricht.

Graag wil ik professor Stuurman danken voor de goede begeleiding en zijn snelle feedback.

Ten slotte wil ik deze scriptie opdragen aan mijn moeder.

In mijn gedachten zal je altijd dichtbij mij zijn.

Syreeta Xia

's-Hertogenbosch, februari 2014

De aanschaf van apps: enkele juridische aspecten.

Voor mama.

Inhoudsopgave

Voorwoord	2
Hoofdstuk 1 Inleiding	6
1.1 Achtergrond	6
1.2 Probleemstelling en onderzoeksvraag	7
Hoofdstuk 2 De huidige procedure bij de ‘eerstehandse’ aanschaf van apps	9
2.1 De aanschaf van apps	9
2.1.1 Google Play	9
2.1.2 App Store	9
2.2 Het huidige teruggavebeleid	10
2.2.1 Google Play	10
2.2.2 App Store	11
2.3 De algemene voorwaarden	12
2.3.1 Inleiding	12
2.3.2 De toepasselijkheid van algemene voorwaarden	12
2.3.3 De terbeschikkingstelling van algemene voorwaarden	13
2.3.4 De grijze- en zwarte lijst	16
Hoofdstuk 3 De positie van de app store en de ontwikkelaar	19
3.1 Inleiding	19
3.2 Distributie van software	19
3.2.1 De distributie overeenkomst	20
3.2.2 De agentuurovereenkomst	23
3.2.3 De totstandkoming van de verkoopprijs	24
3.3 Distributie van apps	24
3.3.1 Google Play	24
3.3.2 App Store	25
Hoofdstuk 4 De juridische kwalificatie	27
4.1 Het toepasselijk recht	27
4.2 De juridische kwalificatie van een app	28
4.2.1 De kwalificatie van software als een ‘zaak’	28
4.2.2 De kwalificatie als vermogensrecht	29
4.2.3 Het Beeldbrigade-arrest	30
4.2.4 De juridische kwalificatie van een app	31

4.3	De juridische kwalificatie van de overeenkomst van aanschaf	32
4.3.1	<i>De overeenkomst tot koop</i>	32
4.3.2	<i>De onbenoemde overeenkomst</i>	36
4.3.3	<i>De overeenkomst op afstand</i>	37
Hoofdstuk 5	Andere wijzen van verkrijging	40
5.1	Inleiding	40
5.2	Tweedehandse verkoop	40
5.2.1	<i>UsedSoft arrest: uitputtingsregeling</i>	41
5.2.2	<i>Tweedehands verkoop van apps</i>	42
5.3	De verkrijging van een app ‘om niet’	43
Hoofdstuk 6	Conclusie en aanbevelingen	45
6.1	Inleiding	45
6.2	Conclusie en aanbevelingen	45
Literatuuroverzicht		48
Bijlagen		52
Bijlage I		53
Bijlage II		53
Bijlage III		54
Bijlage IV		55

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Achtergrond

De afgelopen jaren is het gebruik van *smartphones*¹ en *tablets*² sterk toegenomen. Smartphones en tablets zijn apparaten met een internetverbinding die met een applicatie (hierna: app), kunnen worden uitgebreid.³ Een app is feitelijk gezien een computerprogramma, waarbij software de bredere klasse is waar een app onder valt.⁴

Uit onderzoek van het onderzoeksbureau Gesellschaft für Konsumforschung (GfK) blijkt dat er op dit moment ongeveer 8,3 miljoen smartphone-gebruikers en 5,6 miljoen tabletgebruikers in Nederland zijn.⁵ Een logisch gevolg van de stijging van het gebruik van smartphones en tablets is de stijging van het aantal downloads van apps voor deze apparatuur. Gartner, een onderzoeksbureau in de informatietechnologie sector, verwachtte voor het jaar 2013 meer dan 100 miljard downloads, terwijl dit aantal in het jaar 2012 maar 64 miljard was.⁶ Gartner voorspelt dat de stijging in het aantal downloads zal continueren en verwacht meer dan 200 miljard downloads in 2016.

De gebruiker van een smartphone kan een app downloaden in een *app store*. Een app store is een online ruimte⁷ die de gebruiker vanaf zijn eigen telefoon kan starten.⁸ Afhankelijk van het besturingssysteem van de smartphone wordt de bijbehorende app store, met de bijbehorende apps, geleverd. Verschillende app stores zijn actief op de markt, waaronder Apple App Store,⁹ BlackBerry World, Google Play, Nokia Ovi Store, Samsung Apps, Windows Phone Store en de Windows Store.¹⁰ Google Play, de app store van Google, en Apple App Store (hierna: App Store), de app store van Apple, zijn samen voor 90 procent van alle downloads verantwoordelijk.¹¹ Om deze reden zullen deze twee app stores als uitgangspunt worden genomen in dit onderzoek.

In een app store worden apps beschikbaar gesteld voor een gratis download of een betaalde download.¹² Naast deze twee methodes is het ook mogelijk om een *in-app* aankoop te

¹ www.nu.nl/tech/ – ‘Meer Nederlanders hebben smartphone dan desktop’ – geraadpleegd op 16 december 2013.

² De tablet zal in de loop van dit onderzoek niet apart worden behandeld, nu de aanschaf van apps op een tablet op dezelfde wijze verloopt als de aanschaf op een smartphone.

³ www.vandale.nl – ‘zoekterm: app’.

⁴ Met dank aan ir. R.Z. Xie.

⁵ www.nu.nl/tech/ – ‘Ouderen massaal tablet en smartphone’ – geraadpleegd op 24 september 2013; www.nu.nl/tech/ – ‘Meer Nederlanders hebben smartphone dan desktop’ – geraadpleegd op 16 december 2013.

⁶ www.nu.nl/tech/ – ‘Dit jaar meer dan 100 miljard apps downloads’ – geraadpleegd op 16 december 2013.

⁷ Hier wordt over een ‘ruimte’ gesproken omdat aan het eind van dit onderzoek moet blijken of deze ‘ruimte’ als een winkel gekwalificeerd kan worden.

⁸ www.consumentenbond.nl – ‘Wat is een app-store?’ – geraadpleegd op 07 oktober 2013.

⁹ De Apple App Store moet niet verward worden met het algemene begrip ‘app store’.

¹⁰ www.distimo.com/app-analytics – geraadpleegd op 16 december 2013.

¹¹ www.nu.nl/tech/ – ‘Dit jaar meer dan 100 miljard apps downloads’ – geraadpleegd op 16 december 2013.

¹² Ook gebruikers die rechtstreeks een app bij de ontwikkelaar willen downloaden, worden naar de bijbehorende app store geleid.

doen.¹³ Een in-app aankoop houdt in dat de gebruiker van een (in de meeste gevallen) gratis verkregen app, een betaalde aanschaf tijdens het gebruik van de app doet.¹⁴ Het is aan de ontwikkelaar van de app om een in-app aankoop aan te bieden.¹⁵

Een betaalde app kan bijvoorbeeld worden verkregen door een betaling met creditcard, PayPal of Google Wallet. Een gratis app kan worden verkregen door enkel de knop 'downloaden' te selecteren. Op het moment dat een gratis app een gebrek vertoont of niet naar wens is, speelt de retournering geen of een kleinere rol nu bij de aanschaf van de app geen kosten zijn gemaakt. De verkrijger van een app kan hierdoor de app verwijderen zonder enige schade¹⁶ te lijden. Dit is anders in gevallen waarin de verkrijger wel voor de app heeft betaald. Een betaalde app in de app store van Apple bijvoorbeeld, kan namelijk variëren van €0,89 voor een spelletje tot €899,99 voor een app voor rechtenstudenten aan Harvard Law School.¹⁷ Bij een betaalde app is het dan wel degelijk van belang dat de aangeschafte app naar behoren werkt en in geval van een gebrekkige app bijvoorbeeld, geretourneerd kan worden.

1.2 Probleemstelling en onderzoeksvraag

Hoewel het gebruik van apps stijgt, is de positie van de verkrijger van een app in het kader van de consumentenbescherming niet duidelijk. Zo is bijvoorbeeld onduidelijk wat de juridische kwalificatie van een app is of onder welke omstandigheden de verkrijger een app kan retourneren. Is dit alleen mogelijk bij gebreken? Of is dit ook mogelijk indien de verkrijger niet tevreden is met de aanschaf? Is de verkrijger van een app vervolgens ook gerechtigd om een app na verkrijging aan een derde partij ter beschikking te stellen?

De twee grootste app stores van dit moment, Google Play en App Store, verwijzen bij problemen of gebreken tijdens het gebruik van een app terug naar de ontwikkelaar van deze app. Google hanteert in haar algemene voorwaarden van Google Play een retourneringsbeleid via Google Play indien de retournering binnen *15 minuten* plaatsvindt. De verkrijger dient bij problemen of gebreken contact op te nemen met de ontwikkelaar van de app indien de retournering niet binnen 15 minuten heeft plaatsgevonden. Het is voor de verkrijger dan niet meer mogelijk om via Google Play de app te retourneren.¹⁸ iTunes gaat zelfs een stapje verder en neemt in haar algemene voorwaarden geen mogelijkheid tot retournering op. iTunes geeft met betrekking tot de App Store geen garanties dan de redelijke zorg en de te betrachten vakmanschap bij levering van de app.¹⁹

¹³ www.iphoneclub.nl/iphone-tips/software – 'Aankopen vanuit apps in-app-aankopen' – geraadpleegd op 02 januari 2014; support.google.com/googleplay – 'Beleid voor in-app-aankopen en teruggaven' – geraadpleegd op 16 januari 2014.

¹⁴ Men kan bijvoorbeeld denken aan extra wapens in een vechtgame of extra auto's in een race-game.

¹⁵ Zie bijvoorbeeld: developer.apple.com/in-app-purchase – geraadpleegd op 16 januari 2014.

¹⁶ Hier wordt bedoeld: financiële schade. Enige andere vorm van schade zal worden behandeld in Hoofdstuk 4.

¹⁷ App BarMax CA

¹⁸ support.google.com/googleplay – 'beleid inzake teruggave, reacties en inhoud' – geraadpleegd op 16 januari 2014.

¹⁹ www.apple.com/legal/itunes/benl/terms.html – 'Algemene Voorwaarden, sectie C, Afwijzing van garanties; beperking van aansprakelijkheid, sub a lid i & ii.' – geraadpleegd op 16 januari 2014.

In hoeverre is deze (gedeeltelijke) uitsluiting van de retournering in overeenstemming met het Nederlandse consumentenrecht? Is de bescherming die Titel I van Boek 7 BW biedt aan consumenten ook van toepassing bij de verkrijging van apps? De conformiteitseis²⁰ en de vordering tot nakoming²¹ vallen bijvoorbeeld onder deze bescherming.

Van belang is de juridische kwalificatie van een app. Men kan zich afvragen of de verkrijging van een app onder het bereik van de bepalingen uit Titel I van Boek 7 BW kan vallen indien een app gelijk met standaardsoftware kan worden gesteld.²² De gelijkstelling van apps met standaardsoftware kan van belang zijn voor de toepassing van het arrest Beeldbrigade/X.²³ In dit arrest is geoordeeld dat onder bepaalde voorwaarden de bepalingen van consumentenbescherming uit Titel I Boek 7 BW van toepassing worden verklaard op standaardsoftware. Een andere benadering om de aanschaf van apps onder het bereik van de kooptitel te plaatsen is de kwalificatie van een app als zaak. De kwalificatie van een app als zaak is van belang nu in artikel 7:1 BW is bepaald dat koop een overeenkomst is waarbij de een zich verbindt tegen betaling een zaak te geven aan de ander.²⁴

Ten slotte verdienen andere manieren van verkrijging, zoals *om niet* en *tweedehandse verkoop*, ook de nodige aandacht in het onderzoek. Er dient bijvoorbeeld onderzocht te worden of de verkrijger gerechtigd om de app aan derden te verkopen en in hoeverre een tweedehandse verkoop van invloed is op het gebruikersrecht van een verkrijger op een app.

Naast de (gedeeltelijke) uitsluiting van de mogelijkheid tot retournering van een app in het kader van Titel I van Boek 7 BW is er een ander aspect dat nader onderzoek verdient. Een vraag die in dit kader centraal staat is in hoeverre de uitsluitingen van de mogelijkheid tot retournering in de algemene voorwaarden van iTunes en Google Play onredelijk bezwarend zijn.²⁵

De onderzoeksvraag van dit onderzoek kan als volgt worden geformuleerd:

“Wat is bij een consumentenverkrijging van apps de juridische positie van de verkrijger met betrekking tot retournering?”

De beantwoording van de onderzoeksvraag zal aan de hand van literatuuronderzoek geschieden. Ook nationale- en Europese wetgeving en jurisprudentie zullen in dit onderzoek een rol spelen. Door het beperkte aantal bronnen over apps zal bij de beantwoording van de onderzoeksvraag vooral gebruik worden gemaakt van literatuur, regelgeving en jurisprudentie die niet specifiek over apps gaan. Onderzocht zal worden in hoeverre de bepalingen die op software van toepassing zijn analoog op apps kunnen worden toegepast.

²⁰ Artikel 7:17 BW

²¹ Artikel 7:21 BW

²² Rinzema, *NJB* 2012/1601.

²³ Hoge Raad 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301.

²⁴ Rinzema, *NJB* 2012/1601.

²⁵ Afdeling 3, Titel 5, Boek 7 BW.

Hoofdstuk 2 De huidige procedure bij de 'eerstehandse' aanschaf van apps

2.1 De aanschaf van apps

2.1.1 Google Play

Het Android-besturingssysteem biedt de mogelijkheid om gratis- en betaalde apps, die compatibel zijn met Android, te downloaden naar de smartphone.²⁶ Het downloaden van apps is mogelijk via de Google Play-app op de smartphone of via de computer via de website *play.google.com*. Een download via de computer verloopt in beginsel op dezelfde manier als een download via de app store. De download via computer zal daarom in dit onderzoek verder onbesproken blijven.

Een gratis app kan worden verkregen door de Google Play-app te openen en de gewenste app te selecteren. Vervolgens dient er op *installeren* te worden geklikt om de app te kunnen installeren op de smartphone. Ten slotte dient de verkrijger *de rechten voor de app*²⁷ te accepteren, waarna de download van de app zal worden gestart.

Een betaalde app kan worden verkregen door de Google Play-app te openen en de knop die de prijs van de gewenste app aangeeft, te selecteren. Vervolgens dient de verkrijger een betalingsmethode te kiezen. Na de selectie zal de knop *kopen* zichtbaar worden. De verkrijger dient deze knop te selecteren en de rechten voor de app te accepteren zodat de download kan worden gestart. De download van de app begint op het moment dat de betaling voor de app geautoriseerd is.

2.1.2 App Store

Het iOS-besturingssysteem biedt de mogelijkheid om gratis- en betaalde apps, die compatibel zijn met iOS, te downloaden naar de smartphone (hierna: iPhone). Het downloaden van iOS-apps verloopt via de App Store-app op de iPhone of via de computer. Een download via de computer verloopt in beginsel op dezelfde manier als een download via de App Store-app. De download via de computer zal daarom in dit onderzoek niet meer worden besproken.

Een gratis app kan verkregen worden door de App Store-app te openen en de beoogde app te kiezen door *gratis* te selecteren. De verkrijger dient na invoering van de Apple ID-gegevens *installeer app* te selecteren zodat de download van de app kan worden gestart.

De aanschaf van een betaalde app werkt grotendeels hetzelfde: de verkrijger dient in plaats van *gratis* de prijs van de app te selecteren om vervolgens een betalingsmethode te kunnen kiezen zodat de download gestart kan worden.

²⁶ support.google.com/googleplay – 'gratis en betaalde Android apps downloaden' – geraadpleegd op 08 oktober 2013.

²⁷ Deze *rechten voor de app* kunnen naar mijn mening als algemene voorwaarden van de app ontwikkelaar gelden. Hierover meer in Hoofdstuk 2.3.

2.2 Het huidige teruggavebeleid

2.2.1 Google Play

Google Play hanteert bij de aanschaf van een betaalde app een retourneringsbeleid van 15 minuten. Het retourneringsbeleid van 15 minuten houdt in dat de verkrijger na aanschaf de app binnen 15 minuten moet retourneren, om in aanmerking te komen op een volledige teruggave van het aankoopbedrag. De verkrijger van de app die na 15 minuten de aangeschafte app wil retourneren, wordt door Google aangeraden om rechtstreeks contact op te nemen met de ontwikkelaar van de app: het is dan niet meer mogelijk om via het automatische systeem van Google Play de app te retourneren.²⁸ Ook bij een in-app aankoop dient de verkrijger rechtstreeks contact dient op te nemen met de ontwikkelaar.²⁹

Bij een retournering binnen 15 minuten wordt in het Google Play account de functie *teruggave* zichtbaar onder het kopje *mijn apps*. Deze functie is niet zichtbaar wanneer de retournering pas na 15 minuten plaatsvindt. In dat geval is de knop *verwijderen* in plaats van de knop *teruggave* zichtbaar. Indien de verkrijger van de app de knop *verwijderen* selecteert, wordt de aangeschafte app verwijderd van het apparaat zonder dat de verkrijger een teruggave van het aankoopbedrag krijgt. De verkrijger kan overigens maar eenmaal dezelfde app retourneren. Een app die na retournering voor de tweede maal wordt aangeschaft kan niet meer geretourneerd worden, ook niet binnen 15 minuten.³⁰

Het is niet ondenkbaar dat verkrijgers van een app zich troosten met de gedachte dat het een goedkope app was, indien retournering van de app niet mogelijk is. Dit is echter anders wanneer de aanschaf van de app relatief veel kosten met zich meebracht. Een mogelijkheid, die volgens app-gebruikers openstaat, om een app te retourneren *na* 15 minuten, is het retourneren via Google binnen 48 uur.³¹ De verkrijger van de app kan via zijn Google Play-account een verzoek doen om teruggave. De verkrijger kan in een dergelijk geval met behulp van de functie *een probleem melden* en de optie *ik wil een teruggave aanvragen* een verzoek tot teruggave doen. Google is echter niet verplicht tot het doen van een teruggave. Uit de instructies bij het verzoek blijkt dat Google alleen in geval van verzachtende omstandigheden een uitzondering maakt op het teruggavebeleid. Hiervoor is het nodig dat de verkrijger gedetailleerd beschrijft waarom er een recht op teruggave van het aankoopbedrag zou bestaan.

Een andere mogelijkheid om na 15 minuten de app te retourneren, is het verzoek om teruggave bij de ontwikkelaar van de app in te dienen.³² Via de contactmogelijkheden met de ontwikkelaar van de app die Google Play beschikbaar stelt, zou de verkrijger via e-mail, telefoon

²⁸ support.google.com/googleplay – ‘betaalde apps en games retourneren’ – geraadpleegd op 07 oktober 2013.

²⁹ support.google.com/googleplay – ‘beleid voor in-app-aankopen’ – geraadpleegd op 16 januari 2014.

³⁰ support.google.com/googleplay – ‘betaalde apps en games retourneren’ – geraadpleegd op 07 oktober 2013.

³¹ howto.cnet.com – ‘Request refunds for Google play apps after grace periods ends’ – geraadpleegd op 03 januari 2014.

³² howto.cnet.com – ‘Request refunds for Google play apps after grace periods ends’ – geraadpleegd op 03 januari 2014.

of de website contact op kunnen nemen met de ontwikkelaar. De verkrijger dient in het verzoek aan de ontwikkelaar nauwkeurig te beschrijven in welk opzicht hij in aanmerking komt voor een teruggave. Enkel de overschrijding van de 15 minuten is niet voldoende om in aanmerking te komen voor een toewijzing van het verzoek op teruggave door de ontwikkelaar.³³

Ten slotte is er nog een derde optie die tot een teruggave van het aankoopbedrag van de app kan leiden.³⁴ Google Play geeft aan dat de verkrijger een annuleringsverzoek in kan dienen bij de verkoper. De verkrijger dient de bestelling te bekijken op zijn account. Vervolgens dient de verkrijger bovenaan de kwitantie te klikken op *vragen of opmerkingen* om contact met de verkoper op te kunnen nemen. Google benadrukt hierbij dat zij geen bestellingen kan annuleren namens de verkoper, nu de verkoper degene is die beslist in welke gevallen wel of niet aan het annuleringsverzoek wordt voldaan. Naar mijn mening wekt deze wijze van retournering de indruk dat Google Play van oordeel is dat de ontwikkelaar van de app de verkoper is van de app.

2.2.2 App Store

Volgens de algemene voorwaarden van de App Store zijn alle transacties vanaf het begin van de levering definitief.³⁵ App Store lijkt hiermee te bedoelen dat voor geen enkele aankoop van een app een teruggave kan worden gedaan.

In de algemene voorwaarden van de App Store staat dat de verkrijger van een app het recht heeft om kosteloos en zonder opgave van redenen de transactie van de app in te trekken tot het tijdstip waarop de levering van het product begint.³⁶ Intrekking van de transactie is dus niet meer mogelijk wanneer de levering van het product al is begonnen, met andere woorden: intrekking van de transactie is niet meer mogelijk wanneer de download van de app al is begonnen. De App Store verstaat onder *aanvang van het product* het moment waarop de download van de app, vanuit de App Store, begint.³⁷

Annulering van de overeenkomst is alleen mogelijk indien de download van onaanvaardbare kwaliteit is. De verkrijger kan in een dergelijk geval dit melden via *Meld een Probleem*. Teruggave is dan mogelijk in het geval dat de slechte download door iTunes is veroorzaakt en het probleem niet kan worden opgelost.³⁸ Terugbetaling is ook mogelijk indien de aangeschafte app *na* de transactie, maar voor de download, niet meer beschikbaar is of waarin technische problemen de levering van de app niet mogelijk maken of onredelijk vertragen. De verkrijger kan in de overige gevallen de app proberen te retourneren, via de 90-dagenregeling. De verkrijger kan via de iTunes Store op de computer, na ingelogd te zijn, onder het kopje *Aankoopgeschiedenis* de desbetreffende aankoop vinden. Vervolgens dient de verkrijger *Meld een Probleem* te selecteren waarna de verkrijger naar de internetpagina van iTunes Support

³³ howto.cnet.com – ‘Request refunds for Google play apps after grace periods ends’ – geraadpleegd op 08 oktober 2013.

³⁴ support.google.com/googleplay – ‘Aankopen annuleren’ – geraadpleegd op 20 januari 2014.

³⁵ Algemene Voorwaarden iTunes, sub A.

³⁶ Idem.

³⁷ Idem.

³⁸ idem.

wordt doorgeleid. De verkrijger dient nogmaals *Meld een probleem* te selecteren onder de desbetreffende app, zodat de verkrijger de reden van teruggave kan aangeven en het proces kan afronden. De verkrijger dient dit verzoek binnen 90 dagen in te dienen.³⁹

De App Store verwijst bij ondersteuning voor apps, die door derde partijen zijn ontwikkeld, door naar de ontwikkelaar van de app. Dit betekent dat afgezien van de Apple apps (iBooks, iTunes U, Keynote, Pages, Numbers, GarageBand, iMovie en iPhoto) de App Store geen verantwoordelijkheid neemt ten aanzien van de overige apps die in de App Store worden aangeschaft.⁴⁰

2.3 De algemene voorwaarden

2.3.1 Inleiding

Elektronische bedingen in een contract kunnen sinds de implementatie van de Richtlijn inzake elektronische handel,⁴¹ gelden als algemene voorwaarden zoals bedoeld in artikel 6:231 BW. Afdeling 6.3 van het Burgerlijk Wetboek is daarom van toepassing op overeenkomsten die in de elektronische sfeer worden gesloten.⁴²

De bepalingen over de algemene voorwaarden in het Nederlands Burgerlijk Wetboek zijn van toepassing op algemene voorwaarden, indien de partijen die de overeenkomst sluiten in Nederland zijn gevestigd en in de commerciële sfeer bevinden. Het Nederlandse recht is ook van toepassing in gevallen waarin een consument, woonachtig in Nederland, contractspartij is.

2.3.2 De toepasselijkheid van algemene voorwaarden

De gebruiker van de algemene voorwaarden dient de wederpartij te wijzen op het gebruik van algemene voorwaarden als onderdeel van de tot stand te komen overeenkomst. De gebruiker van de algemene voorwaarden dient op voorhand de wederpartij, op een duidelijke wijze, kenbaar te maken dat de algemene voorwaarden onderdeel zijn van de tot stand te komen overeenkomst. Een verwijzing naar de algemene voorwaarden op het moment waarop de overeenkomst al is gesloten, is in beginsel te laat om de algemene voorwaarden van toepassing te achten, aldus Willems.⁴³ Het kenbaar maken van het gebruik van algemene voorwaarden dient op een wijze te geschieden die voor de wederpartij niet te missen is.⁴⁴ In beginsel mogen webwinkels⁴⁵ de toepasselijkheid van algemene voorwaarden op een eigen in te richten wijze duidelijk maken.⁴⁶ Een app store is naar mijn mening een voorbeeld van een webwinkel die via de smartphone geraadpleegd kan worden. De wijze waarop de toepasselijkheid van algemene

³⁹ www.iphoneclub.nl – ‘Geld terugvragen (refund) in de App Store’ – geraadpleegd op 28 oktober 2013.

⁴⁰ www.apple.com/support/ios/other/ - ‘Other Apps’ – geraadpleegd op 29 oktober 2013.

⁴¹ Richtlijn 2000/31/EG (Richtlijn inzake elektronische handel)

⁴² Stuurman & Wefers Bettink (red.) 2013, p. 41.

⁴³ Willems, *Contracteren* 2013/2, p. 60-61.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Naar mijn mening kan een app store als een webwinkel op de smartphone worden gezien.

⁴⁶ Willems, *Contracteren* 2013/2, p. 60.

voorwaarden kan worden aangeduid, loopt zeer uiteen, bijvoorbeeld: via een hyperlink, per e-mail of aanbieding op een fysieke drager. Indien de webwinkel gebruik maakt van een verwijzing naar de algemene voorwaarden via een hyperlink, dient de hyperlink op een duidelijke en herkenbare wijze te worden gepresenteerd.⁴⁷ De hyperlink moet voldoende opvallen en mag niet te klein zijn.⁴⁸ Daarnaast moet de wederpartij uit de hyperlink kunnen afleiden dat het om de toegangsverschaffing van de algemene voorwaarden gaat.⁴⁹

Willems is ten slotte van mening dat het niet verstandig is om een zodanige verwijzing naar de algemene voorwaarden, te plaatsen op de pagina na de knop waarmee de bestelling wordt geplaatst.⁵⁰ De wederpartij zal namelijk te gefocust zijn op het kopen van het product en geen rekening meer houden met de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden.

2.3.3 De terbeschikkingstelling van algemene voorwaarden

De gebruiker dient naast het kenbaar maken van het gebruik van algemene voorwaarden, de wederpartij ook een redelijke termijn te geven om kennis te kunnen nemen van de algemene voorwaarden. Bij elektronische overeenkomsten heeft de gebruiker een redelijke mogelijkheid tot kennisneming geboden indien hij de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst, langs elektronische weg, ter beschikking heeft gesteld.⁵¹ In gevallen waarin niet aan de terhandstellingverplichting wordt voldaan, kan een beroep hierop tot de vernietiging van de algemene voorwaarden leiden.⁵²

Vervolgens dient de wederpartij op een eenvoudige en doeltreffende wijze, te kunnen nemen van de algemene voorwaarden. Dit wordt ook wel het toegankelijkheidsvereiste genoemd.⁵³ De Hoge Raad heeft in dit kader in het arrest Data/Attingo⁵⁴ het *één klik* vereiste geïntroduceerd: de wederpartij dient met één klik de toepasselijke algemene voorwaarden te kunnen raadplegen. Het zou niet zo moeten zijn dat de wederpartij pas van de algemene voorwaarden kennis kan nemen na een 'wir war' van hyperlinks doorlopen te hebben in de webwinkel.⁵⁵

De gebruiker dient de wederpartij de mogelijkheid te bieden om de algemene voorwaarden op een duurzame gegevensdrager⁵⁶ op te slaan of te downloaden.⁵⁷ Hierdoor wordt het voor de wederpartij mogelijk om op een later moment kennis te nemen van de algemene voorwaarden. Het opslaan van de algemene voorwaarden dient op een eenvoudige

⁴⁷ *Kamerstukken I*, 2003/04, 28 197, nr. C, p. 18.

⁴⁸ Adviescommissie consumentenaangelegenheden 28 mei 1998; Willems, *Contracteren* 2013/2, p. 63.

⁴⁹ Esch & Bramer 2000, p. 286.

⁵⁰ Willems, *Contracteren* 2013/2, p. 61.

⁵¹ Willems, *Contracteren* 2013/2, p. 62.

⁵² Artikel 6:233 sub b BW; Stuurman & Wefers Bettink (red.) 2013, p. 41.

⁵³ Willems, *Contracteren* 2013/2, p. 65.

⁵⁴ Hoge Raad 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7108, r.o. 3.4.2.

⁵⁵ Willems, *Contracteren* 2013/2, p. 63.

⁵⁶ Art 2 sub f Richtlijn inzake verkoop op afstand van financiële diensten; overweging 20.

⁵⁷ artikel 7:234 lid 2 BW

wijze te kunnen geschieden.⁵⁸ Het aanbieden van de algemene voorwaarden als platte tekst, voldoet niet aan het opslagvereiste omdat het voor de wederpartij niet duidelijk zal zijn hoe de algemene voorwaarden opgeslagen kunnen worden.⁵⁹

Bettink & Stuurman⁶⁰ zijn van mening dat het aanbod van de gebruiker om de algemene voorwaarden te printen, aan het opslagvereiste en het vereiste voor latere kennisneming voldoet. Ik deel met Willems echter de mening, dat het bieden van de mogelijkheid tot printen van de algemene voorwaarden niet aan deze vereisten voldoet. Artikel 6:234 lid 2 BW stelt immers dat de algemene voorwaarden op digitale wijze moeten kunnen worden opgeslagen. Het printen van algemene voorwaarden valt hier niet onder. Bovendien heeft niet elke wederpartij, denk bijvoorbeeld aan een smartphone-gebruiker, de mogelijkheid om de voorwaarden te printen.

Ook de mogelijkheid om een *screenshot* van de algemene voorwaarden te maken, is naar mijn mening niet afdoende. Strikt genomen voldoet een screenshot niet aan het opslagvereiste nu enkel een foto, van de weergave *op het scherm*, wordt gemaakt. Daarnaast wordt de latere kennisneming van de algemene voorwaarden bemoeilijkt door de onduidelijke weergave van de algemene voorwaarden op de screenshot.⁶¹

2.3.3.1 Google Play

Google Play wordt beheerd door Google Ireland Limited (hierna: Google).⁶² De algemene voorwaarden die tussen Google Play en de wederpartij (hierna: de verkrijger) gelden, staan beschreven in de Servicevoorwaarden van Google Play.

De algemene voorwaarden van Google Play zijn van toepassing op het gebruik van de Google Play. De Nederlandse wet is van toepassing nu consumenten woonachtig in Nederland, contractpartij van Google Play zijn. Google Play wijst de verkrijger op het gebruik van de algemene voorwaarden bij de installatie van de app store.⁶³ De verkrijger, de gebruiker van de Google Play, gaat door Google Play te gebruiken akkoord met de Servicevoorwaarden van Google Play door de knop *accepteren* te selecteren. Door de aangegeven hyperlink te selecteren, zal de verkrijger worden doorgeleid naar de algemene voorwaarden die op internet staan.⁶⁴ Uit de installatie van Google Play blijkt niet dat aan het opslagvereiste wordt voldaan. De verkrijger krijgt immers tijdens het gehele proces niet de mogelijkheid om de algemene voorwaarden op te slaan op een duurzame gegevensdrager of te e-mailen zodat het op een duurzame gegevensdrager kan worden opgeslagen.

Google Play heeft tijdens het installatieproces voldoende duidelijk gemaakt dat de algemene voorwaarden een onderdeel van de overeenkomst vormen, echter voldoet Google

⁵⁸ Willems, *Contracteren* 2013/2, p. 63.

⁵⁹ Willems, *Contracteren* 2013/2, p. 64.

⁶⁰ Stuurman & Wefers Bettink (red.) 2013, p. 43-44.

⁶¹ Vgl. Willems, *Contracteren* 2013/2, p. 65.

⁶² Google Play Servicevoorwaarden – geraadpleegd op 20 januari 2014.

⁶³ Zie bijlage I.

⁶⁴ Zie bijlage II.

Play niet aan het opslagvereiste. Derhalve zijn de algemene voorwaarden van de tot stand te komen overeenkomst vernietigbaar op grond van artikel 6:233 sub b BW.

Indien van de situatie wordt uitgegaan dat Google Play haar algemene voorwaarden op een geldige wijze ter hand heeft gesteld, kan een ander aspect van de terhandstelling van de algemene voorwaarden mogelijk problematisch zijn. De verkrijger van de app wordt ten tijde van de aanschaf van de app niet meer gewezen op het gebruik van algemene voorwaarden door Google Play. De algemene voorwaarden van Google Play dienen naar mijn mening echter ten tijde van de aanschaf (nogmaals) ter hand worden gesteld, zodat de verkrijger op een duidelijke en herkenbare wijze op de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden wordt gewezen.

Wat betreft de algemene voorwaarden van de ontwikkelaar van de app, kan geconcludeerd worden dat de terhandstelling niet op de juiste wijze heeft plaatsgevonden. In de meeste gevallen staan de algemene voorwaarden van de ontwikkelaar, *terms of use*, onder het kopje *beschrijving van de app* en dient de verkrijger zelf op zoek te gaan naar deze algemene voorwaarden. Het is voor de verkrijger niet duidelijk dat het om algemene voorwaarden gaat, waardoor de algemene voorwaarden naar mijn mening niet van toepassing zijn op de overeenkomst. Daarnaast is ook niet aan het opslagvereiste voldaan nu geen mogelijkheid wordt geboden om de algemene voorwaarden van de ontwikkelaar op te slaan of te e-mailen. Geconcludeerd kan worden dat niet aan het kenbaarheidsvereiste, het toegankelijkheidsvereiste en het opslagvereiste wordt voldaan door de ontwikkelaar.

Het lijkt mij verstandig om de toepasselijkheid van zowel de algemene voorwaarden van Google Play als de algemene voorwaarden van de ontwikkelaar, bij iedere aankoop kenbaar te maken middels een pop-up venster en de verkrijger de mogelijkheid te bieden om de algemene voorwaarden naar een e-mailadres te e-mailen.

2.3.3.2 App Store

De voorwaarden die bij het gebruik van de App Store gelden, staan beschreven in de algemene voorwaarden van iTunes.⁶⁵ De algemene voorwaarden gelden tussen de verkrijger en iTunes SARL (hierna: iTunes). Deze algemene voorwaarden zijn onderverdeeld in de 'Algemene Verkoopvoorwaarden voor iTunes Store, Mac App Store, Appstore en iBooks Store', de 'Algemene Voorwaarden voor iTunes Store' en de 'Algemene Voorwaarden voor Mac App Store en iBooks Store'.

De algemene voorwaarden voor iTunes zijn van toepassing bij het gebruik van de App Store. De Nederlandse wet is van toepassing op deze Algemene Voorwaarden nu consumenten woonachtig in Nederland, contractpartij van iTunes zijn.

iTunes wijst de verkrijger op het gebruik van de algemene voorwaarden bij de installatie van de App Store. De gebruiker, iTunes, maakt de verkrijger hiermee duidelijk dat de algemene voorwaarden een onderdeel vormen van de tot stand te komen overeenkomst. De verkrijger

⁶⁵ Algemene Voorwaarden iTunes.

dient *akkoord* te selecteren indien hij met de algemene voorwaarden instemt. Vervolgens biedt iTunes de verkrijger de mogelijkheid om de algemene voorwaarden te e-mailen naar het e-mailadres, dat bekend bij iTunes is, voor latere kennisneming. Naar mijn oordeel heeft iTunes de algemene voorwaarden op een geldige wijze ter hand gesteld nu aan het kenbaarheidsvereiste, het toegankelijkheidsvereiste en het opslagvereiste is voldaan. De algemene voorwaarden zijn derhalve van toepassing op de overeenkomst.

Betwijfeld kan worden of enkel de verwijzing naar en de terhandstelling van de algemene voorwaarden ten tijde van de installatie van de App Store afdoende is. De verkrijger wordt weliswaar de mogelijkheid aangeboden om de algemene voorwaarden op te slaan of te e-mailen, echter staat dit niet in verhouding met de onmogelijkheid voor de verkrijger om ten tijde van de aanschaf kennis te nemen van de algemene voorwaarden. Aan het toegankelijkheidsvereiste is voldaan nu de wederpartij via e-mail de algemene voorwaarden achteraf kan raadplegen. De verwijzing naar de algemene voorwaarden, via een hyperlink, op het ontvangstbewijs⁶⁶ is te laat nu de overeenkomst al tot stand is gekomen. Het lijkt mij daarom, eveneens bij Google Play, verstandig om de algemene voorwaarden bij iedere aankoop middels een pop-up venster ter hand te stellen.

2.3.4 De grijze- en zwarte lijst

De bedingen van algemene voorwaarden verliezen hun toepasselijkheid indien de voorwaarden onredelijk bezwarend zijn.⁶⁷ De wetgever heeft getracht partijen hierin tegemoet te komen door een *grijze-* en *zwarte* lijst in te stellen. Bepalingen die onder de grijze lijst vallen zijn bepalingen waarvan ze worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn. De gebruiker kan betogen waarom een bepaling niet onredelijk bezwarend is.⁶⁸ Bepalingen die onder de zwarte lijst vallen zijn onredelijk bezwarend, waardoor de desbetreffende bepalingen vernietigbaar zijn.⁶⁹

Verkrijgers die van mening zijn dat bepaalde bepalingen in de algemene voorwaarden onredelijk bezwarend zijn, kunnen vernietiging van het betreffende beding vorderen. De rechtbank Den Haag is de bevoegde rechtbank om over zulke geschillen te oordelen.⁷⁰ Op grond van de artikelen 6:240 lid 1 BW en 6:241 lid 3 BW kunnen belangenverenigingen namens de verkrijgers vernietiging vorderen bij de rechter. Een belangenvereniging dient alvorens de procedure de gebruiker van de algemene voorwaarden de kans te geven om de voorwaarden aan te passen. Indien dit niet de gewenste werking heeft, mag de belangenvereniging alsnog een procedure aanspannen tegen de gebruiker van de algemene voorwaarden.⁷¹

⁶⁶ Zie bijlage III.

⁶⁷ artikel 6:233a BW

⁶⁸ artikel 6:237 BW

⁶⁹ artikel 6:236 BW

⁷⁰ artikel 6:241 lid 1 BW

⁷¹ artikel 6:240 lid 4 BW

2.3.4.1 Google Play

De mogelijkheid tot retournering van een app wordt in artikel 4 van de Servicevoorwaarden onder *alle aankopen zijn definitief* uitgesloten.⁷² In de aanvullende voorwaarden betreffende de inhoud wordt de mogelijkheid tot retournering uit een gezet. In deze aanvullende voorwaarden betreffende de inhoud staat dat de verkrijger van een app bij defecten contact dient op te nemen met de ontwikkelaar van de app. De verkrijger kan geen aanspraak maken op Google Play.

Het recht om een aankoop te retourneren is, naar mijn mening, enkel een feitelijke handeling. De mogelijkheid tot retournering heeft als gevolg dat alle prestaties ongedaan worden gemaakt waardoor de verkrijger het aankoopbedrag terugkrijgt.⁷³ Deze handeling kan hierdoor met de ontbinding van de overeenkomst tot aanschaf gelijk worden gesteld. Door de mogelijkheid tot retournering uit te sluiten, wordt het recht op ontbinding uitgesloten door de gebruiker van de algemene voorwaarden. Voor de verkrijger van de app is het dan niet mogelijk om de overeenkomst tot aanschaf van de app te ontbinden. Hierdoor wordt het contractuele evenwicht tussen de verkrijger van de app en de app store aangetast.⁷⁴ Derhalve is artikel 4 van de Servicevoorwaarden van Google Play, op grond van artikel 6:236 sub b BW, onredelijk bezwarend.

Onder de grijze lijst kan de uitsluiting van de mogelijkheid tot retournering vermoedelijk onredelijk bezwarend zijn, nu in geval van levering van een defecte app de verkrijger de ontwikkelaar moet aanspreken.⁷⁵ De verplichting van de gebruiker van de algemene voorwaarden, om een werkende app te leveren, wordt hiermee wezenlijk beperkt.

Verkrijgers van app kunnen vernietiging van de betreffende bepaling uit de algemene voorwaarden vorderen. De verkrijger van een app kan dit in een individuele procedure doen, echter wegen de kosten van een individuele procedure mogelijk niet op tegen de baten van een dergelijke procedure. De situatie dat de verkrijgers hun krachten bundelen en de zaak neerleggen bij een belangenvereniging is dan ook niet ondenkbaar.

Voor een vernietiging is vereist dat het desbetreffende beding onder de gegeven omstandigheden onredelijk bezwarend is voor de wederpartij.⁷⁶ Hier kan bijvoorbeeld op de mate van onderhandelingen over de algemene of de keuzevrijheid van de wederpartij worden gelet. Op basis hiervan ben ik van mening dat het beding onredelijk bezwarend is nu algemene voorwaarden zonder onderhandelingen tot stand zijn gekomen. Ten slotte wordt ook de verkrijger in zijn keuzevrijheid beperkt nu de verkrijger enkel apps, in de bijbehorende app store van het besturingssysteem, kan verkrijgen.

⁷² Servicevoorwaarden Google Play.

⁷³ blog.iusmentis.com – 'We gaan weer eens wat algemene voorwaarden afkraken' – geraadpleegd op 16 januari 2014.

⁷⁴ T&C Burgerlijk Wetboek, commentaar op artikel 236 Boek 6 BW.

⁷⁵ artikel 6:237 sub BW

⁷⁶ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, p. 407.

2.3.4.2 App Store

In de algemene verkoopvoorwaarden van iTunes⁷⁷ wordt gesteld dat de verkrijger van de app niet het recht heeft om de transactie in te trekken op het moment dat de levering van het product reeds begonnen is. In de algemene voorwaarden van App Store⁷⁸ staat dat iTunes geen garantie geeft, aansprakelijkheid of verantwoordelijkheid aanvaard met betrekking tot producten die van derden komen. Apps uit de App Store zijn afkomstig van derden tenzij het om de apps iBooks, iTunes U, Keynote, Pages, Numbers, GarageBand, iMovie en iPhoto, gaat. Hiermee heeft iTunes de mogelijkheid tot retournering van apps voor verkrijgers uitgesloten en daarmee ook het recht op ontbinding van de overeenkomst uitgesloten. Op grond van artikel 6:236 BW kan deze bepaling mogelijk onredelijk bezwarend zijn.

De uitsluiting van de mogelijkheid tot retournering voor apps afkomstig van derden, is onredelijk bezwarend nu het recht op ontbinding wordt uitgesloten door de gebruiker van de algemene voorwaarden. Het is voor de verkrijger van de app niet mogelijk om de overeenkomst tot aanschaf van de app te ontbinden. Hierdoor wordt het contractuele evenwicht tussen de verkrijger van de app en de app store aangetast.⁷⁹ Derhalve is deze specifieke bepaling van de algemene voorwaarden van iTunes op grond van artikel 6:236 sub b BW onredelijke bezwarend.

Onder de grijze lijst kan de uitsluiting van de mogelijkheid tot retournering *vermoedelijk* onredelijk bezwarend zijn. De verkrijger dient namelijk bij een levering van een defecte app, in plaats van iTunes, de ontwikkelaar aan te spreken.⁸⁰ De verplichting van iTunes, de gebruiker van de algemene voorwaarden, om een werkende app te leveren wordt hiermee wezenlijk beperkt. Verkrijgers van een app kunnen, eveneens bij Google Play, vernietiging van de betreffende bepaling uit de algemene voorwaarden vorderen.

⁷⁷ Algemene Voorwaarden iTunes, sub A.

⁷⁸ Algemene Voorwaarden iTunes, sub C.

⁷⁹ T&C Burgerlijk Wetboek, commentaar op artikel 236 Boek 6 BW.

⁸⁰ artikel 6:237 sub b BW

Hoofdstuk 3 De positie van de app store en de ontwikkelaar

3.1 Inleiding

Er zijn verschillende overeenkomsten die de relatie tussen de app store en de ontwikkelaar van de app, in het kader van de distributie, vorm kunnen geven. Het is denkbaar om de app store aan te merken als een winkelier die uit eigen naam handelt (figuur 1) of als tussenpersoon die namens de ontwikkelaar van de app (onder)handelt (figuur 2).



(figuur 1)



(figuur 2)

In dit hoofdstuk wordt van de situatie uitgegaan waarin de verkrijger, op grond van een licentieverlening door de rechthebbende, gebruik mag maken van een app. Aan de hand van de distributie van software zullen de mogelijke vormen van distributie van apps worden geanalyseerd.

3.2 Distributie van software

Software bestaat uit elektronische codes die een computer aangeven een actie uit te voeren.⁸¹ De partij die het product afneemt bij de tussenschakel,⁸² wordt afnemer of verkrijger genoemd. Voor tussenschakels worden de termen *resellers*, *value added resellers* of *distributors* gebruikt. Deze termen geven aan dat de tussenschakel uit *eigen naam* en voor *eigen risico* de producten levert aan de verkrijgers. Tussen de leverancier en de tussenschakel is in dat geval sprake van een *distributieovereenkomst* waarbij de tussenschakel als winkelier kan worden gekwalificeerd.⁸³ Wanneer de tussenschakel *voor rekening* en *op naam* van de leverancier een overeenkomst sluit, is er sprake van een *agentuurovereenkomst* waarbij de tussenschakel als tussenpersoon fungeert.⁸⁴

⁸¹ Struik, Van Schelven & Hoorneman, 2010, p. 36.

⁸² De partij die zich tussen de ontwikkelaar van de app en de verkrijger bevindt.

⁸³ Van der Putt 2013, p. 12.

⁸⁴ Van der Putt 2013, p. 39.

Een gebruiker verkrijgt een rechtmatig gebruik op software indien hij in het bezit is van een licentie. De juridische kwalificatie van een licentie is echter niet eenduidig. De meest gangbare opvatting over de kwalificatie gaat er vanuit dat een licentie een *subjectief* recht is. Dit betekent dat de licentie alleen in de onderlinge verhouding van partijen geldig is.⁸⁵ De kwalificatie van een licentie als *beperkt recht* heeft als gevolg dat een faillissement of een latere overdacht geen invloed heeft op de licentienemer. De kwalificatie van een licentie als een beperkt recht zou om die reden ook niet goed passen in het huidige wettelijke systeem. De meeste auteurs zijn dan ook van mening dat een licentie niet als een beperkt recht gekwalificeerd kan worden.⁸⁶

Een andere mogelijkheid om de licentie te kwalificeren, is de kwalificatie als een *vorderingsrecht*.⁸⁷ Een vorderingsrecht heeft geen goederenrechtelijke werking. De licentie heeft in dit kader de vorm van een toezegging waarbij de auteur toestemming verleent aan de verkrijger om gebruik te maken van de software. Een eventuele opvolger van de auteursrechthebbende is echter niet aan de verstrekte licentie gebonden.

3.2.1 De distributie overeenkomst

De wijze van distributie van het product is afhankelijk van de wensen van de ontwikkelaar.⁸⁸ Indien de leverancier de controle over de verkoop van het product wenst te behouden, is het een begrijpelijke keuze van de leverancier om voor zelfstandige distributie van het product te kiezen. De leverancier die liever de werkzaamheden⁸⁹ die samenhangen met zelfstandige distributie uit handen geeft, doet er juist verstandig aan om distributie via distributeurs te kiezen.

Een overeenkomst tot opdracht regelt de relatie waarbij de tussenschakel, de opdrachtnemer, diensten verricht in opdracht van de leverancier, de opdrachtgever.⁹⁰ In deze relatie is de opdrachtnemer niet ondergeschikt aan de opdrachtgever.⁹¹ De opdrachtnemer heeft in ruil voor de werkzaamheden die hij in opdracht verricht, recht op beloning. De meeste overeenkomsten die de distributie regelen bevatten echter geen bepaling die de beloning voor de opdrachtnemer regelt. In de praktijk komt deze beloning tot uiting in de gelegenheid die de opdrachtnemer krijgt om de software tegen een korting bij de opdrachtgever in te kopen waarna hij vervolgens gerechtigd is om de software tegen de adviesprijs aan de verkrijger te verkopen.⁹² Een distributieovereenkomst die het opdrachtelement mist en enkel het recht aan de opdrachtnemer geeft om producten in te kopen bij de opdrachtgever, voldoet niet aan de eisen van een overeenkomst tot opdracht. In dat geval kan over een vrijblijvende overeenkomst met inkoopvoorwaarden worden gesproken.⁹³

⁸⁵ Van der Putt 2013, p. 25.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ Van der Putt 2013, p. 19.

⁸⁹ Denk bijvoorbeeld aan de huur van verkoopruimtes en het in dienst nemen van personeel.

⁹⁰ artikel 7:400 BW

⁹¹ Van der Putt 2013, p. 38.

⁹² Van der Putt 2013, p. 42.

⁹³ Van der Putt 2013, p. 40.

Een mogelijk instrument om de relatie tussen de ontwikkelaar en de tussenschakel (hierna: de distributeur) vorm te geven is een *distributieovereenkomst* (figuur 3).



(figuur 3)

Onder het begrip distributieovereenkomst kan worden verstaan, “een overeenkomst waarbij een leverancier en distributeur met elkaar afspreken dat de distributeur software van de leverancier kan verkrijgen om deze vervolgens voor eigen rekening en risico aan afnemers beschikbaar te stellen.”⁹⁴ De distributieovereenkomst is geen benoemde overeenkomst in de wet. Bepalingen uit de wet kunnen, zover van toepassing, op overeenkomstige wijze van toepassing worden verklaard op een distributieovereenkomst.⁹⁵

Een overeenkomst waarin enkel de mogelijkheid voor de distributeur tot inkoop van de producten van de leverancier is opgenomen, kan niet als een distributieovereenkomst worden aangemerkt. Om een overeenkomst aan te kunnen merken als distributieovereenkomst is het nodig dat uit die specifieke overeenkomst daadwerkelijk de plicht tot distributie kan worden afgeleid.⁹⁶ Dit vereiste onderscheidt de distributieovereenkomst van een reguliere licentieovereenkomst waarbij het verlenen van een licentie centraal staat in plaats van de verplichting tot distributie van het product. De distributieovereenkomst verschilt in dit opzicht van de overeenkomst tot koop nu de koopovereenkomst niet op de distributie van het product toeziet.⁹⁷

3.2.1.1 Indirect licensing

In overeenkomsten waar de distributeur uit *eigen naam* en voor *eigen risico* handelt, is er sprake van *indirect licensing*. De distributeur neemt bij indirect licensing de software af bij de softwareleverancier waarna hij deze onder eigen naam verder verhandeld. De verkrijger sluit op deze wijze geen contract met de softwareleverancier, maar verkrijgt een *sublicentie*⁹⁸ van de distributeur (figuur 4).



(figuur 4)

⁹⁴ Van der Putt 2013, p. 11.

⁹⁵ Van der Putt 2013, p. 37.

⁹⁶ Van der Putt 2013, p. 12.

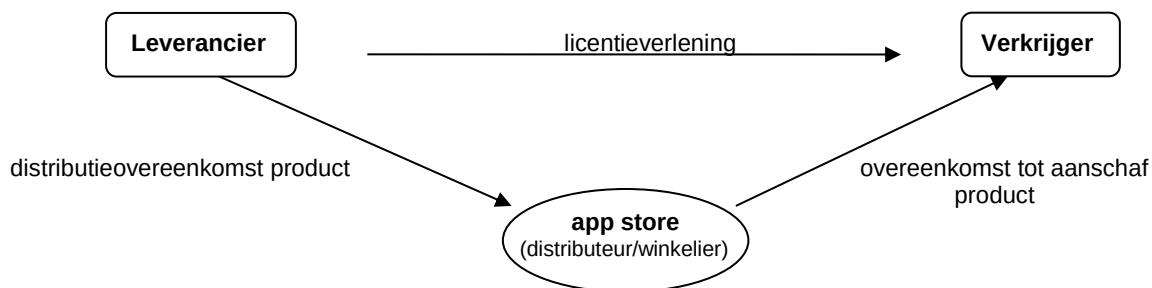
⁹⁷ Van der Putt 2013, p. 13.

⁹⁸ Een licentie dat afgeleid is van de licentie die de distributeur van de leverancier verkrijgt.

Bij indirect licensing is de distributeur vrij om licenties te verlenen aan de verkrijger.⁹⁹ De distributieovereenkomst, die tussen de leverancier en de distributeur geldt, zal eisen stellen aan de overeenkomst die er toe strekt om de verkrijger een sublicentie te verstrekken. Deze wijze van distributie heeft als gevolg dat de verkrijger in de regel bij gebreken en retournering bijvoorbeeld, de leverancier niet kan aanspreken nu geen contractuele relatie tussen de verkrijger en de leverancier tot stand is gekomen.¹⁰⁰ De mogelijkheid van de verkrijger om de leverancier buitencontractueel aan te spreken op grond van de onrechtmatige daad, zoals bedoeld in artikel 6:162 BW, blijft mogelijk. Een situatie waarin sprake zou kunnen zijn van een onrechtmatige daad is wanneer de leverancier door grove schuld of opzet schade toebrengt aan de verkrijger. Concreet kan dit het geval zijn wanneer door toedoen van de leverancier virussen in de software terecht zijn gekomen die vervolgens de apparatuur van de verkrijger beschadigen.¹⁰¹

3.2.1.2 Direct licensing

Het is denkbaar dat de distributeur zowel onder zijn *eigen naam* als onder *de naam van de leverancier* handelt. De licentie wordt in dit kader door de softwareleverancier zelf verleend terwijl de aanschaf van het product via de distributeur gaat. Deze manier van licentieverlening wordt ook wel *direct licensing* genoemd (figuur 5).¹⁰²



(figuur 5)

Bij direct licensing is de distributeur verplicht om in de koopovereenkomst met de verkrijger *dezelfde* verplichtingen, met het oog op de totstandkoming van een licentieovereenkomst tussen verkrijger en leverancier, op te leggen die door de leverancier zijn opgelegd aan de distributeur.¹⁰³

Dit heeft als gevolg dat de verkrijger die de software afneemt bij de distributeur, verschillende contracten sluit. Enerzijds sluit de verkrijger een koopovereenkomst met de

⁹⁹ Van der Putt 2013, p. 15.

¹⁰⁰ Van der Putt 2013, p. 60.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² Van der Putt 2013, p. 60.

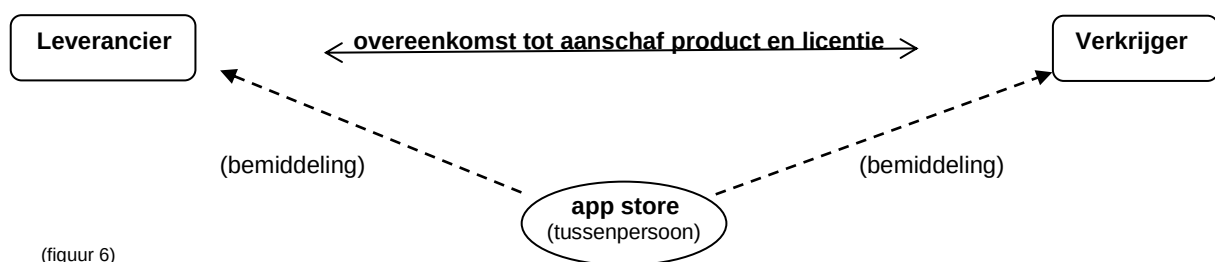
¹⁰³ Idem.

distributeur die zich verplicht om de software te leveren. Anderzijds sluit de verkrijger, na bemiddeling van de distributeur, een licentieovereenkomst met de softwareleverancier die gehouden is om een licentie op de software aan de verkrijger te verlenen. Dit tweede contract heeft in de meeste gevallen ook invloed op het contract tussen de verkrijger en de distributeur. Het tweede contract kan vereisten aan de software die ter beschikking wordt gesteld opleggen door een toepassingsverklaring van de licentievoorwaarden in de koopovereenkomst. Deze wijze van contracteren gaat doorgaans vaak via een *shrink/click wrap licentie*. De verkrijger dient bij een dergelijke licentie na de levering van de software, door de distributeur, de algemene voorwaarden van de leverancier te accepteren bij het uitpakken of tijdens de installatie van de software. De overeenkomst komt op deze wijze door bemiddeling van de distributeur tot stand terwijl de verkrijger de betalingen aan de distributeur doet op grond van een koopovereenkomst.¹⁰⁴

De verkrijger kan bij deze vorm van distributie er voor kiezen om, bij gebreken van de app bijvoorbeeld, de leverancier aan te spreken. Of de verkrijger daadwerkelijk op een succesvolle wijze de leverancier aan kan spreken is een andere kwestie: de leverancier heeft in de meeste gevallen slechts een beperkte aansprakelijkheid.¹⁰⁵

3.2.2 De agentuurovereenkomst

De tussenschakel kan er voor kiezen om in plaats van onder eigen naam, in naam van de leverancier te handelen. De tussenschakel krijgt in de relatie tussen de verkrijger en de leverancier een bemiddelende rol. Deze bemiddelende rol onderscheidt de handelsagent van een distributeur.¹⁰⁶ Een zodanige relatie kan in een *agentuurovereenkomst* worden vormgegeven (figuur 6).



(figuur 6)

Een agentuurovereenkomst is een overeenkomst waarbij de tussenschakel¹⁰⁷ tegen een overeengekomen beloning, voor bepaalde of onbepaalde tijd, tussen de leverancier¹⁰⁸ en de

¹⁰⁴ Van der Putt 2013, p. 60 - 61.

¹⁰⁵ Van der Putt 2013, p. 61.

¹⁰⁶ Van der Putt 2013, p. 43.

¹⁰⁷ de handelsagent

¹⁰⁸ de principaal

verkrijger bemiddelt bij de totstandkoming van de overeenkomst.¹⁰⁹ Kenmerkend aan deze relatie is dat er geen sprake is van ondergeschiktheid. Er is echter wel sprake van een vaste betrekking tot de principaal.¹¹⁰

In een zodanige relatie wordt de tussenschakel geacht de softwareleverancier te vertegenwoordigen. Hij wordt ook geacht te handelen *voor rekening* en *voor risico* van de leverancier.¹¹¹ De tussenschakel fungeert in deze relatie als tussenpersoon. De tussenschakel wordt hierbij geen contractpartij van de verkrijger. De verkrijger verkrijgt in een dergelijk geval rechtstreeks een licentie van de leverancier.¹¹²

3.2.3 De totstandkoming van de verkoopprijs

De wijze waarop de verkoopprijs van het product tot stand komt, kan een aanwijzing zijn voor de kwalificatie van de positie van de app store en de ontwikkelaar van de app.¹¹³

Een leverancier handelt in strijd met het mededingingsrecht indien hij eenzijdig de verkoopprijs vaststelt die de softwareleverancier moet hanteren bij de verkoop aan verkrijgers. Uit artikel 101 lid 1 sub a EU Verdrag blijkt dat het rechtstreeks of zijdelings opleggen van aan- of verkoopprijzen een verboden afspraak is. Het eenzijdig bepalen van de verkoopprijs kan leiden tot een afbreuk aan de vrijheid van de distributeur om zijn eigen prijzen te betalen dat weer leidt tot een beperking in de mededinging.¹¹⁴ De distributeur is dus gerechtigd om de verkoopprijs vast te stellen indien hij als contractspartij van de verkrijger kan worden aangemerkt. In gevallen waarin de leverancier rechtstreeks met de verkrijger een contract sluit, is de leverancier gerechtigd om de verkoopprijs vast te stellen.¹¹⁵ Het is voor de leverancier ook mogelijk om een adviesprijs of een maximumprijs aan te dragen voor het product. De distributeur is echter niet gehouden tot het opvolgen van deze prijzen.¹¹⁶

3.3 Distributie van apps

De juridische kwalificatie van de app stores van Google en Apple, in het licht van de agentuurovereenkomst of de distributieovereenkomst, is afhankelijk van de wijze waarop de verkrijger een licentie heeft verworven.

3.3.1 Google Play

Op grond van de Servicevoorwaarden van Google Play kan worden afgeleid dat de verkrijger na betaling een gebruikslicentie voor de app heeft verworven.¹¹⁷ Echter, de voorwaarden geven niet

¹⁰⁹ Van der Putt 2013, p. 39.

¹¹⁰ Mulder & Mendel 2000, p. 66.

¹¹¹ Van der Putt 2013, p. 39.

¹¹² Van der Putt 2013, p. 16.

¹¹³ Van der Putt 2013, p. 74.

¹¹⁴ Van der Putt 2013, p. 73.

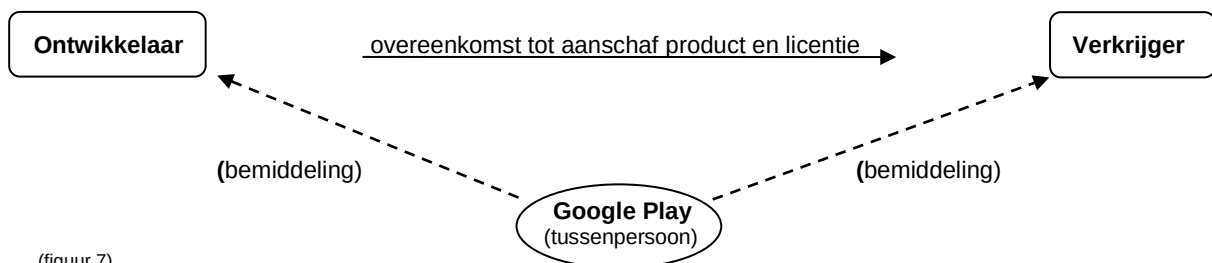
¹¹⁵ Van der Putt 2013, p. 74.

¹¹⁶ Van der Putt 2013, p. 74 - 75.

¹¹⁷ Servicevoorwaarden van Google Play

expliciet aan wie de contractspartij van de verkrijger is. Uit de bevestiging van de Google Play-bestelling kan wel worden afgeleid met wie de verkrijger een overeenkomst gesloten heeft.¹¹⁸ Hieruit blijkt dat de verkrijger *via* Google Play een aankoop heeft gedaan bij de ontwikkelaar van de app. Dit gegeven kan ook impliciet worden afgeleid uit de Servicevoorwaarden van Google Play waar over de rechten die *via* Google Play worden verkregen, wordt gesproken.¹¹⁹

Uit de ontwikkelaarspagina blijkt dat de ontwikkelaar eenzijdig de prijs mag bepalen voor de app.¹²⁰ In beginsel zou dit tot de conclusie moeten leiden dat tussen de verkrijger en de ontwikkelaar van de app rechtstreeks een overeenkomst tot stand komt. De totstandkoming van de prijs van een betaalde app geschiedt aan de hand van een prijzenlijst. De ontwikkelaar is vrij om de verkoopprijs van de app te bepalen, zolang de prijs binnen het toegestane prijsbereik van Google Play valt.¹²¹ Er kan worden geconcludeerd dat Google Play, op grond van een agentuurovereenkomst, tussenpersoon is bij de totstandkoming van de licentieovereenkomst en de koopovereenkomst (figuur 7).



(figuur 7)

3.3.2 App Store

De verkrijger van de app in de App Store verkrijgt volgens de algemene voorwaarden van iTunes een licentie voor softwareproducten van de App Store.¹²² Deze licentie wordt door iTunes verkocht aan de verkrijger.¹²³ Echter, de verstrekte licentie vormt in het kader van het auteursrecht een bindende overeenkomst tussen de verkrijger en de uitgever van het betreffende product, aldus iTunes.¹²⁴ Ander gebruik van de app door de verkrijger kan aangemerkt worden als een inbreuk op de auteursrechten. Hieruit kan worden geconcludeerd dat sprake is van een licentieverlening door de ontwikkelaar aan de verkrijger. Of sprake is van een agentuurovereenkomst, waarbij Apple als tussenpersoon kan worden aangemerkt of een overeenkomst tot opdracht met direct licensing, moet aan de hand van de contractspartij in de tot stand gekomen overeenkomst worden beoordeeld. Uit het ontvangstbewijs van iTunes blijkt niet

¹¹⁸ Zie bijlage IV.

¹¹⁹ Servicevoorwaarden voor Google Play, "Verkoop, distributie of overdracht aan derden".

¹²⁰ developer.android.com/distribute/googleplay/about/monetizing.html – geraadpleegd op 02 december 2013.

¹²¹ support.google.com/googleplay/android-developer – 'Prijzen en ondersteunde valuta's' – geraadpleegd op 03 januari 2014.

¹²² Algemene Voorwaarden iTunes, sub C.

¹²³ Algemene Voorwaarden iTunes, sub C, "Gebruik van producten en stores".

¹²⁴ Idem.

dat er sprake is van een andere contractspartij dan iTunes.¹²⁵ Uit de algemene voorwaarden blijkt dat iTunes de licentie verkoopt aan de verkrijger. Dit zou botsen met de theorie van direct licensing, nu tussen de distributeur en de verkrijger enkel een koopovereenkomst tot stand zou komen. Ik meen dan ook dat iTunes mogelijk hier het begrip *licentie* heeft verward met het begrip *app* waardoor er geen sprake is van een licentieverlening maar een koopovereenkomst tussen de verkrijger en iTunes.¹²⁶

Ook de actieve houding van de App Store wijst op een rol die actiever is dan die van een tussenpersoon, namelijk die van een winkelier. De App Store is namelijk bevoegd om apps van ontwikkelaars te weren uit de App Store.¹²⁷ Daarnaast duidt de totstandkoming van de verkoopprijs door de ontwikkelaar er niet op dat er rechtstreeks een contract tussen de verkrijger en de ontwikkelaar tot stand komt. De ontwikkelaar van de app is namelijk niet geheel vrij in het bepalen van de prijs van de app, hij is namelijk aan de prijzenladder van de App Store gehouden.¹²⁸

Er kan dan ook worden geconcludeerd dat iTunes op basis van indirect licensing als winkelier kan worden aangemerkt, waardoor de verkrijger, bij gebreken bijvoorbeeld, iTunes rechtstreeks zou moeten kunnen aanspreken (figuur 8).



(figuur 8)

¹²⁵ Zie bijlage III.

¹²⁶ De verkoop van een gebruikerslicentie is in beginsel mogelijk. Zie Hoofdstuk 4.2.2.

¹²⁷ Zie bijvoorbeeld: www.nu.nl/internet – 'Apple weert beveiligde chatapp app-store' – geraadpleegd op 03 januari 2014; www.volkskrant.nl/vk/nl/2686/Binnenland – 'Apple weert Zwarte Piet-app uit App Store' – geraadpleegd op 03 januari 2014.

¹²⁸ www.iphoneclub.nl/264445 – 'Apple voegt nieuw prijsniveau 99-cent toe aan Europese app-stores' – geraadpleegd op 03 januari 2014.

Hoofdstuk 4 De juridische kwalificatie

4.1 Het toepasselijk recht

In geval er geschillen ontstaan tussen de verkrijger van de app en de app store is het van belang om duidelijk te hebben welk recht van toepassing is en welke rechter bevoegd is. *E-commerce* geschillen hebben vaak als kenmerk dat er consumenten bij betrokken zijn en een grensoverschrijdend aspect hebben.¹²⁹ Onder e-commerce kunnen alle zakelijke activiteiten worden verstaan die op een elektronische wijze tot stand worden gebracht.¹³⁰ Ook de wetgever heeft rekening gehouden met de mogelijkheid dat e-commerce activiteiten die in Nederland kenbaar zijn, niet op Nederland zijn gericht. De Nederlandse consument is de doelgroep van het buitenlandse product indien Nederlandstalige informatie over de buitenlandse leverancier, het product of de dienst, of de mogelijkheid om daarover rechtstreeks informatie te verkrijgen, beschikbaar is.¹³¹

In beginsel zal de Nederlandse rechter zijn bevoegdheid ontlelen aan verdragen of Europese verordeningen. Wanneer dit niet mogelijk is, zal de Nederlandse rechter zijn bevoegdheid ontlelen aan het nationaal recht dat neergelegd is in het Wetboek van Rechtsvordering (hierna: Rv). De Nederlandse rechter is ook bevoegd in zaken die betrekking hebben op verbintenissen uit overeenkomst waarin de verbintenis, die aan de eis of het verzoek in Nederland is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd.¹³² De Nederlandse rechter zal op grond van nationaal recht bevoegd zijn wanneer de gedaagde van de zaak zijn woonplaats of verblijfplaats in Nederland heeft.¹³³ De Nederlandse rechter verkrijgt de bevoegdheid om kennis te nemen van een geschil, indien de e-commerce ondernemer in Nederland bedrijfsactiviteiten of commerciële activiteiten uitvoert of activiteiten ontplooit die op Nederland worden gericht en de overeenkomst in het geschil daartoe is gericht.¹³⁴ Het is ten slotte ook mogelijk om in een overeenkomst een forumkeuze beding op te nemen. Een beding waarin is opgenomen dat een buitenlandse rechter bevoegd is, doet in een consumentenovereenkomst echter niets af aan de bevoegdheid van de Nederlandse rechter.¹³⁵

Naar mijn mening kan er worden aangenomen dat het Nederlands recht van toepassing is op de overeenkomsten die worden gesloten met de App Store en Google Play. In de algemene voorwaarden van deze app stores is namelijk opgenomen dat het Nederlands recht van toepassing is.¹³⁶ Daarnaast kan de toepassing van het Nederlands recht ook worden afgeleid uit de omstandigheid dat de verkrijger Nederlandstalige informatie kan verkrijgen over

¹²⁹ Stuurman & Wefers Bettink (red.) 2013, p. 167.

¹³⁰ Thole & Dekhuijzen (red.) 2001, p. 19.

¹³¹ Stuurman & Wefers Bettink (red.) 2013, p. 168; *Kamerstukken II*, 2003/04, 28863, nr. 5 p. 8.

¹³² Stuurman & Wefers Bettink (red.) 2013, p. 167-168; artikel 6 Rv.

¹³³ artikel 3 Rv

¹³⁴ Stuurman & Wefers Bettink (red.) 2013, p. 168. ; artikel 6 Rv.

¹³⁵ artikel 6 Rv jo. artikel 8 lid 3 Rv

¹³⁶ Algemene Voorwaarden iTunes, "licentieovereenkomst voor eindgebruikers van gelicentieerde applicaties"; Servicevoorwaarden Google Play.

de producten die de app stores onder zich houden. De vestigingsplaats van de app stores doet hier niets aan af.

4.2 De juridische kwalificatie van een app

Tegenwoordig is een app vrijwel een gebruiksgoed geworden. De hoedanigheid van een app levert echter problemen op voor de toepassing van het wettelijk kooprecht nu deze digitaal is en uit bits en bytes bestaat, terwijl het kooprecht aan de stoffelijkheid van goederen is gekoppeld.¹³⁷

Voor een rechtstreekse toepassing van de bepalingen van Titel I Boek 7 BW op apps is het van belang dat de app als een zaak¹³⁸ of een vermogensrecht¹³⁹ kan worden gekwalificeerd. De bepalingen van Titel I Boek 7 BW kunnen ook worden toegepast, indien toepassing van het Beeldbrigade-arrest mogelijk is. In deze paragraaf zal onderzocht worden in hoeverre het leerstuk van software naar analogie een oplossing kan bieden voor apps.

4.2.1 De kwalificatie van software als een 'zaak'

Er bestaan verschillende opvattingen over de vraag of software als een zaak kan worden gekwalificeerd. Voor de kwalificatie van software als zaak is het van belang dat het om een *stoffelijk object* dat voor *menselijke beheersing vatbaar* is, gaat.¹⁴⁰

In beginsel kan betoogd worden dat software niet aan de vereisten van een zaak voldoet nu software vooral uit een verzameling van codes bestaat en deze niet zonder een feitelijke drager kan voortbestaan. Koop van software houdt in die zin in dat er een kopie wordt gemaakt van de code waarna deze code door middel van dragers of een datacommunicatieverbinding aan de verkrijger kan worden verstrekt. In een zodanige situatie is er geen sprake van een overdracht van eigendom, maar is er sprake van een overdracht van een gebruiksrecht of licentie.

Voorstanders van de verschaffing van software onder het begrip zaak menen dat er wel degelijk gronden zijn om aan te nemen dat software een zaak is. Kleve¹⁴¹ maakt bijvoorbeeld gebruik van natuurwetenschappelijke redeneringen en maakt de vergelijking met elektriciteit. Diefstal van elektriciteit is in het strafrecht immers ook strafbaar door de kwalificatie van elektriciteit als een stoffelijk object, nu elektriciteit een economische waarde heeft.¹⁴² Ook Van der Putt¹⁴³ meent dat software als een zaak kan worden gekwalificeerd. Hij stelt dat het eigendomsrecht, dat het meest centraal staat in het civiel recht, het meest omvattende recht is dat een persoon op een zaak kan hebben.¹⁴⁴ Bovendien is de stelling dat software niet als zaak kan worden gekwalificeerd in strijd met het gevoel van de gemiddelde gebruiker, nu de gebruiker

¹³⁷ Vgl. Rinzema, *Computerrecht* 2012,40.

¹³⁸ artikel 7:1 BW; Rinzema, *Computerrecht* 2012,40.

¹³⁹ artikel 7:47 BW

¹⁴⁰ artikel 3:2 BW

¹⁴¹ Kleve 2004, p. 141-143.

¹⁴² HR 23 mei 1921, NJ 1921, 564. (Elektriciteitsarrest)

¹⁴³ Van der Putt 2013, p. 23.

¹⁴⁴ artikel 5:1 BW

de verkregen software als *eigen* beschouwd.¹⁴⁵ Het eigendomsrecht heeft als gevolg dat de eigenaar de zaak mag gebruiken en opeisen.¹⁴⁶

Daarnaast is Van der Putt van oordeel dat software wel degelijk een stoffelijk object is dat voor menselijke beheersing vatbaar is. Software is een stoffelijk object, nu software uit allemaal fysieke verschijnselen bestaat die, na een bepaald traject te hebben doorlopen, resulteren in een bepaald effect. Dit is bijvoorbeeld te vergelijken met een weergave op een scherm van een materiele drager.¹⁴⁷

Van der Steur¹⁴⁸ daarentegen, is van mening dat aan het vereiste van stoffelijkheid wordt voldaan. Software dient namelijk op een drager te worden vastgelegd voordat het kan bestaan. Westerdijk¹⁴⁹ merkt in dit kader op dat bij de verkrijging van software de eigendom van de drager ook over dient te worden gedragen.

Naast de kwalificatie van een object als zaak is ook de definitie van *stoffelijkheid van een object* aan interpretatie onderhevig. De Koning e.a.¹⁵⁰ menen dat een object stoffelijk is wanneer deze aan de macht van de mens onderworpen kan worden, het een zekere waarde heeft en het volgens verkeersopvattingen als geïndividualiseerd kan worden aangemerkt.

Tegenstanders van de kwalificatie van software als zaak, zoals Franken,¹⁵¹ menen dat de plaatsing van software onder het begrip zaak niet wenselijk is, nu een zaak een uniek object betreft terwijl software meervoudig beschikbaar kan worden gesteld. Het gegeven dat de drager van software wel stoffelijk van aard is, doet niets af aan de stelling dat bij software niet van een zaak kan worden gesproken nu software tegenwoordig steeds vaker zonder drager ter beschikking wordt gesteld. Deze stelling wordt ook door Advocaat-Generaal Wuisman in de Beeldbrigade-zaak gevolgd.¹⁵² Advocaat-Generaal Wuisman constateert dat software steeds minder vaak op een drager wordt geleverd, nu consumenten steeds vaker met behulp van een key¹⁵³ zelf de software kunnen downloaden en op een eigen drager vastleggen.¹⁵⁴ De levering van software op een materiële drager is daardoor geen sterk argument ter ondersteuning van de kwalificatie van software als een zaak, aldus Advocaat-Generaal Wuisman.¹⁵⁵

4.2.2 De kwalificatie als vermogensrecht

Indien software niet als stoffelijk object kan worden aangemerkt, biedt artikel 7:47 BW wellicht een uitkomst. Op grond van dit artikel vallen vermogensrechten, voor zover in overeenstemming met de aard van het recht, onder het toepassingsbereik van de kooptitel in Boek 7. Het recht op

¹⁴⁵ Van der Putt 2013, p. 23.

¹⁴⁶ Idem.

¹⁴⁷ Idem.

¹⁴⁸ Van der Steur 2003, p. 178.

¹⁴⁹ Westerdijk diss. 1995, p. 194-195.

¹⁵⁰ Korteweg, *Juridisch Up to Date* 2011/18, p. 12 - 15.

¹⁵¹ Franken, Kaspersen & De Wild, *Recht en computer* 2004, p. 43.

¹⁵² Hoge Raad 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301, conclusie A-G.

¹⁵³ Te vergelijken met een wachtwoord.

¹⁵⁴ Electronic Software Distribution

¹⁵⁵ Hoge Raad 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301, conclusie A-G.

het gebruik van software kan als een vermogensrecht worden aangemerkt.¹⁵⁶ Ondersteuning voor deze opvatting kan bij het Hof Amsterdam en de Advocaat-Generaal worden gevonden.

Het Hof Amsterdam heeft in het hoger beroep van de Beeldbrigade-zaak¹⁵⁷ geoordeeld dat, voor zover in overeenstemming met de aard van het recht, de kooptitel in Boek 7 BW op grond van artikel 7:47 BW van toepassing kan worden verklaard, nu standaardsoftware in combinatie met een licentie als een vermogensrecht zou kunnen worden gezien. Het Hof Amsterdam lijkt waarde te hechten aan de omstandigheid dat er een recht op het vrije en duurzame gebruik wordt verworven op de software.

Ook Advocaat-Generaal Wuisman heeft in de conclusie van antwoord geopperd dat de verwerving van het recht om software tegen betaling duurzaam te gebruiken, als koop van een vermogensrecht kan worden gezien. Hierbij is het volgens de Advocaat-Generaal niet van belang op welke wijze de beschikking over de software is verkregen. De kooptitel in Boek 7 BW kan op grond van artikel 7:47 BW van toepassing worden verklaard op de koop van vermogensrechten met als gevolg dat rechtstreekse toepassing van de kooptitel mogelijk is.¹⁵⁸

In de cassatiezaak is deze redenering echter niet gevolgd.¹⁵⁹ De Hoge Raad laat, in tegenstelling tot de Advocaat-Generaal, de kwalificatie van software als een zaak los. De Hoge Raad constateert dat de wetgever de kooptitel niet enkel heeft willen betrekken op de koop van zaken, maar ook op de koop van vermogensrechten.¹⁶⁰ Hieruit kan worden afgeleid dat de Hoge Raad artikel 7:47 BW niet rechtstreeks heeft toegepast op de aanschaf van software, maar daarmee concludeert dat de kooptitel niet enkel van toepassing is op zaken. Het Hof Amsterdam daarentegen achtte de kooptitel van toepassing door, in plaats van de overeenkomst als koopovereenkomst aan te merken, het gebruik van artikel 7:47 BW.

De Hoge Raad heeft hierdoor de vraag of het recht om software te mogen gebruiken een vermogensrecht of een eigendomsrecht is onbeantwoord gelaten, nu de Hoge Raad de toepassing van artikel 7:47 BW niet expliciet heeft uitgesloten.

4.2.3 *Het Beeldbrigade-arrest*

De Hoge Raad heeft in het Beeldbrigade-arrest¹⁶¹ de toepassing van het kooprecht losgekoppeld van de kwalificatie van software als een zaak.¹⁶² In dit arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de bepalingen van het wettelijk kooprecht uit Titel I Boek 7 BW onder bepaalde voorwaarden van toepassing zijn op een licentiecontract van standaardsoftware. Er dient dan sprake te zijn van een betaalde, voor onbepaalde tijd verstrekte licentie op software. De verkrijger kan als koper van software worden aangemerkt indien hij een geïndividualiseerd object verkrijgt waarover hij

¹⁵⁶ Spoor & Verkade 1993, p. 362-363.

¹⁵⁷ Hof Amsterdam 01 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM6320

¹⁵⁸ Hoge Raad 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301, conclusie A-G.

¹⁵⁹ Hoge Raad 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301; Rinzema, *Computerrecht* 2012, 40.

¹⁶⁰ Hoge Raad 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301, r.o. 3.5.

¹⁶¹ Hoge Raad 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301.

¹⁶² Hoge Raad 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301, r.o. 3.5.

feitelijke macht heeft.¹⁶³ Deze gedachtegang van de Hoge Raad is niet buitengewoon, nu Westerdijk¹⁶⁴ in 1995 al van oordeel was dat het kooprecht van toepassing op de verstrekking van licentie op software kan worden geacht wanneer het gebruik niet gebonden is aan een tijdsbeperking.¹⁶⁵

De Hoge Raad acht de toepassing van Titel I Boek 7 BW ten slotte wenselijk, nu de rechtspositie van de consument hierdoor wordt versterkt. Of de verkrijging van software door middel van een drager geschiedt, heeft dan ook geen invloed op de toepasselijkheid van het kooprecht op software.¹⁶⁶

4.2.4 De juridische kwalificatie van een app

De bepalingen van Titel I Boek 7 BW kunnen rechtstreeks op de verkrijging van apps worden toegepast indien een app als een zaak of vermogensrecht kan worden gekwalificeerd of indien analoge toepassing van het Beeldbrigade-arrest mogelijk is.

Om een app als zaak te kunnen kwalificeren is vereist dat een app als stoffelijk object dat voor menselijke beheersing vatbaar is, kan worden aangemerkt. Voor de kwalificatie van een app als zaak is vereist dat het om een stoffelijk object gaat dat voor menselijke beheersing vatbaar is. Deze vereisten kunnen problematisch zijn voor de kwalificatie, nu een app net als software vooral uit een verzameling van codes bestaat en zonder een feitelijke drager niet kan voortbestaan.

Bij de kwalificatie van een app als zaak dient naar mijn mening niet enkel naar de stoffelijkheid en de menselijke vatbaarheid gekeken te worden. Ten eerste ben ik van mening dat de economische waarde een rol moet spelen bij de kwalificatie. Een app vertoont een economische waarde waardoor impliciet zou moeten worden aangenomen dat een app een zaak is. Ten tweede dient een app als zaak te worden gekwalificeerd, nu de verkrijger de app als *eigen* beschouwd waardoor het tegen het gevoel van de gemiddelde gebruiker indruist wanneer blijkt dat de verkregen app niet tot het eigendom behoort.

Ten derde dient te worden opgemerkt dat een app wel degelijk voor menselijke beheersing vatbaar is. Toegang tot een app is enkel mogelijk via een materiële drager. Hierdoor kan naar mijn mening impliciet worden gesproken over een app die voor menselijke beheersing vatbaar is. De stoffelijkheid van een app komt daarnaast ook tot uiting in de omstandigheid dat men macht over de app kan uitoefenen en een app een zekere economische waarde heeft. Ten slotte is een app geïndividualiseerd, nu elke gebruiker de verkregen app naar eigen inzicht en personalisatie kan gebruiken.

Voor het analoog toepassen van het Beeldbrigade-arrest op een app is allereerst vereist dat er sprake is van een standaard app. Bij de verkrijging van een app is sprake van een

¹⁶³ Neppelenbroek 2013, p. 177.

¹⁶⁴ Westerdijk diss. 1995, p. 194 -195.

¹⁶⁵ Thole diss. 1991, p. 164-168.

¹⁶⁶ Rinzema & Melis, *Computerrecht* 2013/43.

verkrijging van een standaard app, nu de ontwikkelaar eenmalig een app heeft ontwikkeld die geschikt is voor gebruik door meerdere gebruikers. De app is immers niet speciaal voor een specifieke gebruiker vervaardigd waardoor sprake van een op maat gemaakte app zou kunnen zijn. Vervolgens is vereist dat de verkrijger de app voor onbepaalde tijd mag gebruiken. Aan dit vereiste is voldaan, nu de verkrijger wat betreft het gebruik van de app niet feitelijk is beperkt.¹⁶⁷ De aanschaf van een app valt onder het toepassingsbereik van de bepalingen uit Titel I Boek 7 BW, nu een app gelijk kan worden gesteld met standaardsoftware die niet op maat is gemaakt, waarvoor is betaald en voor onbepaalde tijd mag worden gebruikt. Nader onderzoek naar de analoge toepassing blijft echter gewenst. De aanschaf in het Beeldbrigade/X-arrest kan, in tegenstelling tot een aankoop in de app store, niet als consumentenkoop worden gekwalificeerd. Naar mijn verwachting zou het verschil tussen consumentenkoop en koop in de uitoefening van bedrijf of beroep voor de toepassing op apps geen problemen moeten opleveren, nu de professionaliteit van Beeldbrigade B.V. en Huls Kamp bij de inhoudelijke behandeling van de zaak niet ter sprake kwam.

Rechtstreekse toepassing van de bepalingen van Titel I Boek 7 BW op apps is mogelijk, hetzij door de kwalificatie van een app als zaak of vermogensrecht hetzij door analoge toepassing van het Beeldbrigade-arrest. Door de toepassing van de bepalingen van de kooptitel uit Boek 7 BW verkrijgt de verkrijger het recht om de app te retourneren op grond van ontbinding, indien herstel of vervanging van de app¹⁶⁸ die niet aan de overeenkomst beantwoordt niet mogelijk is, of herroeping¹⁶⁹ op grond van artikel 7:46d BW.

4.3 De juridische kwalificatie van de overeenkomst van aanschaf

4.3.1 De overeenkomst tot koop

Een overeenkomst tot koop verbindt de verkoper tot het afgeven van een zaak en de koper om daarvoor een prijs te betalen.¹⁷⁰ Bij een overeenkomst tot koop is sprake van een wederkerige overeenkomst: iedere partij neemt een verbintenis op zich ter verkrijging van een daartegenover bedongen vordering.¹⁷¹ De totstandkoming van een overeenkomst tot koop, uitzonderingen daargelaten, geschiedt vormvrij. De overeenkomst is obligatoir, nu enkel een verbintenisrechtelijk gevolg ontstaat.¹⁷²

De implementatie van de Europese Richtlijn Consumentenrechten¹⁷³ in het Nederlandse recht maakt duidelijk dat de Nederlandse wetgever voor een andere weg kiest dan de Europese wetgever en de Hoge Raad in het Beeldbrigade-arrest.¹⁷⁴ Behoudens de artikelen 7:9; 7:11 en 7:19a BW worden de bepalingen van de kooptitel uit Boek 7 BW door middel van een nieuw

¹⁶⁷ Hierover meer in Hoofdstuk 5.3.

¹⁶⁸ artikelen 7:17 jo. 7:21 jo. 7:22 BW

¹⁶⁹ Hierover meer in Hoofdstuk 4.3.3.

¹⁷⁰ artikel 7:1 BW

¹⁷¹ artikel 6:261 BW

¹⁷² Asser/Hijma 7-I* 2013/8.

¹⁷³ Richtlijn 2011/83/EU (Europese Richtlijn Consumentenrechten)

¹⁷⁴ Hoge Raad 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301.

artikel 7:5 lid 5 BW van toepassing verklaard op digitale inhoud die niet op een materiële drager worden geleverd.

Het nieuwe artikel 7:5 BW heeft als gevolg dat de bepalingen van het consumentenrecht ook van toepassing zijn op digitale abonnementen die het recht geven op toegang tot het streamen van liedjes.¹⁷⁵ Neppelenbroek¹⁷⁶ is van mening dat de associatie van de Richtlijn met dergelijke digitale contracten onnodig en onjuist is. In de 19^e overweging van de Richtlijn is namelijk opgenomen dat de Richtlijn, in de gevallen waarin de digitale inhoud niet op een materiële drager is geleverd, niet van toepassing is. Uit deze overweging kan worden afgeleid dat de Richtlijn geen brede toepassing van het kooprecht ondersteunt.¹⁷⁷ Ook uit de bewoordingen van de Hoge Raad in het Beeldbrigade-arrest¹⁷⁸ kan worden afgeleid dat toegangscontracten, digitale abonnementen op muziek bijvoorbeeld, niet onder het toepassingsbereik van de koop vallen, nu de Hoge Raad in het Beeldbrigade-arrest aangeeft dat de digitale inhoud geïndividualiseerd moet zijn.

Naar mijn mening is het oordeel dat geen sprake van een geïndividualiseerde digitale inhoud op een materiële drager is, twijfelachtig. De toegang tot een digitaal abonnement kan alleen verkregen worden via een materiële drager. Men kan immers geen muziek beluisteren zonder een smartphone of een computer. Daarnaast is wel degelijk sprake van geïndividualiseerde digitale inhoud nu iedere gebruiker van het abonnement gebruik maakt van een persoonlijke gebruikersnaam en wachtwoord.

Neppelenbroek onderbouwt zijn standpunt, om het kooprecht niet verder uit te breiden tot de toegang tot digitale inhoud, met drie gronden.¹⁷⁹ Ten eerste is hij van oordeel dat de toegang tot digitale inhoud op één en dezelfde lijn als energieleverantie is te stellen. De manier waarop elektriciteit en gas binnenstromen, zo stroomt ook digitale inhoud binnen. Toch acht Neppelenbroek de kwalificatie van de toegang tot energieleverantie als koop gerechtvaardigd en die van digitale inhoud niet nu gas en elektriciteit een *direct* te verbruiken zaak is. Neppelenbroek meent dat dit anders is, nu het recht op de digitale inhoud gebruikt wordt maar ook hergebruikt kan worden.¹⁸⁰ Naar mijn mening is een vergelijking van een energieleverantie met een toegangscontract niet op zijn plaats. Men betaalt bij energieleverantie voor elk verbruikt kWh terwijl men bij een toegangscontract voor de toegang tot de digitale inhoud betaalt en vervolgens onbeperkt gebruik mag maken van de digitale inhoud.¹⁸¹ De wijze van het verbruik bij beide 'abonnementen' verschilt in wezen van elkaar waardoor een vergelijking van deze contracten niet terecht is. Hiermee staat echter niet vast dat het wettelijk Kooprecht niet op digitale inhoud kan worden toegepast.

¹⁷⁵ Neppelenbroek, *NJB* 2013/2014.

¹⁷⁶ Idem.

¹⁷⁷ Idem.

¹⁷⁸ Hoge Raad 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301, r.o. 3.5.

¹⁷⁹ Idem.

¹⁸⁰ Idem.

¹⁸¹ Zie bijvoorbeeld: Spotify premium abonnement

Ten tweede is Neppelenbroek van mening dat de kwalificatie als koop niet van belang is voor de toepassing van artikel 7:17 BW. De bepaling van artikel 7:17 BW is namelijk niet de enige bepaling die van belang is bij de toetsing of er voldaan is aan de overeenkomst. Ook zonder deze specifieke wettelijke bepaling dient het contract aan de normale verwachtingen te voldoen. Naar mijn mening zijn meerdere oplossingen voor een probleem geen reden om de toepassing van het kooprecht op digitale inhoud uit te sluiten.

Ten derde is Neppelenbroek van mening dat de politieke wenselijkheid om de consument te beschermen door de toepassing van de kooptitel, geen reden om de kooptitel van toepassing te verklaren op de aankoop van digitale inhoud.¹⁸² Neppelenbroek is daarnaast van mening dat het nieuwe artikel 7:5 BW te breed, onnodig en onhanteerbaar is waardoor het nieuwe artikel 7:5 BW veel problemen op kan leveren. Ook deze argumenten van Neppelenbroek houden naar mijn mening geen stand. De politieke wenselijkheid om de kooptitel van toepassing te verklaren op de aankoop van digitale inhoud, is enkel een aannname van Neppelenbroek. Daarnaast toont de Beeldbrigade-zaak¹⁸³ aan dat de kooptitel onder bepaalde voorwaarden wel van toepassing is op de aanschaf van software. Om soortgelijke geschillen in de toekomst te voorkomen, lijkt het mij verstandig om de toepasselijkheid van het kooprecht op de levering van digitale inhoud vast te leggen in de wet. Ten slotte moeten mogelijke problemen die in de toekomst kunnen ontstaan, geen reden zijn om het kooprecht van aankoop op digitale inhoud uit te sluiten.

Ik deel de mening van Neppelenbroek¹⁸⁴ dat er een duidelijke regeling ten grondslag moeten liggen om problemen te voorkomen. De argumenten die ten grondslag liggen aan zijn standpunt deel ik echter niet.

De implementatie van artikel 7:5 lid 5 BW brengt met zich mee dat de levering van digitale inhoud via een niet-materiële drager onder het kooprecht wordt gebracht en zodanig als een koopovereenkomst zou kunnen worden aangemerkt.¹⁸⁵ De Richtlijn Consumentenrechten beoogt echter een volledige harmonisatie waardoor de Nederlandse wetgever met de implementatie van artikel 7:5 lid 5 BW mogelijk een stap te ver gaat.¹⁸⁶

Uit Kamerstukken blijkt dat bepaalde politieke partijen van oordeel zijn dat het nieuwe lid 5 de suggestie wekt dat de levering van digitale inhoud, als een koopovereenkomst kan worden gekwalificeerd. Het gegeven dat de artikelen 7:9; 7:11 en 7:19a BW van toepassing worden uitgezonderd, ontkracht deze interpretatie niet. Ook het Beeldbrigade-arrest duidt erop dat de Nederlandse wetgever met de implementatie extra nationaal beleid heeft gecreëerd, nu de Hoge Raad in het arrest zich niet heeft uitgelaten over de wijze van kwalificatie van de levering van digitale inhoud op een niet-materiële drager.

¹⁸² Neppelenbroek, *NJB* 2013/2014.

¹⁸³ Hoge Raad 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301.

¹⁸⁴ Neppelenbroek, *NJB* 2013/2014.

¹⁸⁵ *Kamerstukken I*, 2013-2014, 33 520, nr. B, p. 2.

¹⁸⁶ *Kamerstukken I*, 2013-2014, 33 520, nr. B, p. 3.

De regering is echter van mening dat de implementatie van artikel 7:5 lid 5 BW niet leidt tot extra nationaal beleid.¹⁸⁷ De implementatie heeft enkel als gevolg dat bepalingen uit de kooptitel op de levering van digitale inhoud via niet-materiele dragers van toepassing worden verklaard. De levering van digitale inhoud op een niet-materiele drager kan derhalve niet als een vorm van koop worden gekwalificeerd.

Door de verschillende misvattingen over de implementatie acht ik het verstandig om in het nieuwe lid 5 expliciet te vermelden dat een zodanige overeenkomst tot levering niet als koopovereenkomst wordt aangemerkt.¹⁸⁸ Dit is naar mijn mening te vergelijken met de aanpak van de Hoge Raad in het Beeldbrigade-arrest. De wetgever verklaart hiermee de bepalingen uit de kooptitel van toepassing op de levering van digitale inhoud zonder de overeenkomst als een koopovereenkomst te kwalificeren. Het verschil tussen beide wijzen is echter gelegen in de omstandigheid dat de wetgever niet het onderscheid maakt tussen digitale inhoud die wel in tijdsduur is beperkt en digitale inhoud die niet in tijdsduur is beperkt.¹⁸⁹ Voor een juiste codificering van het Beeldbrigade-arrest in de wet zou de wetgever, naar mijn oordeel, de toegang tot digitale abonnementen in het nieuwe artikel moeten uitsluiten.

Loos¹⁹⁰ is ten slotte van mening dat de traditionele kwalificatie van een koopovereenkomst niet langer geschikt is om op een overeenkomst, die tot levering van digitale inhoud strekt, toe te passen. Ook uit artikel 7:47 BW valt af te leiden dat de traditionele kwalificatie van een koopovereenkomst achterhaald is, nu koop tevens een vermogensrecht kan zijn. Hieruit concludeert Loos dat het stoffelijke karakter van het voorwerp van de koopovereenkomst kennelijk geen reden is om het kooprecht *niet* toe te passen. Derhalve acht Loos het kooprecht geschikt om op allerlei soorten overeenkomsten toe te passen, waaronder de overeenkomst tot levering van digitale inhoud. Wel dient in beschouwing te worden genomen dat enkele bepalingen in het kooprecht aan de bijzondere aard van het voorwerp van de overeenkomst, dienen te worden aangepast.

Loos is van oordeel dat voor gratis-apps en betaalde apps dezelfde regels en maatstaven moeten gelden.¹⁹¹ Ondanks dat er geen geld wordt betaald voor de digitale inhoud, zijn specialisten van oordeel dat de rechtvaardiging moet worden gevonden in de omstandigheid dat een dergelijke levering vaak, in plaats van betaling van geld, uit een verzameling van persoonlijke gegevens van klanten of reclame bestaat. Het standpunt van Loos vindt ook steun in de omstandigheid dat een gratis app vaak geleverd wordt met reclame, terwijl tegen een kleine betaling dezelfde app beschikbaar komt zonder reclame.¹⁹² De prijs van de app kan daarom een aanwijzing zijn voor de invulling van de norm van de conformiteit nu de hoogte van de prijs de verwachtingen van de koper beïnvloedt.

¹⁸⁷ *Kamerstukken I*, 2013-2014, 33 520, nr. B, p. 2.

¹⁸⁸ *Kamerstukken I*, 2013-2014, 33 520, nr. D, p. 2.

¹⁸⁹ *Kamerstukken I*, 2013-2014, 33 520, nr. B, p. 2.

¹⁹⁰ Loos, *NTBR* 2011/81.

¹⁹¹ *Idem.*

¹⁹² *Idem.*

Terecht kan worden afgevraagd of de verkrijger van een gratis app daadwerkelijk geen schade lijdt door de onmogelijkheid tot het retourneren van een app. De verkrijger van de gratis app heeft voor het gebruik immers de benodigde persoonlijke gegevens prijsgegeven. Ik ben echter van mening dat deze 'schade' niet aan de tussenschakel of de ontwikkelaar van de app kan worden toegerekend. De verkrijger van de app heeft aan het begin van het gebruik van de app bewust de benodigde persoonlijke gegevens afgegeven om de app daadwerkelijk in gebruik te kunnen gebruiken: zonder afgifte van deze gegevens zou de app immers niet in werking kunnen treden.¹⁹³ Het besluit van de verkrijger om de gratis app vervolgens niet meer te gebruiken is een zelfstandig besluit van de verkrijger. Het *verlies* van persoonlijke gegevens moet dan ook door de verkrijger van de app worden gedragen.¹⁹⁴

4.3.2 De onbenoemde overeenkomst

De wetgever heeft in Boek 7 en Boek 7A BW bijzondere overeenkomsten opgesomd waarover wettelijke bepalingen zijn neergelegd. Deze contracten worden ook wel *benoemde overeenkomsten* genoemd. *Onbenoemde overeenkomsten* daarentegen zijn overeenkomsten die niet van een wettelijke regeling zijn voorzien: de overeenkomsten worden niet in de wet benoemd. Een onbenoemde overeenkomst is een contractsvorm waar partijen op basis van zelfregulering contracteren over maatschappelijke verschijnselen waar de wetgever zich (nog) niet over heeft willen uitlaten.¹⁹⁵ Dat veel voorkomende contracten een eigen naam hebben gekregen, betekent echter niet dat de desbetreffende overeenkomst wettelijk is geregeld.¹⁹⁶ Men kan bij onbenoemde overeenkomsten bijvoorbeeld denken aan leasing, internettoegang (ISP) of service level agreement overeenkomsten.

Op onbenoemde overeenkomsten zijn de algemene bepalingen van het vermogens- en contractenrecht van toepassing. De rechtsgevolgen vloeien, op grond van artikel 6:248 lid 1 BW, voort uit de aard van de overeenkomst, de wet, gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid.¹⁹⁷ De uitleg van een onbenoemde overeenkomst geschiedt volgens de aard en inhoud van de overeenkomst of de gevolgen die door de partijen overeen zijn gekomen.¹⁹⁸

De Hoge Raad stelt dat de overeenkomst die tot aanschaf van een licentie op standaardsoftware strekt, tegen betaling van een bepaalde prijs voor een duurzame beschikking, mogelijk als een onbenoemde overeenkomst is te benaderen. De bepalingen van benoemde overeenkomsten zijn van toepassing voor zover de inhoud en opzet van de onbenoemde overeenkomst aansluiten.¹⁹⁹ Dit vanwege de eigen specifieke aard van standaardsoftware, een onstoffelijk object. De licentieovereenkomst voor standaardcomputersoftware, die duurzaam

¹⁹³ Denk bijvoorbeeld aan Whatsapp.

¹⁹⁴ Dit is natuurlijk anders indien gegevens op een sluikse manier worden verzameld. Echter, dit onderwerp strekt zich te ver om in dit onderzoek te behandelen.

¹⁹⁵ Hinskens- van Neck & Siemerink, *MvV* 2012/3.

¹⁹⁶ *Idem*.

¹⁹⁷ Paverd (diss) 1999, p. 24; artikel 6:248 lid 1 BW.

¹⁹⁸ Wessels 2010, p. 02.

¹⁹⁹ Hoge Raad 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301, r.o. 3.8.2.

tegen een eenmalige prijs ter beschikking wordt gesteld, en de koopovereenkomst vertonen zodanige gelijkenissen waardoor analoge toepassing van de bepalingen van de benoemde overeenkomst gerechtvaardigd is.²⁰⁰

De overeenkomst die tot verkrijging van een betaalde app strekt, kan als een onbenoemde overeenkomst worden gekwalificeerd. De bepalingen van de benoemde overeenkomst zijn van toepassing, nu de verkrijger tegen betaling van een bepaalde prijs een standaard app verkrijgt en bij het gebruik niet gebonden is aan een tijdsduur waardoor analoge toepassing gerechtvaardigd is.

4.3.3 De overeenkomst op afstand

Het aanbieden van apps in een app store is te beschouwen als het op elektronische wijze aanbieden van een dienst en/of product.²⁰¹ Dit wordt ook wel *e-commerce* genoemd. Hier kunnen alle zakelijke activiteiten, die op een elektronische wijze tot stand komen, onder worden verstaan. Onder deze beschrijving vallen alle elementen van het verkooptraject: het adverteren, onderhandelen, contracteren, leveren en het betalen.²⁰² Onder *overeenkomsten op afstand* wordt verstaan: *“iedere overeenkomst die tussen handelaar en de consument wordt gesloten in het kader van een georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand zonder gelijktijdige fysieke aanwezigheid van handelaar en consumenten en waarbij, tot op en met inbegrip van het moment waarop de overeenkomst wordt gesloten, uitsluitend gebruik wordt gemaakt van een of meerdere middelen voor communicatie op afstand.”*²⁰³ Een overeenkomst die wordt gesloten in het kader van de verkrijging van een app valt onder de voorgenoemde beschrijving nu sprake is van een *verkoop* van een app op internet waarbij beide partijen fysiek niet aanwezig zijn.

4.3.3.1 Richtlijn 97/7/EG

De e-commerce Richtlijn 97/7/EG wordt met ingang van 13 juni 2014 ingetrokken.²⁰⁴ In deze paragraaf zal daarom naast de bespreking van Richtlijn 97/7/EG, zo nodig, de nieuwe richtlijn worden aangehaald.

Het herroepingsrecht bij een overeenkomst op afstand is gelegen in artikel 6 van de E-commerce richtlijn. In het Nederlands recht is het herroepingsrecht in artikel 7:46d BW uitgewerkt. De verkrijger dient bij elke overeenkomst op afstand over een termijn van *ten minste* zeven werkdagen²⁰⁵ te beschikken waarbinnen hij de overeenkomst, zonder betaling van een boete en zonder opgave van redenen, kan herroepen.²⁰⁶ Dit betekent dat de verkrijger in

²⁰⁰ Idem.

²⁰¹ Stuurman & Wefers Bettink (red.) 2013, p. 15.

²⁰² Thole & Dijkhuijzen (red.) 2001, p. 19.

²⁰³ artikel 2 sub 7 RI. Consumentenrechten (Richtlijn 2011/83/EU)

²⁰⁴ Overweging 2 & 64 RI. Consumentenrechten (Richtlijn 2011/83/EU); artikel 31 RI. Consumentenrechten

²⁰⁵ Artikel 6 RI. Consumentenrechten

²⁰⁶ In de nieuwe richtlijn zal dit een termijn van 14 dagen betreffen, zie artikel 9 e.v.

beginsel de op afstand tot stand gekomen overeenkomst binnen een termijn van ten minste zeven werkdagen kan herroepen.

Het herroepingsrecht is naar mijn mening een bijzondere vorm van ontbinding, nu het herroepingsrecht speciaal voor de overeenkomst op afstand in het leven is geroepen maar de gevolgen hetzelfde zijn. Dit betekent dat herroeping hetzelfde inhoudt als de mogelijkheid tot retournering. Dit kan ook worden afgeleid uit de Memorie van Toelichting²⁰⁷ waar het herroepingsrecht in de titels 1A en 2A van Boek 7 BW als een ontbindingsrecht wordt vormgegeven.

De app store is verplicht het aankoopbedrag terug te storten naar de verkrijger indien het herroepingsrecht wordt uitgeoefend. De verkrijger kan het herroepingsrecht niet uitoefenen indien bijvoorbeeld sprake zou zijn van een app die een duidelijk persoonlijk karakter heeft of die door de aard niet kan worden teruggezonden of waarvan de verzegeling, zoals op computerprogrammatuur, door de verkrijger is verbroken.

Een strikte toepassing van deze bepalingen zou er toe leiden dat de verkrijger van een app het herroepingsrecht probleemloos kan uitoefenen, nu bij een app geen sprake is van een verzegeling, een persoonlijk karakter of vanwege de aard van de app niet teruggezonden kan worden. Een periode van minimaal zeven werkdagen om het herroepingsrecht uit te kunnen oefenen, staat naar mijn mening niet in verhouding met de prijs en de aard van het gebruik van een app. Een verkrijger zal namelijk al binnen een gering tijdsbestek weten of de app wel of niet naar behoren en/of verwachting werkt.

Een te lange periode zou naar mijn mening in het nadeel van de app store en/of de ontwikkelaar van de app werken. Het is denkbaar dat de verkrijger binnen zeven werkdagen uitgebreid gebruik maakt van de app om vervolgens de app op de 7^e werkdag te retourneren. Ten slotte is een periode van zeven *werkdagen* naar mijn mening niet redelijk. Een periode van minimaal zeven *dagen* is naar mijn mening meer redelijk. De mogelijkheid tot retournering van een product in een fysieke winkel is immers ook niet gebonden aan werkdagen maar aan dagen.²⁰⁸ Bovendien is de verkrijger van een app niet gebonden aan openingstijden van de app store terwijl de fysieke verkrijger hier wel aan gebonden is.

Ondanks mijn bezwaar om de uitoefening van het herroepingsrecht bij de aanschaf van apps op een periode van minimaal zeven werkdagen te stellen, is het naar mijn mening ook niet de bedoeling om dit herroepingsrecht in te korten of uit te sluiten door impliciet te stellen dat een app is verzegeld of vanwege de aard van het product niet meer mag worden teruggezonden. Een inkorting van dit herroepingsrecht is wel redelijk indien hier een specifieke bepaling aan ten grondslag ligt.

In de Richtlijn Consumentenrechten²⁰⁹ is hier mogelijke een oplossing voor gevonden.²¹⁰ In de Richtlijn wordt namelijk in artikel 16 sub m het herroepingsrecht voor de levering van

²⁰⁷ *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 520 nr. 7.

²⁰⁸ Zie bijvoorbeeld: www.zara.nl

²⁰⁹ Rl. Consumentenrechten (Richtlijn 2011/83/EU)

digitale inhoud die niet op een materiële drager is geleverd uitgezonderd, als de uitvoering van de levering met uitdrukkelijk toestemming van de verkrijger is begonnen en indien de verkrijger heeft erkend dat hij zijn herroepingsrecht daarmee verliest.

Dit betekent dat de overeenkomst die tot aanschaf van een app strekt na begin van de uitvoering niet meer herroepen kan worden indien de verkrijger hier uitdrukkelijk mee heeft toegestemd en het verlies van het herroepingsrecht heeft erkend. Deze erkenning kan in de overeenkomst die tot aanschaf van de app strekt worden opgenomen, hetzij door een bepaling in de overeenkomst zelf, hetzij door een bepaling in de algemene voorwaarden.

²¹⁰ De vraag of dit een gewenste oplossing is voor het gesignaleerde probleem zal niet in dit onderzoek behandeld worden.

Hoofdstuk 5 Andere wijzen van verkrijging

5.1 Inleiding

*'Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben.'*²¹¹ Het meest omvattende recht heeft als gevolg dat de eigenaar het eigendomsrecht van een zaak kan overdragen. Op grond van artikel 3:83 lid 1 BW is het mogelijk om het eigendomsrecht van een zaak over te dragen aan een derde verkrijger. Daarnaast is de eigenaar vrij om een zaak te schenken²¹² of in de vorm van een gift²¹³ aan een derde verkrijger weg te geven.

Momenteel is het in de app stores echter niet mogelijk om een app door te verkopen of weg te geven aan een derde verkrijger. In hoeverre dient het mogelijk te worden gemaakt om een app weg te geven of door te verkopen? In het verlengde hiervan rijst de vraag in hoeverre het recht op retour, bij anderen wijzen van verkrijging, meegaan naar de derde verkrijger. In dit hoofdstuk zal worden getracht hier een antwoord op te geven.

5.2 Tweedehandse verkoop

Het doorverkopen van een traditionele zaak, bijvoorbeeld een auto of een boek²¹⁴, is mogelijk nu de eigenaar het meest omvattende recht, het eigendom, op de zaak heeft.²¹⁵ Voor een geldige overdracht van de gebruikte zaak zijn een geldige titel, beschikkingsbevoegdheid en een leveringshandeling vereist.²¹⁶

De rechthebbende van een intellectueel eigendomsrecht kan de verdere verschaffing van het product verbieden. Dit geldt niet indien het product met toestemming van de rechthebbende van het intellectueel eigendomsrecht op de markt is gebracht.²¹⁷ De rechthebbende kan in dat geval zijn rechten niet meer te gelde maken: dit wordt ook wel uitputting genoemd. Deze regeling is bijvoorbeeld terug te vinden in artikel 2.23 lid 3 BVIE waarin is opgenomen dat het recht om zich te verzetten niet geldt wanneer de waren door de houder of met diens *toestemming* in de Europese Economische ruimte²¹⁸ in het verkeer zijn gebracht. Hieruit kan worden afgeleid dat de uitputtingsregeling enkel werking heeft binnen de Europese Economische ruimte. Een uitzondering op deze regeling is mogelijk wanneer van een verslechtering of wijziging in de producten, nadat die in het verkeer zijn gebracht, kan worden gesproken.

De toepassing van de uitputtingsregeling kan problematisch zijn, nu de kwalificatie van een app als zaak discutabel is. Deze kwestie is, in het kader van software, in de zaak *UsedSoft vs. Oracle*²¹⁹ aan de orde geweest. In dit arrest stond de vraag, of bepalingen betreffende

²¹¹ artikel 5:1 BW

²¹² artikel 7:175 BW

²¹³ artikel 7:186 BW

²¹⁴ Hier spelen de auteursrechten mogelijk nog een rol.

²¹⁵ artikel 5:1 BW jo. artikel 3:84 lid 1 BW.

²¹⁶ artikel 3:84 BW

²¹⁷ Van der Kooij e.a. 2010, p. 92.

²¹⁸ EER: alle landen van de Europese Unie, Liechtenstein, Noorwegen en IJsland.

²¹⁹ HvJ C-128/11 (*UsedSoft GmbH v Oracle International Corp*)

verkrijging van lichamelijke zaken door een derde verkrijger ook van toepassing zijn op software, centraal.

5.2.1 *UsedSoft arrest: uitputtingsregeling*

In softwarecontracten wordt meestal een bepaling opgenomen die de overdraagbaarheid van licentie uitsluit.²²⁰ Het arrest *UsedSoft*²²¹ van het Hof van Justitie lijkt echter verandering in de betekenis van zulke bepalingen te hebben gebracht. In dit arrest wordt de *uitputtingsleer* in het kader van software nader uitgewerkt. De feiten in dit arrest zijn als volgt: UsedSoft verhandelt tweedehands software, hieronder valt ook databanksoftware van Oracle dat via een download wordt verkregen. Afnemers van deze databanksoftware verkrijgen na betaling aan Oracle een gebruik voor onbepaalde tijd op de software voor een beperkt aantal gebruikers. De overdraagbaarheid wordt in de licentieovereenkomst uitgesloten.²²² Oracle stelt dat UsedSoft op grond van de bepaling in de licentieovereenkomst niet gerechtigd is tot het door verhandelen van tweedehandslicenties. UsedSoft beroept zich op de uitputtingsregeling en stelt dat zij gerechtigd is om derden eigenaar te maken van de tweedehandse software.²²³

Voor een beroep op de uitputtingsregel is vereist dat van een *koopovereenkomst*, zoals bedoeld in artikel 4 lid 2 Softwarerichtlijn, sprake is. De uitputtingsregeling kan namelijk alleen bij een *eerste verkoop* worden toegepast. Het begrip *eerste verkoop* dient naar Europese maatstaven worden uitgelegd. Het Hof oordeelt dat er sprake is van een koopovereenkomst, nu de verschaffing van de kopie van de software en de licentieovereenkomst als een verweven overeenkomst dienen worden gezien die de overdracht van het eigendomsrecht van de kopie impliceert.²²⁴ Er is sprake van verweven overeenkomst indien de licentie en de overdracht van de kopie, tegen een prijs, voor onbepaalde tijd wordt afgegeven. Het Hof is van oordeel dat in zulke gevallen sprake is van een *geïmpliceerde eigendomsoverdracht*.²²⁵ Het Hof concludeert dat de verkrijger op deze wijze een definitief gebruiksrecht heeft verkregen waardoor sprake is van een geïmpliceerde eigendomsoverdracht.²²⁶

De omstandigheid dat de kopie van de software niet fysiek is aangeschaft doet niet af aan de toepassing van de uitputtingsregel. Het Hof is van oordeel dat distributie ook plaats kan vinden door middel van een verschaffing via een download. Distributie dient op een wijze plaats te vinden die functioneel gelijkwaardig is aan de distributie via dragers, dit betekent dat distributie door middel van een download geoorloofd is.²²⁷ Voor een verschaffing van software naar de derde verkrijger is wel vereist dat de eerste verkrijger de software volledig verwijderd heeft alvorens de derde verkrijger de kopie mag gebruiken: een verkregen licentie voor gebruik van

²²⁰ Van der Putt 2006, p. 26.

²²¹ HvJ C-128/11 (*UsedSoft GmbH v Oracle International Corp*)

²²² HvJ C-128/11 (*UsedSoft GmbH v Oracle International Corp*), r.o. 23.

²²³ Neppelenbroek 2013, p.174-175.

²²⁴ Neppelenbroek 2013, p. 174-175; HvJ C-128/11 (*UsedSoft GmbH v Oracle International Corp*) r.o. 40 – 46.

²²⁵ Neppelenbroek 2013, p. 180-181.

²²⁶ Neppelenbroek 2013, p. 181.

²²⁷ HvJ C-128/11 (*UsedSoft GmbH v Oracle International Corp*) r.o. 61.

software mag immers niet in stukken worden opgedeeld.²²⁸ De leverancier van de software dient, om te voorkomen dat de eerste verkrijger alsnog onrechtmatig gebruik maakt van de software na verschaffing aan de derde verkrijger, hiervoor zelf maatregelen te treffen.²²⁹

Het Hof heeft in dit arrest geoordeeld dat software onder bepaalde voorwaarden mag worden doorverkocht.²³⁰ De derde verkrijger wordt hierdoor een *rechtmatige* verkrijger. Een doorverkoopverbod dat door de leverancier in het oorspronkelijke softwarecontract wordt opgenomen doet hier niets aan af. Ook een kwalificatie door betrokken partijen als een onoverdraagbare licentieverhouding zal geen verschil maken, aldus Drion.²³¹

Software die voor een beperkte tijdsduur worden afgegeven vallen niet onder het toepassingsbereik van het UsedSoft-arrest. Dit heeft als gevolg dat de doorverkoop van deze software wel degelijk contractueel kan worden uitgesloten, nu de uitputtingsregel hier niet van toepassing is.²³²

5.2.2 Tweedehands verkoop van apps

Het verder verschaffen van een app aan een derde verkrijger is geldig indien sprake is van een geldige titel, beschikkingsbevoegdheid en een leveringshandeling.²³³ In de algemene voorwaarden van Google Play en de App Store zijn echter bepalingen opgenomen die de verdere verschaffing van een app verbieden:

Google Play:

*“U gaat ermee akkoord het volgende zelf niet te doen en derden niet toe te staan het volgende te doen: (i) de Producten kopiëren, verkopen, licentieren, distribueren, overzetten, wijzigen, aanpassen, vertalen, hiervan afgeleide werken maken, decompileren, onderwerpen aan reverse engineering, demonteren of anderszins proberen de broncode van de Producten te achterhalen, tenzij dit nadrukkelijk aan u is toegestaan op basis van toepasselijk dwingend recht”*²³⁴

iTunes:

*“U stemt ermee in dat u de Externe Diensten op geen enkele wijze zult wijzigen, verhuren, leasen, uitleenen, verkopen of distribueren(...)”*²³⁵

Het verbod kan echter niet te gelde worden gemaakt indien de app met toestemming van de ontwikkelaar op de markt, binnen EER-grondgebied, is gebracht. In beginsel is de uitputtingsregeling van toepassing nu geen verslechtering of wijziging in de app plaatsvindt. Om naar analogie een beroep te kunnen doen op de uitputtingsregeling is ook vereist dat er sprake is

²²⁸ HvJ C-128/11 (UsedSoft GmbH v Oracle International Corp) r.o. 69.

²²⁹ HvJ C-128/11 (UsedSoft GmbH v Oracle International Corp) r.o. 79.

²³⁰ HvJ C-128/11 (UsedSoft GmbH v Oracle International Corp) r.o. 77.

²³¹ Van der Putt 2013, p. 27.

²³² Van der Putt 2013, p. 27.

²³³ Artikel 3:84 BW

²³⁴ Servicevoorwaarden Google Play.

²³⁵ Algemene Voorwaarden iTunes, sub C, “Gebruik van producten en stores”.

van een koopovereenkomst. De licentieverlening kan als een koopovereenkomst worden aangemerkt indien de licentie voor een onbepaalde tijd wordt afgegeven.

Uit de algemene voorwaarden van iTunes kan niet worden afgeleid dat de afgegeven licentie voor een betaalde app voor beperkte duur is. Hieruit kan geconcludeerd worden dat de verkrijger voor een onbepaalde tijd gebruik kan maken van de app. Google Play daarentegen stelt in haar algemene voorwaarden vast dat de verkrijger een *beperkte duur* van de betaalde app gebruik kan maken, namelijk de door de verkrijger geselecteerde duur. De beperkte tijdsduur komt echter niet tot uiting in de praktijk. De verkrijger behoeft bij de totstandkoming van de koopovereenkomst nergens aan te geven hoe lang hij gebruik wil maken van de app. De licentieovereenkomsten van iTunes en Google Play kunnen naar mijn mening dan ook als koopovereenkomsten worden gezien. Een verbod tot het doorverkopen of de onmogelijkheid om een app door te verkopen zou naar analogie in strijd zijn met de wet.

Uit het UsedSoft-arrest kan worden afgeleid dat distributie via een download tijdens de eerstehandse verschaffing voldoende is voor toepassing van de uitputtingsregels. Derhalve is de uitputtingsregel ook van toepassing op de doorverschaffing van een app aan de derde verkrijger: de derde verkrijger verkrijgt een rechtmatig eigendomsrecht op de app. De contractuele bepalingen die de overdraagbaarheid uitsluiten, doen niets af aan het recht om een app door te verschaffen aan een derde verkrijger.

De rechtmatigheid van de verkrijging door de derde verkrijger, betekent niet dat het herroepingsrecht meegaat naar de derde verkrijger. Het herroepingsrecht is, naar mijn mening, niet toebehorend aan een goed, zoals bedoeld in artikel 6:251 BW. Enkel de eigenaar die onder bijzondere titel van de verkoper het product verkrijgt, heeft een belang bij dit herroepingsrecht. Bovendien zou het uitoefenen van het herroepingsrecht door de derde verkrijger niet redelijk zijn, nu het herroepingsrecht enkel van belang is in de relatie tussen de eerste verkrijger en de verkoper. De verkoper dient de eerste verkrijger namelijk de kans te bieden om het product bijvoorbeeld uit te proberen. Het recht om een app te retourneren indien de app niet aan de overeenkomst beantwoordt gaat echter wel mee naar de derde verkrijger, nu dit recht wel aan een goed toebehoort.

Geconcludeerd kan worden dat het doorverkoopverbod van apps en de onmogelijkheid om een app door te verkopen naar analogie in strijd zijn met de wet.

5.3 De verkrijging van een app 'om niet'

Het is denkbaar dat de eerste verkrijger een aangeschafte app weg wil geven aan een derde omdat de app bijvoorbeeld niet aan zijn verwachtingen voldoet.

Onder het meest omvattende recht, zoals bedoeld in artikel 5:1 BW, kan het recht om het eigendomsrecht over te dragen zonder dat er een tegenprestatie tegenover staat, worden

verstaan.²³⁶ Schenking of gift²³⁷ strekt zich uit tot de overdracht van zaken of vermogensrechten.²³⁸ Naast de schenking²³⁹ of de gift²⁴⁰, die de titel vormt, zijn ook de gebruikelijke vereisten voor overdracht, beschikkingsbevoegdheid en de levering, vereist voor een geldige overdracht.

Om succesvol een app te kunnen schenken is vereist dat de oorspronkelijke eigenaar de bedoeling heeft om de begunstigde van de schenking te bevoordelen door de app, uit zijn eigen vermogen, aan de begunstigde te geven en daarmee ook daadwerkelijk te verrijken.²⁴¹ De schenking van een app komt tot stand als de begunstigde het aanbod van schenking aanvaardt waardoor een schenkingsovereenkomst tot stand komt.

De eerste verkrijger kan een app ook weggeven door middel van de gift. Er kan van een gift worden gesproken indien de schenker de ontvanger begunstigt met een handeling die een bevoordelingsbedoeling bevat. In tegenstelling tot schenking behoeft een gift niet 'om niet' te worden gedaan.²⁴²

Naar mijn mening kan, afhankelijk van de bereidheid van partijen om een overeenkomst op te stellen, gekozen worden om een app als schenking of als een gift weg te geven. Het lijkt mij het meest waarschijnlijk dat een app als gift wordt weggegeven, nu ik het zeer onwaarschijnlijk acht dat de eerste verkrijger en de begunstigde bereid zijn om, voor een goedkope app, een overeenkomst op te maken. Dit kan anders zijn indien de eigenaar zich voorneemt om een app van €899,99 weg te geven aan een derde verkrijger. In dat geval zouden de bepalingen van schenking naar mijn oordeel meer aansluiten op de situatie. Er dient dan wel rekening te worden gehouden met de omstandigheid dat het werkelijk om het *weggeven* van een app gaat zonder dat daar een tegenprestatie tegenover staat. De schenker dient bovendien, naar mijn mening, het geschonken goed onbruikbaar te maken op zijn eigen apparaat,²⁴³ nu anders de bepalingen die betrekking hebben op doorverkoop omzeild worden.

De begunstigde dient ten slotte rekening te houden met het gegeven dat de bepalingen uit de kooptitel van Boek 7 BW niet van toepassing zijn op de weggegeven zaak.²⁴⁴ De rechtvaardiging hiervan kan gevonden worden in het feit dat de begunstigde verrijkt wordt door de schenking of gift en daardoor weinig recht heeft om te klagen. Naar mijn mening kan deze regel ook worden doorgetrokken naar het herroepingsrecht waardoor, bij een verkrijging om niet, de derde verkrijger geen beroep kan doen op het herroepingsrecht.

²³⁶ Voor de toepassing van deze paragraaf wordt er van uitgegaan dat een app als zaak of vermogensrecht kan worden gekwalificeerd.

²³⁷ De samenhangende vraagstukken met schenking/gift in het familierecht en erfrecht zullen buiten beschouwing worden gelaten.

²³⁸ Wessels 2010, p. 89.

²³⁹ artikel 7:175 BW

²⁴⁰ artikel 7:186 BW

²⁴¹ artikel 7:175 BW; Wessels 2010, p. 90.

²⁴² artikel 7:186 BW

²⁴³ Dit is met het vereiste uit het UsedSoft-arrest te vergelijken.

²⁴⁴ Wessels 2010, p. 103.

Hoofdstuk 6 Conclusie en aanbevelingen

6.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is op het huidige teruggavebeleid bij de aanschaf van een app en de positie van de app store en de ontwikkelaar ingegaan. Vervolgens is de juridische kwalificatie van de app en de overeenkomst tot aanschaf onderzocht. Tot slot zijn andere mogelijke wijzen van verkrijging en het recht op retournering met betrekking tot deze andere wijzen van verkrijging behandeld. De onderzoeksvraag van dit onderzoek luidt als volgt:

“Wat is bij een consumentenverkrijging van apps de juridische positie van de verkrijger met betrekking tot retournering?”

In dit hoofdstuk zal de onderzoeksvraag beantwoord worden door op de contractspartij van de verkrijger in te gaan. Vervolgens zal aan de hand van de kwalificatie van een app en de kwalificatie van de overeenkomst tot aanschaf de rechten van de verkrijger uit een worden gezet.

6.2 Conclusie en aanbevelingen

Voor de beantwoording van de onderzoeksvraag is het van belang om de toepasselijke bepalingen te verduidelijken. De toepassing van de bepalingen van Titel I Boek 7 BW, op de verkrijging van een app, kan op verschillende wijzen worden bewerkstelligd. Indien de overeenkomst tot verkrijging van een app als een koopovereenkomst kan worden gekwalificeerd, is rechtstreekse toepassing van Titel I Boek 7 BW mogelijk. Voor een rechtstreekse toepassing is echter vereist dat een app als zaak of als vermogensrecht kan worden gekwalificeerd

Bij de kwalificatie van een app als zaak is het van belang dat het om een stoffelijk object dat voor menselijke beheersing vatbaar is, gaat. Bij de kwalificatie dient naar mijn mening niet enkel naar de stoffelijkheid en de menselijke vatbaarheid te worden gekeken. De economische waarde van de app en het gevoel van de gemiddelde gebruiker dienen naar mening meegenomen worden bij de kwalificatie van een app als zaak. Daarnaast is een app wel degelijk voor menselijke beheersing vatbaar, nu toegang tot een app enkel via een materiële drager mogelijk is. Ook de stoffelijkheid van een app komt tot uiting in de omstandigheid dat men macht over de app kan uitoefenen. Ten slotte is een app geïndividualiseerd, nu elke gebruiker een app naar eigen inzicht en personalisatie kan verbruiken. Derhalve kunnen de bepalingen van Titel I Boek 7 BW, door de kwalificatie van een app als zaak, van toepassing worden verklaard op de verkrijging van een app.

Ten tweede kan het recht om tegen betaling een app duurzaam te gebruiken als een vermogensrecht worden gekwalificeerd. De Hoge Raad heeft in de Beeldbrigade-zaak de mogelijkheid, om het gebruik van software als een vermogensrecht te kwalificeren, opengelaten waardoor de analoge kwalificatie van het recht op het gebruik van een app als vermogensrecht

mogelijk is. Dit heeft als gevolg dat de bepalingen van Titel I Boek 7 BW, voor zover in overeenstemming met de aard van het recht, van toepassing kunnen worden verklaard op het gebruik van een app.

Indien rechtstreekse toepassing van Titel I Boek 7 BW niet mogelijk is, kan er aansluiting worden gevonden bij het Beeldbrigade-arrest. De bepalingen van Titel I Boek 7 BW kunnen, op grond van het Beeldbrigade-arrest, van toepassing worden geacht op de verkrijging van een app, nu de verkrijger een niet in tijdsduur beperkt recht op gebruik op een standaard app dat geïndividualiseerd is en waar hij feitelijke macht over kan uitoefenen, verkrijgt.

Op basis van het bovenstaande kan er worden geconcludeerd dat de verkrijger hetzij door een rechtstreekse toepassing hetzij door een analoge toepassing van het Beeldbrigade-arrest, in geval de app niet aan de overeenkomst beantwoordt, de app kan retourneren.

De Europese Richtlijn Consumentenrechten kan echter problematisch zijn. De Nederlandse wetgever kiest bij de implementatie van deze richtlijn voor een andere weg dan de Europese wetgever en de Hoge Raad in het Beeldbrigade-arrest. Het nieuwe artikel 7:5 lid 5 BW heeft als gevolg dat de bepalingen van Titel 1 Boek 7 BW rechtstreeks van toepassing worden verklaard op de verkrijging van digitale inhoud. De vraag die hierdoor ontstaat, is of de Nederlandse wetgever hiermee niet een stapje te ver gaat. Ik ben van mening dat er een duidelijke regeling ten grondslag aan de toepassingsverklaring van Titel I Boek 7 BW moet liggen. De implementatie van artikel 7:5 lid 5 BW heeft verschillende misvattingen doen ontstaan omtrent de kwalificatie van de levering van digitale inhoud op een niet-materiële drager. De belangrijkste misvattingen hebben betrekking op de kwalificatie van de levering van digitale inhoud op een niet-materiële drager als een koopovereenkomst de toepassing van Titel 1 Boek 7 BW op streaming-contracten. De regering heeft met de implementatie echter niet willen bereiken een levering van digitale inhoud op een niet materiële drager als een koopovereenkomst aan te merken. Daarnaast dient de toepassing van Titel 1 Boek 7 uitgesloten te worden van streaming-contracten, nu de abonnee geen onbeperkt recht op gebruik verkrijgt. Derhalve ben ik van mening dat de regering in het nieuwe lid 5 de toepassing op streaming-contracten uit te sluiten en te vermelden dat de levering van digitale inhoud op een niet-materiële drager niet als een koopovereenkomst wordt aangemerkt.

De verkrijger heeft naast het recht op retournering uit Titel 1 Boek 7 BW ook een herroepingsrecht op grond van de e-commerce richtlijn. Dit herroepingsrecht bij een overeenkomst op afstand heeft als gevolg dat de verkrijger de overeenkomst tot verkrijging van een app, binnen zeven werkdagen na verkrijging, kan herroepen zonder opgave van reden. De verkrijger kan op basis hiervan een app retourneren wanneer de retournering van de app niet onder Titel 1 Boek 7 BW valt. De nieuwe richtlijn Consumentenrechten zal hier echter verandering inbrengen, nu het herroepingsrecht wordt uitgesloten voor digitale inhoud waarvan de levering, met toestemming van de verkrijger en uitdrukkelijke erkenning van de verkrijger om afstand van het herroepingsrecht te doen, begint. De verkrijger van een app in Nederland kan

echter opgelucht blijven ademen, nu de Nederlandse wetgever door het nieuwe artikel 7:5 BW de bepalingen van Titel I Boek 7 BW van toepassing blijft achten op de verkrijging van apps.

De verkrijger bij Google Play dient voor de uitoefening van zijn rechten de ontwikkelaar van de app aan te spreken, nu Google Play op grond van de agentuurovereenkomst geen contractspartij van de verkrijger is. Indien de verkrijger er toch voor kiest om Google Play aan te spreken, kan de verkrijger er voor kiezen om een beroep te doen op het buiten toepassing laten van de algemene voorwaarden van Google Play. De verkrijger bij App Store daarentegen kan de app store wel aanspreken, nu App Store op grond van indirect licensing bij de verkrijging van de app contractspartij van de verkrijger is geworden.

De app stores dienen voor een goede toepassing van het Nederlandse consumentenrecht het retourneringsbeleid in hun algemene voorwaarden aan te passen. Bij de aanpassing van de algemene voorwaarden dient naar mijn oordeel, naast de belangen van de verkrijger, ook de belangen van de ontwikkelaar en de app store in beschouwing worden genomen. Derhalve behoeft de toepassing van het herroepingsrecht in hun algemene voorwaarden niet zover te gaan dat de verkrijger recht heeft op herroeping binnen zeven werkdagen na aanschaf. Naast de inhoudelijke aanpassing van de algemene voorwaarden van de app stores, is het ook van belang dat de app stores hun van de terbeschikkingstelling van de algemene voorwaarden veranderen zodat de algemene voorwaarden van toepassing kunnen worden geacht.

Ten slotte dienen de app stores het mogelijk te maken om een verkregen app door te verkopen of weg te geven. De verkrijger heeft namelijk op grond van het UsedSoft-arrest het recht om de verkregen app aan een derde verkrijger door te verkopen. Voor de derde verkrijger betekent dit echter niet dat het herroepingsrecht meegaat bij de verkrijging. Derhalve zijn de app stores verplicht om de mogelijkheden, om een app door te verkopen of weg te geven, te faciliteren.

De verkrijger van een app heeft recht op retournering van de app indien de app niet aan de overeenkomst voldoet of wanneer het herroepingsrecht wordt uitgeoefend. Bij de toepassing hiervan is het echter van groot belang dat er een balans wordt gevonden tussen het belang van de verkrijger om de koopovereenkomst te kunnen herroepen of te ontbinden, en de commerciële belangen van de ontwikkelaar en/of de app store. Dit onderzoek toont echter aan dat deze belangen, met toepassing van het huidige retourneringsbeleid van app stores, niet worden gerealiseerd.

Literatuuroverzicht

Boeken

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III*. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Hijma 7-1* 2013

J. Hijma, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten Deel I*. Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2013.

Franken, Kaspersen & De Wild 2004

H. Franken, H.W.K. Kaspersen & A.H. de Wild (Eds.), *Recht en Computer*, Deventer: Kluwer 2004.

Kleve 2004

P. Kleve, *Juridische iconen in het informatietijdperk*, Deventer: Kluwer 2004.

Van der Kooij & Mulder 2010

P. van der Kooij & S.J.A. Mulder, *Hoofdzaken intellectueel eigendom*, Deventer: Kluwer 2010.

Mulder & Mendel 2000

S.J.A. Mulder & M.M. Mendel, *Hoofdzaken waardepapieren en tussenpersonen*, Deventer: Kluwer 2000.

Neppelenbroek 2013

E.D.C. Neppelenbroek, *Softwarebetrekkingen. De auteur, de verkrijger en hun vermogensrechtelijke positie jegens derden* (diss. Universiteit van Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Van de Paverd 1999

C.A.M. van de Paverd, *De opzegging van distributieovereenkomsten* (diss. Vrije Universiteit Amsterdam), Deventer: Kluwer 1999.

Van der Putt 2013

P. van der Putt, *Distributie van software*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

Spoor & Verkade 1993

J.H. Spoor & D.W.F. Verkade, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 1993.

Van der Steur 2003

J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten* (diss. Universiteit Leiden), Deventer: Kluwer 2003.

Struik, Van Schelven & Hoorneman 2010

H. Struik, P.C. van Schelven & W.A.J. Hoorneman, *Softwarerecht, bescherming en gebruik van computerprogrammatuur onder auteursrecht*, (Recht en Praktijk, deel ICT2): Deventer: Kluwer 2010.

Stuurman & Wefers Bettink (red.) 2013

C. Stuurman & H.W. Bettink, *Elektronisch contracteren*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

T&C 2013

Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, Boek 6.

Thole 1991

E.P.M. Thole, *Software, een 'novum' in het vermogensrecht* (diss. Universiteit Utrecht), Deventer: Kluwer 1991.

Thole & Dekhuijzen 2001

E. Thole & A. Dekhuijzen, *50 Vragen over e-commerce*, Deventer: Kluwer 2001.

Wessels & Verheij (red.) 2010

B. Wessels & A.J. Verheij (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2010.

Westerdijk 1995

R. Westerdijk, *Produktaansprakelijkheid voor software: beschouwingen over de aansprakelijkheid voor informatieprodukten* (diss. Vrije Universiteit Amsterdam), Deventer: Kluwer 1995.

Tijdschriften

R.E. van Esch & Chr. P.G. Bramer, 'Algemene voorwaarden en informatieplicht in cyberspace', *CR* 2000, p. 286.

M.E. Hinskens- van Neck & L.A.R. Siemerink, 'Gemengde overeenkomsten de betekenis van art. 6:215 BW artikel in de praktijk: kwalificatie van overeenkomsten', *MvV* 2012/3.

D. Korteweg, 'De vermogensrechtelijke status van digitale gegevens', *Juridisch Up to Date* 2011/18, p. 12 - 15.

M.B.M. Loos, 'Overeenkomsten tot levering van digitale inhoud', *NTBR* 2011/81.

E.D.C. Neppelenbroek, 'Stop het consumentenrecht voor digitale inhoud!', *NJB* 2013/2014.

Rinzema, 'Kwaliteit en software: een goede zaak', *Computerrecht* 2012,40.

W.F.R. Rinzema & F.B. Melis, 'Wat betekent het kooprecht voor zakelijke softwarelicenties?', *Computerrecht* 2013/43.

R. Rinzema, 'Pleidooi voor het kopen van standaardsoftware', *NJB* 2012/1601.

R.A.F. Willems, 'Het hanteren van algemene voorwaarden: werk aan de webwinkel', *Contracteren* 2013/2.

Elektronische bronnen

Google Play

Google Play, 'Betaalde apps en games retourneren', support.google.com/googleplay/answer/134336?hl=nl, geraadpleegd op 08 oktober 2013.

Google Play, 'Gratis en betaalde Android apps downloaden', support.google.com/googleplay/answer/1061913?hl=nl, geraadpleegd op 08 oktober 2013.

Google Play, 'Monetizing', developer.android.com/distribute/googleplay/about/monetizing.html, geraadpleegd op 02 december 2013.

Google Play, 'Beleid voor in-app-aankopen', support.google.com/googleplay/answer/1061913?hl=nl, geraadpleegd op 16 januari 2014.

Google Play, 'Beleid inzake teruggave', support.google.com/googleplay/answer/134336?hl=nl, geraadpleegd op 16 januari 2014.

Google Play, 'Aankopen annuleren', support.google.com/googleplay, geraadpleegd op 20 januari 2014.

Google Play, 'Prijzen en ondersteunde valuta's', support.google.com/googleplay/android-developer/answer/138412?hl=nl, geraadpleegd op 21 januari 2014

Servicevoorwaarden Google Play

App Store

Apple, 'Other apps', www.apple.com/support/ios/other/, geraadpleegd op 29 oktober 2013.

Apple, 'Algemene voorwaarden, sectie C, Afwijzing van garanties; beperking van aansprakelijkheid, sub a lid i en ii', www.apple.com/legal/itunes/benl/terms.html, geraadpleegd op 21 januari 2014.

Algemene Voorwaarden iTunes, versie 18 september 2013.

Overige

Consumentenbond. www.consumentenbond.nl, (zoek op: wat is een app store)

Distimo, www.distimo.com/app-analytics, geraadpleegd op 16 december 2013.

A. Engelfriet, 'We gaan weer eens wat algemene voorwaarden afkraken', blog.iusmentis.com (zoek op: algemene voorwaarden), geraadpleegd op 16 januari 2014.

C. van Hoek, 'Meer Nederlanders hebben smartphone dan desktop', www.nu.nl/tech/3653153/meer-nederlanders-hebben-smartphone-dan-desktop.html, geraadpleegd op 16 december 2013.

C. van Hoek, 'Ouderen massaal aan tablet en smartphone', www.nu.nl/tech/3505785/ouderen-massaal-tablet-en-smartphone.html, geraadpleegd op 24 september 2013.

howto.cnet.com, 'Request refunds for Google play apps after grace periods ends', geraadpleegd op 03 januari 2014.

J. Kraan, 'Dit jaar meer dan 100 miljard app downloads', www.nu.nl/tech/3579724/dit-jaar-meer-dan-100-miljard-app-downloads.html, geraadpleegd op 16 december 2013.

iPhoneclub, 'Geld terugvragen (refund) in de App Store', www.iphoneclub.nl/

iPhoneclub, 'Apple voegt nieuw prijsniveau 99 cent toe aan Europese App Stores', www.iphoneclub.nl/264445/apple-voegt-nieuw-prijsniveau-99-cent-toe-aan-europese-app-stores, geraadpleegd op 03 januari 2014.

iPhoneclub, 'Aankopen vanuit apps doen', www.iphoneclub.nl/iphone-tips/software/aankopen-vanuit-apps-in-app-aankopen, geraadpleegd op 02 januari 2014.

Van Dale, www.vandale.nl, (zoek op: app)

Jurisprudentie

HR 23 mei 1921, NJ 1921, 564. (Elektriciteitsarrest)

Hof Amsterdam 01 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM6320

Hoge Raad 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7108.

Hoge Raad 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301. (Beeldbrigade)

HvJ C-128/11, 3 juli 2012. (UsedSoft GmbH v Oracle International Corp)

Kamerstukken

Kamerstukken I, 2003/04, 28 197, nr. C.

Kamerstukken II, 2003/04, 28863, nr. 5.

Kamerstukken II, 2012/13, 33 520 nr. 3 & 7.

Kamerstukken I, 2013-2014, 33 520, nr. B.

Kamerstukken I, 2013-2014, 33 520, nr. D.

Wetgeving

Richtlijn 97/7/EG (Richtlijn Koop op afstand)

Richtlijn 2000/31/EG (Richtlijn Elektronische handel)

Richtlijn 2002/65/EG (Richtlijn Verkoop op afstand van financiële diensten)

Richtlijn 2011/83/EU (Richtlijn Consumentenrechten)

Bijlagen

Bijlage I



Bijlage II



Bijlage III

	Bon
Factuur aan:	
	Bestelling-ID: 
	Ontvangstdatum: 07-11-13
	Totaal bestelling: 17,99 €
	Factuur aan: 

Artikel	Ontwikkelaar	Type	Unitprijs
Traktor DJ, v1.3.1 (4+) Schrijf een recensie een probleem	NATIVE Meld INSTRUMENTS GMBH	iOS App	17,99 €
Totaal bestelling:			17,99 €

Bewaar voor uw archief
Raadpleeg de algemene voorwaarden voor deze bestelling
hieronder

iTunes Store

U kunt de verkoopvoorwaarden en het verkoopbeleid van
de iTunes Store bekijken door iTunes op te starten en te
klikken op [Verkoopvoorwaarden of verkoopbeleid](#)

Antwoorden op veelgestelde vragen over de iTunes Store
kunt u vinden
op <http://www.apple.com/nl/support/itunes/store/>

[Apple ID-overzicht](#) • [Aankoopgeschiedenis](#)

Apple respecteert uw privacy
Informatie over uw persoonlijke gegevens kunt u bekijken
op <https://www.apple.com/nl/privacy/>

Bijlage IV



Hartelijk dank.

U heeft een aankoop gedaan bij mSeven Software LLC via Google Play.

Bestelnummer: 12999763169054705758.1380675171372629

Besteldatum: 12-nov-2013 9:18:41 PST

Item	Prijs
mSecure - Password Manager	€ 7,99
	Totaal: € 7,99
	(Inclusief € 0,00 Btw)

Betaalmethode:



Vragen? Neem contact op met [mSeven Software LLC](#).

Maak kennis met Google Play

Al uw entertainment op één plaats en overal beschikbaar. [Meer informatie](#)

Google Payment Ltd. wordt geautoriseerd en [gereguleerd door de Financial Conduct Authority](#) in het Verenigd Koninkrijk als een elektronische betalingsinstantie.

Het FCA-registernummer van Google Payment Ltd. is 900008.

Bekijk uw [Google Play-bestelgeschiedenis](#).

Bekijk het [Teruggavebeleid](#) en de [Servicevoorwaarden](#) van Google Play.

Hulp nodig? Ga naar het [Helpcentrum van Google Play](#).

Voor meer informatie over Google Wallet gaat u naar het [Helpcentrum van Google Wallet](#).

We verzoeken u dit bericht niet te beantwoorden.

© 2013 Google | Alle rechten voorbehouden.

Google Ireland Limited, Gordon House, Barrow Street, Dublin 4, Ireland