

Jurisprudentie – V. Overig privaatrecht

TBR 2015/169

Rechtbank Den Haag, 13 mei 2015, Zaaknr. 462290/HA ZA 14-353, ECLI:NL:RBDHA:2015:5598 (De bescherming van een gebruikersinterface van een computerprogramma)

(Mr. M.P.M. Loos)

Auteurswet: art. 6, art. 7, art. 10, art. 26, art. 27; BW: art. 3:166, art. 3:170 lid 2; Richtlijn 91/250/EEG: art. 1 lid 2

Bescherming computerprogramma. Gebruikersinterface. Broncode. Auteursrechtelijke bescherming. Combinatie van werken:

Met noot A.J. Dunnik en G.J. Zwenne, Red.¹

2 De feiten

2.1. Eiser is manager van het kinderdagverblijf Teddy Kids B.V. gevestigd in Leiden (hierna: Teddy Kids). Eiser wilde een softwaresysteem ontwikkelen voor kinderdagverblijven, in de vorm van een webapplicatie, waarmee op grafische wijze informatie inzichtelijk zou kunnen worden gemaakt. Het betreft informatie over de ondergebrachte kinderen (zoals hun aanwezigheid, eet- en slaapgedrag, verjaardagen en allergieën), hun ouders/verzorgers (zoals contactinformatie en betalingsgegevens) en de werknemers van het kinderdagverblijf (zoals hun persoonlijke opmerkingen over kinderen en werkroosters).

2.2. Gedaagde is manager en partner bij twee Bulgaarse bedrijven, eINS ltd en eDocs ltd, die zich toeleggen op de ontwikkeling van commerciële bedrijfssoftware. Gedaagde werkt in deze bedrijven met een team van negen software programmeurs.

2.3. In september 2012 zijn eiser en gedaagde met elkaar in contact gekomen via de broer van eiser, Z. Eiser en gedaagde hebben afspraken gemaakt over de ontwikkeling van de kinderdagverblijfsapplicatie (hierna: de eKidz-app) en de marketing daarvan.

2.4. In de periode oktober 2012 - april 2013 hebben eiser en gedaagde gewerkt aan de ontwikkeling van de eKidz-app en deze telkens getest bij Teddy Kids. De kern van de applicatie is de startpagina met een gebruikersinterface die eruitziet als een raster met portretfoto's van de kinderen van het kinderdagverblijf, de zogenaamde *Grid View* (hierna: de Grid View). Door een klik op de

foto wordt de informatie over het betreffende kind weergegeven. Verder bevat de Grid View de knoppen *edit*, *grid*, *stats*, *planning*, *info* en *menu* die leiden naar andere elementen van de applicatie, zoals roosters voor werknemers en een facturatiepagina. Hieronder wordt een afbeelding weergegeven van het papieren ontwerp van de Grid View.



papieren ontwerp van de Grid View

2.5. Een tweede belangrijk onderdeel van de eKidz-app is de gebruikersinterface met het werkrooster van de werknemers van het kinderdagverblijf. Dit rooster maakt aan de hand van tijden, gekleurde velden en een bijbehorende legenda inzichtelijk welke werknemer op welk moment in welke groep werkzaam is en wanneer de pauzes zijn (hierna: de Teacher Planning). Van het papieren ontwerp van de Teacher Planning wordt hierna ook een afbeelding weergegeven.

2.6. De eKidz-app software werd opgeslagen op een server bij het bedrijf Soft-layer Technologies Inc., voor het gebruik waarvan eiser een overeenkomst heeft gesloten met dat bedrijf.

2.7. Op 10 februari 2013 heeft gedaagde de domeinnamen ekidz.nl en e-kids.nl geregistreerd.

2.8. Medio april 2013 heeft gedaagde aan eiser medegedeeld dat hij het ontwikkelen van de software voor de eKidz-app moest

¹ Ard Jan Dunnik is advocaat te Den Haag, eveneens als Gerrit-Jan Zwenne die daarnaast hoogleraar Recht en de informatiemaatschappij is aan de Universiteit Leiden.



papieren ontwerp van de Teacher Planning

staken om te werken aan een ander project in Zwitserland.

2.9. Bij e-mail van 29 april 2013 heeft gedaagde aan eiser - onder meer - het volgende bericht:

We finished our part of the deal but unfortunately we realized too late that you had not even started with yours. Currently, we are having negotiations with potential partners who gave us a lot of positive feedback and confirmed our opinion that the system is mature for the market after a small amount of finishing technicalities which they are ready to take over. These potential partners have experience with selling software systems and their arguments pro starting the sales process are in a total contradiction to yours against it. We also had conversations with consulting/marketing companies who are aware how much such a system costs and would like to quickly take the system to the market, reaching as many customers as possible, and in this way to protect our interest.

Our offer to you is off the table and we do not consider ourselves obliged to any explanations. As a token of our goodwill we are going to try to arrange free license of the system for your existing daycares. The negotiations are still ongoing so this is yet to be officially clarified.

During the negotiations with our new partners you can continue using the system only if you start contributing with a fee as we talked. Otherwise, the access to the system will be denied to you in the beginning of the next month.

I would like to emphasize that our other projects do not have anything to do with the unfortunate outcome of our mutual collaboration - this was purely a result of misleading information and hidden interests from your side.

2.10. Vervolgens hebben eiser en gedaagde de over en weer voorstellen gedaan die zagen op een vervolg dan wel het afwikkelen van de samenwerking. Het overleg heeft niet geleid tot een oplossing.

2.11. Op 7 mei 2013 heeft gedaagde eiser de toegang tot de eKidz-app ont-

zegd en heeft hij de bestanden op een andere server doen plaatsen.

3 Het geschil

3.1. Eiser vordert - samengevat - dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, voor recht verklaart dat gedaagde de uit hoofde van de overeenkomst op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen, althans onrechtmatig heeft gehandeld jegens eiser, inbreuk op het auteursrecht op de eKidz-app verbiedt dan wel verbiedt onrechtmatig te handelen waaronder mede begrepen ieder vervoeelvoudigen, openbaarmaken, verder (doen) ontwikkelen, en verhandelen van de eKidz-app. Daarnaast vordert eiser dat de rechtbank gedaagde gebiedt om alle content met betrekking tot de eKidz-app van zijn servers te verwijderen, om derden te informeren dat de eKidz-app is verstrekt zonder toestemming van de auteursrechthebbende, en de domeinnaam ekidz.nl over te dragen aan eiser, met bepaling dat dit vonnis in de plaats treedt van een wilsverklaring tot het geven van opdracht aan de internetprovider en aan SIDN tot het overdragen van de domeinnaam, een en ander op straffe van een dwangsom en met veroordeling tot betaling van een schadevergoeding, nader op te maken bij staat, met veroordeling van gedaagde tot betaling van de proceskosten ex artikel 1019h van het wetboek van Burgerlijke rechtsvordering (hierna: Rv).

3.2. Eiser legt aan zijn vorderingen ten grondslag dat hem het auteursrecht op zowel de vormgeving als de software van de eKidz-app toekomt op grond van artikel 6 van de Auteurswet (hierna: Aw) omdat hij niet alleen de Grid View en Teacher Planning heeft ontworpen maar ook alle functionaliteiten van de applicatie heeft bedacht. Gedaagde heeft deze onder zijn leiding en toezicht verwerkt tot broncodes, zo stelt eiser. Eiser stelt voorts dat hij ook uit hoofde van artikel 7 Aw als maker geldt omdat gedaagde bij hem in dienst was en zijn arbeid eruit bestond de broncode voor de eKidz-app te schrijven en zijn beloning uit onderdak, levensmiddelen, kleding en een vakantie.

3.3. Eiser stelt dat gedaagde inbreuk heeft gemaakt op zijn auteursrechten en onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld door het verwijderen van alle eKidz-software en-data van de servers van Teddy Kids, het verplaatsen van deze content naar eigen servers en het openbaar maken van de eKidz-app aan derden (zoals eventuele partners of geïnteresseerde derden). Subsidiar voert eiser aan dat eiser en gedaagde gezamenlijk auteursrechthebbende zijn op de eKidz-app en dat gedaagde op grond van artikel 26 Aw jo artikel 3:170 lid 2 BW de eKidz niet zonder toestemming van eiser openbaar mag maken, hetgeen hij wel heeft gedaan zodat onverminderd sprake is van auteursrechtinbreuk dan wel onrechtmatig handelen. Eiser lijdt hierdoor schade die vergoed dient te worden.

3.4. Eiser stelt voorts dat gedaagde tekort is geschoten in de nakoming van de mondelinge overeenkomst door medio april 2013 abrupt de samenwerking te beëindigen terwijl de eKidz-app nog niet af was. Ook als gevolg hiervan lijdt eiser schade die vergoed dient te worden.

3.5. Aan de vordering tot overdracht van de domeinnaam ekidz.nl legt eiser ten grondslag dat hij de naam "eKidz" voor de eKidz-app heeft bedacht en dat gedaagde door de domeinnaam niet aan hem over te dragen onrechtmatig jegens hem handelt.

3.6. Gedaagde voert verweer.

3.7. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling Bevoegdheid

4.1. De rechtbank is internationaal bevoegd kennis te nemen van de vorderingen op basis van artikel 24 van de Verordening (EG) nr. 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, nu gedaagde is verschenen zonder de bevoegdheid van de rechtbank te bestrijden. Ook de relatieve bevoegdheid van de rechtbank is niet bestreden.

Auteursrecht op de eKidz-app

4.2. De rechtbank stelt het volgende voor: op. Computerprogramma's worden in artikel 10 lid 1 onder 12 van de Auteurswet (hierna: Aw) uitdrukkelijk genoemd als werken die voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking kunnen komen. Computerprogramma's zijn aan die bepaling toegevoegd ter voldoening aan Richtlijn 91/250/EEG1 (hierna: de Softwarerichtlijn). Het Europese Hof van Justitie (hierna: HvJEU) heeft artikel 1 lid 2 van de Softwarerichtlijn aldus uitgelegd dat het voorwerp van de door deze richtlijn verleende bescherming van computerprogramma's ziet op de uitdruktingswijze, in welke vorm

dan ook, van een computerprogramma, zoals de bron- en de doelcode, die de mogelijkheid biedt om het computerprogramma te reproduceren in verschillende computertalen; de grafische gebruikersinterface is niet zo'n uitdruktingswijze.² Het HvJEU heeft in een volgend arrest³ geoordeeld dat noch de functionaliteit van een computerprogramma, noch de programmeertaal en de indeling van gegevensbestanden die in het kader van een computerprogramma worden gebruikt teneinde de functies daarvan te benutten, een uitdruktingswijze van dit programma vormen in de zin van artikel 1 lid 2 van de Softwarerichtlijn. De onderdelen van een computerprogramma die geen uitdruktingswijze van dat programma vormen, kunnen wel als werk in aanmerking komen voor auteursrechtelijke bescherming indien zij voldoen aan de hierna te noemen maatstaf.

4.3. Een werk (een computerprogramma of een andersoortig werk) komt voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking indien het een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt.⁴ Het HvJEU heeft de maatstaf aldus geformuleerd dat het moet gaan om de uitdrukking van een eigen intellectuele schepping van de auteur van het werk.⁵ Daartoe behoort in elk geval niet al hetgeen een vorm heeft die zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt aan te wijzen.⁶ Verder is niet van belang of de verschillende elementen waar het voortbrengsel uit bestaat ieder afzonderlijk auteursrechtelijk beschermd zijn of niet. Het gaat erom of de combinatie van (al dan niet op zichzelf beschermde) elementen waaruit het voortbrengsel is opgebouwd, voldoet aan de hiervoor vermelde maatstaf.

4.4. De rechtbank gaat er met partijen vanuit dat de eKidz-app als computerprogramma auteursrechtelijke bescherming geniet. Gedaagde betwist echter dat de auteursrechten op de eKidz-app bij eiser rusten dan wel dat er sprake is van een gezamenlijk auteursrecht. Gedaagde stelt zich op het standpunt dat niet eiser maar hij (enig) auteursrechthebbende is.

4.5. Bij de beoordeling van de vraag bij wie het auteursrecht op de eKidz-app rust, zal de rechtbank hierna onderscheid maken tussen de functionaliteiten, de broncodes en de gebruikersinterfaces van de applicatie.

- functionaliteiten

4.6. Tussen partijen is niet in geschil dat eiser in grote lijnen de functionaliteiten van de applicatie heeft bedacht. Echter, anders dan eiser kennelijk meent, zijn de functionaliteiten van de eKidz-app geen uitdruktingswijze van een computerprogramma zoals blijkt uit de hiervoor vermelde rechtspraak. De functionaliteiten van de eKidz-app zijn dus ook niet als zodanig als (onderdeel van een) computerprogramma auteursrechtelijk beschermd. Dat die functionaliteiten i.c. als een afzonderlijk auteursrechtelijk werk dienen te

worden beschouwd die aan de werktoets voldoet, is door eiser niet betoogd.

- broncodes

4.7. De broncodes van de eKidz-app zijn als uitdrukkingwijze van een computerprogramma auteursrechtelijk beschermd in de zin van artikel 10 lid 1 sub 12 Aw jo. artikel 1 lid 2 Softwarerichtlijn.

4.8. De rechtbank verwerpt de stelling van eiser dat wat de broncodes betreft de eKidz-app naar zijn ontwerp en onder zijn leiding en toezicht (artikel 6 Aw) tot stand is gekomen. Eiser heeft weliswaar de gewenste functionaliteiten aangedragen, zoals de functionaliteiten rondom de Grid View, de Teacher Planning en de facturering. De geestelijke prestatie van het schrijven van de broncodes voor de eKidz-app en de daarmee samenhangende creatieve keuzes zijn uitsluitend gemaakt door gedaagde. Gedaagde was daarin volledig vrij mits de met die broncodes gerealiseerde functionaliteit van de applicatie aan de wensen van eiser voldeed. Het overleg dat regelmatig plaatsvond en het testen van de applicatie bij Teddy Kids met actuele gegevens van het kinderdagverblijf was gericht op de functionaliteiten en niet op de broncodes van de eKidz-app. Gelet op deze feiten en omstandigheden is de rechtbank van oordeel dat de situatie van artikel 6 Aw niet aan de orde is.

4.9. Ook verwerpt de rechtbank de stelling van eiser dat hem als werkgever van gedaagde de auteursrechten op de broncodes toekomen conform artikel 7 Aw. Gedaagde heeft gemotiveerd betwist dat van loon in natura sprake was. Hij verbleef in eerste instantie in het appartement van zijn zus in Rotterdam en vervolgens heeft hij op uitnodiging van eiser ook nog enige tijd overnacht in een appartement van eiser. Gedurende zijn verblijf in Rotterdam betaalde gedaagde zijn eigen kleding, en eten, zo heeft hij gesteld. Hij heeft met stukken onderbouwd dat hij ten tijde van de opdracht in Nederland zelf regelmatig geld heeft gepind van zijn bankrekening. Weliswaar is eiser meegeweest op vakantie met de familie van eiser maar hij heeft deze zelf betaald zo heeft hij ook met stukken onderbouwd gesteld. Tot slot voert gedaagde aan dat hij in Bulgarije zijn eigen bedrijf had, dat een dienstverband ook niet strookte met de gemaakte afspraken over de samenwerking en dat eiser voor hem geen tewerkstellingsvergunning heeft aangevraagd. Gelet op deze gemotiveerde betwisting door gedaagde dat sprake was van een dienstverband met loon in natura, had het op de weg van eiser gelegen om zijn stelling dat van een dienstverband sprake was nader te onderbouwen, hetgeen hij op geen enkele wijze heeft gedaan. Zodoende verwerpt de rechtbank de stelling van eiser dat van een werkgeversauteursrecht ex artikel 7 Aw sprake is.

4.10. Het voorgaande brengt mee dat gedaagde heeft te gelden als de au-

teursrechthebbende op de broncodes van de eKidz-app.

- gebruikersinterfaces

4.11. Met inachtneming van hetgeen hiervoor is overwogen, geldt dat de Grid View en Teacher Planning gebruikersinterfaces geen uitdrukkingwijze vormen van een computerprogramma en zodoende niet auteursrechtelijk zijn beschermd in de zin van artikel 10 lid 1 onder 12 Aw jo. artikel 1 lid 2 Softwarerichtlijn. Auteursrechtelijke bescherming bestaat wel indien de betreffende interfaces voldoen aan de werktoets. Dat laatste is naar het oordeel van de rechtbank het geval.

4.12. Niet in geschil is dat eiser de Grid View en Teacher Planning (zie 2.4 en 2.5) heeft ontworpen en dat gedaagde door middel van het schrijven van broncodes deze in grote lijnen overeenkomstig ontwerp als grafische gebruikersinterfaces in de eKidz-app heeft verwerkt.

4.13. De rechtbank verwerpt het verweer van gedaagde dat de Grid View en de Teacher Planning ontwerpen geen eigen intellectuele schepping betreffen omdat dit in de branche van kinderopvang algemeen gebruikte standaarden zouden zijn. Gedaagde heeft nagelaten deze stelling te onderbouwen, hetgeen wel op zijn weg lag in het licht van de door eiser overgelegde ontwerptekeningen en zijn stelling dat hij de ontwerpen voor de interfaces heeft gemaakt en daarbij keuzes heeft gemaakt gebaseerd op zijn ervaring in de kinderopvangbranche. Gedaagde heeft slechts namen genoemd van vergelijkbare software maar daarbij op geen enkele wijze inzichtelijk gemaakt dat die computerprogramma's interfaces hebben die overeenstemmen met de Grid View en Teacher Planning interface. Bij het ontwerp van de Grid View zijn ontegenzeggelijk creatieve keuzes gemaakt. Het moge zo zijn dat een werkrooster zoals de Teacher Planning in het algemeen dezelfde soort informatie zal bevatten, de uitwerking daarvan bevat echter wel keuzes van de maker. Zo zijn er keuzes gemaakt welke informatie op welke positie en in welke volgorde is weergegeven. Bij de verdere beoordeling gaat de rechtbank er derhalve van uit dat de Grid View en Teacher Planning ontwerpen en de overeenkomstige gebruikersinterfaces auteursrechtelijk beschermde werken zijn.

4.14. Dit betekent dat eiser auteursrechtelijke is van de Grid View en Teacher Planning ontwerpen die als gebruikersinterfaces zijn verwerkt in de eKidz-app. Dat eiser de broncodes heeft geschreven om die ontwerpen als gebruikersinterfaces te integreren in de applicatie maakt dat niet anders.

- de eKidz-app

4.15. In de eKidz-app zijn de door eiser ontworpen Grid View en Teacher Planning gebruikersinterfaces met de door gedaagde geschreven broncodes weliswaar samengevoegd tot één applicatie maar zijn de afzonderlijke werken

wel scheidbaar. Naar het oordeel van de rechtbank is de eKidz-app zodoende te beschouwen als een combinatie van werken. Dat betekent dat de exploitatie van de eKidz-app in beginsel toestemming van zowel eiser als gedaagde behoeft nu ieder van hen auteursrechten heeft op een deel van de eKidz-app. De mondeling gemaakte afspraak, die hierna aan de orde komt, dat eiser vanuit een gezamenlijk op te richten onderneming, dus met toestemming van gedaagde, de marketing en de verkoop van de eKidz-app op zich zou nemen waarbij de winst zou worden gedeeld, strookt hiermee. Overigens, ook als sprake zou zijn van een gemeenschappelijk werk zouden eiser en gedaagde ingevolge artikel 26 Awjo artikel 3:166 BW de eKidz-app gezamenlijk dienen te exploiteren.

4.16. Uit de hiervoor in 2.8 weergegeven e-mailcorrespondentie blijkt dat gedaagde zonder toestemming van eiser de eKidz-app heeft geopenbaard aan potentiële nieuwe partners. Dat betekent dat sprake is van inbreuk op het auteursrecht van eiser op de Grid View en Teacher Planning gebruikersinterfaces.

Domeinnaam

4.17. Gedaagde heeft gemotiveerd betwist dat eiser de naam “eKidz” heeft bedacht en dat hem enig recht op de domeinnaam ekidz.nl toekomt. Dat verweer slaagt.

4.18. Niet in geschil is dat eiser als werknaam voor de te ontwikkelen applicatie eerst “iKidz” gebruikte. Gedaagde stelt dat registratie van die naam als domeinnaam niet mogelijk bleek omdat de naam niet vrij was. Hij heeft aangevoerd dat hij toen in aanwezigheid van eiser en diens broer de naam “eKidz” heeft bedacht. Die naam sloot ook aan bij andere namen van applicaties van zijn bedrijf. Ter gelegenheid van de comparitie van partijen heeft de broer van eiser de lezing van gedaagde bevestigd. Eiser zelf verklaarde desgevraagd dat hij dit zich niet zo herinnerde maar hij kon ook niet toelichten hoe en wanneer hij de naam “eKidz” zelf zou hebben bedacht. Zodoende neemt de rechtbank als vaststaand aan dat gedaagde de naam “eKidz” heeft bedacht en die naam als domeinnaam heeft geregistreerd. Dat partijen afspraken hebben gemaakt over de eigendom van de domeinnaam is gesteld noch gebleken. Voor overdracht van de domeinnaam ekidz.nl aan eiser bestaat zodoende geen grond.

Overeenkomst

4.19. Niet in geschil is dat partijen de volgende mondelinge afspraken hebben gemaakt over de samenwerking in het eKidz-project (hierna: de overeenkomst):

i) eiser en gedaagde zouden gezamenlijk een webapplicatie ontwikkelen en gaan exploiteren voor de kinderdagverblijfssector met functies als opgenomen in 2.1;

ii) eiser zou de feitelijke *know-how* over de kinderdagverblijfssector aan gedaagde leveren;

iii) gedaagde zou de software voor de eKidz-app ontwikkelen;

iv) gedaagde zou de eKidz-app gedurende de ontwikkeling bij Teddy Kids testen;

v) eiser en gedaagde zouden gezamenlijk een onderneming oprichten voor de commerciële verkoop en marketing van de eKidz-app;

vi) Ieder der partijen zou 50% van de aandelen in de op te richten vennootschap nemen;

vii) eiser zou de verkoop en marketing van de eKidz-app op zich nemen nadat de gezamenlijke onderneming zou zijn opgericht en de eKidz-app klaar zou zijn voor verkoop;

viii) gedaagde zou de software van de eKidz-app verder ontwikkelen en verbeteren;

ix) gedaagde zou technische support verschaffen aan de afnemende kinderdagverblijven;

x) Toekomstige winsten zouden op basis van 50% worden verdeeld tussen partijen.

4.20. Voor zover partijen het over bepaalde andere afspraken met elkaar oneens zijn, zien deze niet op het geschil zodat deze verder buiten beschouwing kunnen blijven. Verder is niet in geschil dat noch eiser, noch gedaagde de overeenkomst op enig moment heeft ontbonden.

4.21. Eiser vordert schadevergoeding en geen nakoming zo heeft hij tijdens de comparitie van partijen bevestigd. De vordering tot betalen van schadevergoeding ziet dan ook op vervangende schadevergoeding in de zin van artikel 6:87 BW. Gedaagde betwist dat van een tekortkoming in de nakoming sprake is omdat hij de eKidz-app heeft ontwikkeld zoals afgesproken en de toekomstige gezamenlijke exploitatie slechts een intentieverklaring was. Ook stelt gedaagde dat van schadevergoeding geen sprake kan zijn omdat hij niet in verzuim is.

4.22. Het verweer van gedaagde faalt om de navolgende redenen.

4.23. Gedaagde heeft medio april 2013 aan eiser medegedeeld dat hij de ontwikkeling van de eKidz-app zou staken. De rechtbank verwerpt de stelling van gedaagde dat de eKidz-app op dat moment op enkele technische elementen na af was en dat alleen nog de door eiser gewenste specifieke functionaliteiten voor toepassing bij Teddy Kids niet gereed waren. Eiser heeft aangevoerd dat de Grid View als interface al wel in de eKidz-app was opgenomen maar dat een deel van de functionaliteiten niet werkte. Ook de Teacher Planning interface werkte nog niet. Het systeem was nog niet in staat om bijvoorbeeld een week- of maandrooster van een medewerker uit te printen en ook jaaroverzichten werkten nog niet. Tot slot was ook facturatie via het systeem nog niet mogelijk omdat bij een wijziging van een contractuele voorwaarden of bij het afnemen van meer- of minder uren voor een kind de factuur daar niet altijd juist op werd aangepast. Gedaagde heeft de

hiervoor genoemde punten onvoldoende gemotiveerd weersproken. Gedaagde heeft de eKidz-app weliswaar ter zitting gedemonstreerd maar daarbij kon de werkzaamheid van de functionaliteiten niet worden getoond omdat geen concrete informatie (over kind, contract, rooster etc) in het systeem was ingevoerd. De rechtbank stelt dan ook vast dat gedaagde de op hem rustende verplichting om de software voor de eKidz-app te ontwikkelen niet is nagekomen.

4.24. De rechtbank verwerpt het verweer van gedaagde dat hij terzake niet in verzuim is. Met [eiser] is de rechtbank van oordeel dat eiser uit de mededeling van gedaagde dat hij de ontwikkeling van de eKidz-app zou staken, heeft moeten afleiden dat gedaagde in de nakoming van de verbintenis tot het ontwikkelen van de software tekort zou schieten. Daarmee is sprake van verzuim als bedoeld in artikel 6:83 sub c BW.

4.25. Gedaagde heeft niet weersproken dat hij zonder toestemming van eiser alle software en broncodes van de eKidz-app van de server heeft verwijderd en heeft verplaatst naar een andere server waartoe eiser geen toegang heeft. Door de software van de server te halen, is eiser op dezelfde grond als hiervoor ook in verzuim geraakt wat betreft de verbintenis om gezamenlijk de eKidz-app te exploiteren. De rechtbank verwerpt het verweer van gedaagde dat de overeenkomst voor de exploitatie van de eKidz-app slechts een intentieverklaring inhoudt om in de toekomst te gaan samenwerken maar dat partijen die samenwerking niet hebben uitgewerkt en daartoe ook niet gehouden zijn. Partijen hebben naast afspraken over de ontwikkeling van de applicatie concrete afspraken gemaakt over de exploitatie daarvan, hun beider rol daarin alsmede over de verdeling van de verdiensten. Het moge juist zijn dat gedaagde zoals hij stelt tot het staken van de werkzaamheden de meeste kosten heeft gemaakt voor de ontwikkeling van de eKidz-app, dat is echter een gevolg van de gemaakte afspraken. Het verdienmodel was voor beiden gebaseerd op de toekomstige gezamenlijke exploitatie van de eKidz-app.

4.26. Ook verwerpt de rechtbank het in verzuim kan zijn geraakt door staking van de werkzaamheden omdat eiser daarvoor de op hem rustende verplichtingen uit de overeenkomst niet nakwam. Dit verweer - dat de rechtbank opvat als een beroep op artikel 6:61 lid 2 BW - faalt reeds omdat eiser de verkoop en marketing van de eKidz-app zou verzorgen zodra de eKidz-app voltooid zou zijn, hetgeen nog niet het geval was. Overigens had eiser reeds diverse zaken in gang gezet en heeft gedaagde in het licht daarvan zijn stelling dat er reden was om te twijfelen aan de nakoming door eiser onvoldoende onderbouwd. Eiser heeft met stukken onderbouwd aangevoerd dat hij in de periode januari - april 2013 diverse activiteiten heeft verricht in verband met de marketing en verkoop van de

eKidz-app. Hij heeft onder meer een stagiaire een marketingplan laten opstellen, hij heeft onderzoek gedaan naar kinderdagverblijven ter werving van afnemers van de eKidz-app, hij heeft een concept gemaakt van een eKidz-website, een IDEAL-account aangevraagd voor de verkoop van de eKidz-app, en een bespreking gehad met een verkoopbureau die bij de verkoop van de eKidz-app zou kunnen helpen door middel van het organiseren van telefoongesprekken en het leveren van adressenbestanden. Dit alles heeft gedaagde niet betwist anders dan met de niet gemotiveerde stelling dat de kwaliteit van voornoemde acties onvoldoende was om een goede afzet te vinden voor de eKidz-app.

4.27. De conclusie is dat gedaagde toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst en dat hij ingevolge artikel 6:74 jo 6:87 BW gehouden is de door eiser als gevolg van die tekortkoming geleden schade te vergoeden. (*Enz., enz., Red.*)

Eindnoten uitspraak

1 EG-richtlijn 91/250 van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *PbEGL* 122/42 (inmiddels vervangen door een gecodificeerde versie, 2009/24/EG van 23 april 2009, *PbEGL* 111/16) geïmplementeerd.

2 HvJEU, 22 december 2010, zaak C-393/09, ECLI:EU:C:2010:816 (BSA v Ministerstvo Kultury).

3 HvJEU, 2 mei 2012, zaak C-406/10, ECLI:EU:C:2012:259 (SAS v WPL).

4 HR 22 februari 2013, LJN BY1529 (Stokke/H3), HR 12 april 2013, LJN BY1532 (Stokke/Fikszó) en HR 12 april 2013, LJN BY1533 (Hauck/Stokke) met verwijzing naar HR 30 mei 2008, LJN BC2153, NJ 2008/556 (Endstra) met verwijzing naar hierna genoemd arrest van HvJEU inzake Infopaq I.

5 HvJEU 16 juli 2009, zaak C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (Infopaq I).

6 HvJ EU, 16 juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (Infopaq); HvJ EU 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08 (Premier League); HvJ EU 1 december 2011, C-145/10 (Painer).

NOOT

Inleiding

1. De bescherming van computerprogramma's en -interfaces is in de bouwwereld waarschijnlijk geen dagelijkse kost, maar wel iets dat steeds vaker op het bordje van de bedrijfsjurist en zijn of haar advocaat terechtkomt. Het is geen uitzondering dat bij bouwprojecten de 'dedicated software' al bij de aanbesteding wordt meegenomen. En, zoals overal waar sprake is van grote complexe projecten met veel logistieke uitdagingen, maken ook bouwondernemingen in toenemende mate gebruik van specifiek voor hen ontwikkelde maatwerksoftware of ten behoeve van hen aangepaste *customized* standaardsoftware. Een relevante

rechtsvraag is dan wie de rechten heeft daarop. In dat licht is begrijpelijk dat ook in de wereld van het bouwrecht belangstelling is voor de bescherming van computerprogramma's. De relevantie van de onderhavige uitspraak ligt daar.

2. In de uitspraak gaat het onder andere om de bescherming van gebruikersinterface van een computerprogramma. Een computerprogramma of software kan auteursrechtelijk zijn beschermd. In artikel 10 van de Auteurswet (Aw) staat dat onder 'werken van letterkunde, wetenschap of kunst' tevens worden verstaan: computerprogramma's en het voorbereidend materiaal.² Een computerprogramma is beschermd wanneer het oorspronkelijk is, in die zin dat het een eigen schepping van de maker is, dat wil zeggen: als het, in de terminologie van de standaardrechtpraak daarover, een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt.³ Het auteursrecht is, zo zegt artikel 1 Aw, 'het uitsluitend recht van den maker van een werk' en auteursrechtelijke bescherming betekent dat zo een programma in beginsel niet zonder toestemming van de rechthebbende openbaar mag worden gemaakt of worden veeleelvoudigd.

3. Een specifieke, en complicerende eigenschap van een computerprogramma is dat het normale gebruik ervan met zich brengt dat ervan kopieën worden gemaakt, en wel in het zgn. RAM-geheugen. Om deze reden zijn in hoofdstuk VI van de Aw, dat de implementatie betreft van de zgn. Softwarerichtlijn 2009/24/EG⁴ en dat de bijzondere bepalingen betreffende computerprogramma's bevat, enkele specifieke regels opgenomen over het veeleelvoudigen of kopiëren van computerprogramma's.⁵

4. Als het gaat om computerprogramma's is niet altijd zonder meer duidelijk wie daarvan de maker is. Uitgangspunt is dat de schepper, degene die het werk heeft gecreëerd, als maker ervan wordt beschouwd. In het veel voorkomende geval dat een computerprogramma gezamenlijk is gemaakt door een groep van personen, zijn deze personen gezamenlijk houder van de exclusieve rechten daarop.⁶ Als een werk tot stand is gebracht naar het ontwerp van een ander, en onder diens leiding en toezicht, wordt deze ander als de maker van dat werk aangemerkt (artikel 6 Aw). En als een werk in dienst van een werkgever is gemaakt, wordt de werkgever als maker aangeduid, tenzij anders is overeengekomen (artikel 7 Aw).

5. Voor een goed begrip *last but not least* nog enkele opmerkingen over een aantal relevante ICT-begrippen. Een computerprogramma wordt geschreven met, en in een programmeertaal (zoals C++, COBOL en Pascal). De instructies in deze programmeertaal worden aangeduid als broncode (of: *sourcecode*). Deze broncode is nodig om het programma aan te passen en te onderhouden (updaten, patchen, etc.). Om de in broncode vastgelegde instructies uit te laten voeren door een computer (d.w.z. te executeren) moeten deze worden omgezet of gecompileerd in doel- of objectcode. Deze doelcode betreft dus de vertaling (compilatie) van de broncode in de instructies die door de computer kunnen worden uitgevoerd.

6. De functionaliteit van een computerprogramma betreft de verschillende functies die een computerprogramma kan uitvoeren, zoals in het geval van een administratie- of boekhoudprogramma: facturatie, administratie en rapportage. Een gebruikersinterface betreft een onderdeel van het computerprogramma, waarmee een gebruiker van het computerprogramma instructies en informatie kan invoeren ten einde bepaalde functies uit te voeren. Een belangrijk onderdeel van een gebruikersinterface zijn vaak de schermen die een gebruiker ziet als hij of zij gebruik maakt van het programma.

Feiten

7. De onderhavige uitspraak gaat over voor kinderdagverblijven ontwikkelde software, de zgn. eKidz-app, in de uitspraak aangeduid als het softwaresysteem, de kinderdagverblijfsapplicatie of ook wel verkort als de applicatie.⁷

8. Wat was er aan de hand? Een Nederlandse ondernemer voert een kinderdagverblijf, Teddy Kids te Leiden. Voor dit kinderdagverblijf, en waarschijnlijk ook als dienstverlening voor andere kinderdagverblijven, gaat hij met een Bulgaarse softwareontwikkelaar in gesprek over de ontwikkeling van die software en de marketing daarvan. In de applicatie wordt informatie over de kinderen, ouders en werknemers vastgelegd. Denk aan aanwezigheid, eet- en slaapgedrag, verjaardagen en allergieën van de kinderen, contactinformatie en betalingsgegevens van de ouders en werkroosters van de werknemers.

9. Ook bevat de applicatie functionaliteit voor het maken van facturen. De gebruiker van de applicatie kan de informatie per kind opvragen via een gebruikersinterface, waarbij hij een scherm ziet met foto's van alle kinderen in zijn kinderdagverblijf (Grid View). Door te klikken op de foto van een kind wordt de informatie van het betreffende kind getoond. Verder kan de gebruiker informatie over de werkzaamheden van de werknemers opvragen via een gebruikersinterface, waarbij de werkzaamheden als een soort planningsbord worden getoond (Teacher Planning).

10. De softwareontwikkelaar zou de applicatie ontwikkelen en de Nederlandse ondernemer zou de appli-

² Artikel 1(3) Richtlijn 2009/24/EG.

³ In de uitspraak verwijst de rechtbank naar HR 22 februari 2013, LJN:BY1529 (*Stokke/H3*), HR 12 april 2013, LJN:BY1532 (*Stokke/Fikszo*) en HR 12 april 2013, LJN:BY1533 (*Hauck/Stokke*), waarin weer wordt verwezen naar HR 30 mei 2008, LJN:BC2153 (*Endstra*) en HvJEU 16 juli 2009, zaak C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (*Infopaq I*).

⁴ Richtlijn 2009/24/EG van het Europese Parlement en de raad van 23 april 2009, betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, die richtlijn 91/250/EEG van de raad van 14 mei 1991 heeft gewijzigd en gecodificeerd ('Software-richtlijn').

⁵ Zie bijv. A.P. Meijboom (red.), *Intellectuele eigendom en ICT*, Deel 3 Monografieën R&I, Den Haag: SDU Uitgevers 2015.

⁶ Op grond van een richtlijn conforme uitleg van de Aw op basis van artikel 2(2) Software-richtlijn.

⁷ Rb. Den Haag 13 mei 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5598.

catie vermarkten. De softwareontwikkelaar is ontevreden is met de voortgang die de Nederlandse ondernemer maakt met het vermarkten van de applicatie en beëindigt daarom de samenwerking. Hij informeert de Nederlandse ondernemer dat hij nog uitsluitend toegang krijgt tot de applicatie onder bepaalde voorwaarden. Daarnaast heeft hij de bestanden - vermoedelijk de broncode, foto's, plaatjes, etc. - naar een niet voor de Nederlandse ondernemer toegankelijke locatie overbracht.

11. De ondernemer uit Nederland vordert bij de Rechtbank Den Haag, onder meer dat de ontwikkelaar het veeleenvoudigen, het openbaar maken, het verder ontwikkelen en het verhandelen van de betreffende applicatie dient te staken, omdat dit een inbreuk op het auteursrecht van de Nederlandse ondernemer betreft.⁸ Hij legt hieraan ten grondslag dat hij de functionaliteit van de applicatie heeft bedacht. Daarnaast voert hij aan dat onder zijn leiding deze door hem bedachte functionaliteit is omgezet in de broncode (geprogrammeerd). Ten slotte, stelt hij dat de Bulgaarse ontwikkelaar bij hem in dienst was voor het schrijven van de broncode.

Beoordeling rechtbank

12. Van belang is allereerst hoe de rechtbank nu precies een computerprogramma ziet. De rechtbank verwijst hiervoor naar het arrest het Hof van Justitie van de Europese Unie van 22 december 2010, C-393/09 (*BSA v Ministerstvo Kultury*),⁹ waarin is uitgemaakt dat de term 'computerprogramma' alle programma's omvat, in welke vorm dan ook, voor zover deze de mogelijkheid biedt om het computerprogramma te reproduceren, waaronder zowel de bron- als de doelcode.¹⁰ Vervolgens beoordeelt de rechtbank achtereenvolgens of (i) de functionaliteit, (ii) de broncode en (iii) gebruikersinterface in het onderhavige geval auteursrechtelijke bescherming genieten, en zo ja, wie daarvan de maker of rechthebbende is.

13. Voor de functionaliteit verwijst de rechtbank naar een ander arrest van het Hof van Justitie, zijnde het arrest van 2 mei 2012, C-406/10 (*SAS v WPL*).¹¹ Het Hof kwam daarin tot het oordeel dat de functionaliteit van een computerprogramma niet onder het begrip computerprogramma valt en dus als zodanig geen bescherming geniet. In lijn daarmee stelt de rechtbank vast dat de door de Nederlandse ondernemer bedachte functionaliteit niet wordt beschermd. De functionaliteiten hadden volgens de rechtbank wel afzonderlijk als een werk - maar dus niet als computerprogramma - auteursrechtelijk beschermd kunnen zijn, maar dat is niet door eiser betoogd. Er waren wellicht onvoldoende feiten gesteld, waaruit zou blijken dat de functionaliteiten oorspronkelijk zijn, in die zin dat zij een eigen intellectuele schepping van de maker zijn.

14. Voor wat betreft de broncode, die door de Bulgaarse ontwikkelaar is geschreven, oordeelt de rechtbank dat hij geldt als maker en rechthebbende. Dit omdat de geestelijke prestaties van het schrijven van de broncode voor de eKidz-app, en de daarmee samenhangende creatieve keuzes, uitsluitend door hem zijn gemaakt. Hij was daarin volledig vrij, zolang de met die broncodes gerealiseerde functionaliteit van de applicatie voldeden aan de wensen van de afnemer. Er was geen sprake van dat de broncodes naar het ontwerp van de Nederlandse onderneming, en onder zijn leiding en toezicht, tot stand zijn gekomen.

15. Ook de stelling dat de ontwikkelaar in dienst zou zijn geweest was bij de Nederlandse ondernemer en in natura werd betaald gaat erbij de rechtbank niet in. De ontwikkelaar gaf zelf geld uit aan eten en kleding, en leek wat dat betreft dus niet in natura betaald, en daarnaast strookte een dienstverband niet met het hebben van een eigen bedrijf, aldus de rechtbank.¹² Er is daarom evenmin sprake van dat de rechten op de broncode op grond van het werkgeversauteursrecht van artikel 7 Aw aan de ondernemer zouden toekomen.

16. Interessant wordt de uitspraak als die ingaat op gebruikersinterfaces - dat wil zeggen: het scherm met foto's en het planningsbord. Volgens de rechtbank kunnen die niet als computerprogramma worden beschouwd, wat de rechtbank baseert op voornoemd arrest van het Hof van Justitie van 22 december 2010, C-393/09 (*BSA v Ministerstvo Kultury*).¹³ Daarin werd de gebruikersinterface aangemerkt als louter een element van het programma dat de gebruikers de mogelijkheid biedt om het programma optimaal te gebruiken. Echter, dat deze gebruikersinterface niet wordt aangemerkt als een computerprogramma en als zodanig dus niet de daarvoor bedoelde bescherming geniet, sluit niet uit dat het wel als een ander werk kan kwalificeren en aldus wel kan zijn beschermd, als het een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt. Aan de laatste voorwaarde is volgens de rechtbank wél voldaan.

17. Dat betekent dat applicatie dus een gebruikersinterface bevat waarvan de Nederlandse ondernemer auteursrechthebbende is, en broncode waarvan de Bulgaarse ontwikkelaar auteursrechthebbende is. De rechtbank oordeelde dat er sprake is van een combinatie van werken, en dat daardoor voor de exploitatie van de applicatie in beginsel toestemming nodig is van zowel de Nederlandse ondernemer als de Bulgaarse ontwikkelaar. Uitgaand van een en ander veroordeelt de rechtbank de Bulgaarse ontwikkelaar onder meer tot het staken van de openbaarmaking en veeleenvoudiging van de applicatie.

⁸ We zullen uitsluitend de inbreuk op het auteursrecht op het computerprogramma behandelen en het overige buiten beschouwing laten.

⁹ ECLI:EU:C:2010:816.

¹⁰ R.o. 32-42.

¹¹ ECLI:EU:C:2012:259.

¹² De regeling van artikel 7 Aw vormt een uitzondering op de algemene regel dat de schepper van een werk als maker wordt beschouwd, daarom rust de bewijslast van de stelling dat aan de voorwaarden voor toepasselijkheid van deze bepaling is voldaan op de Nederlandse ondernemer, die daar blijkbare niet in slaagde.

¹³ ECLI:EU:C:2010:816.

Afsluitend

18. Het lijkt erop dat als het aan de rechtbank ligt - en misschien ook wel aan het Hof van Justitie - alleen de bron- en doelcode waarin de gebruikersinterface is geschreven bescherming geniet als computerprogramma. Voor de praktijk is dat echter niet altijd relevant, doordat de

wet nog een ander anker biedt, namelijk doordat de gebruikersinterface ook op zichzelf als werk kan zijn beschermd. In dat geval zijn echter de bijzondere bepalingen betreffende computerprogramma's niet van toepassing (hoofdstuk VI Aw).

A.J. Dunnik en G.J. Zwenne

TBR 2015/170

Rechtbank Haarlem, 10 augustus 2011, Zaaknr. 149005 – HA ZA 08-1042, ECLI:NL:RBHA:2011:BR ('Johanna Josephine')

(Mr. S. Sicking)

BW: art. 6:162, art. 8:1001, art. 8:1002, art. 8:1005, art. 8:1793

Leidingschade. Baggeren. Aanvaringsrecht. Verjaring. Samenloop. KLIC-melding. Afwijkende ligging. Zorgvuldigheidsnorm

Met gastnoot F.J. van Velsen, Red.¹

2. De feiten in beide zaken

2.1. Baggeraar heeft in 2002 - kort gezegd - baggerwerkzaamheden verricht in de rivier De Zaan in de gemeente Zaanstad. Baggeraar heeft hierbij gebruik gemaakt van het baggerschip 'Johanna Josephine' (hierna: het baggerschip). Het baggerschip is eigendom van Eigenaar.

2.2. Voorafgaand aan de werkzaamheden heeft Baggeraar een KLIC-melding gedaan en heeft Baggeraar gegevens van - onder meer - KPN ontvangen. De gemeente Zaanstad heeft vervolgens een inventarislijst opgesteld met daarin een overzicht van alle kabels in de bodem van De Zaan. Volgens de in het kader van de KLIC-melding verstrekte tekening (hierna: de tekening) zou de kabel zich op 4 meter beneden NAP bevinden.

2.3. Baggeraar heeft met haar opdrachtgever, de gemeente Zaanstad, afgesproken dat bij de uitvoering van de werkzaamheden een verticale marge van 1,5 meter en een horizontale marge van 7,5 meter aan weerszijden van de getekende ligging van de kabel in acht zou worden genomen.

2.4. Op 18 april 2002 is tijdens het uitvoeren van baggerwerkzaamheden in De Zaan, nabij de Beatrixbrug te Zaandam, op circa vijf meter van de walkant een 900-dubbeldraads telefoonkabel (hierna: de kabel) van KPN geraakt. De kabel is vervolgens gebroken.

3. Het geschil in de zaak 08-1042

3.1. KPN vordert op de grondslag van onrechtmatig handelen - samengevat - veroordeling van Baggeraar tot betaling van EUR 13.079,47 aan tijdelijke herstelkosten en EUR 120.999,57 aan definitieve herstelkosten, vermeerderd met rente, buitengerechtigde incassokosten, proceskosten en nakosten.

3.2. Baggeraar voert verweer. Primair voert zij aan dat KPN niet in haar vordering kan worden ontvangen. Subsidiair betwist Baggeraar aansprakelijk te zijn. zij acht zich niet aansprakelijk op grond van aanvaring en evenmin meent zij anderszins onrechtmatig te hebben gehandeld. Ten slotte betwist Baggeraar de omvang van de schade.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

in de zaak 10-1577

3.4. KPN vordert - samengevat - veroordeling van Eigenaar tot betaling van EUR 13.079,47 aan tijdelijke herstelkosten en EUR 120.999,57 aan definitieve herstelkosten, vermeerderd met rente, buitengerechtigde incassokosten, proceskosten en nakosten.

3.5. KPN heeft aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat Eigenaar als eigenaar van het schip aansprakelijk is voor de veroorzaakte schade aan de kabel, op grond van de aanvaringsregeling, subsidiair op grond van onrechtmatige daad.

3.6. Eigenaar voert verweer. Primair beroept zij zich op verjaring. Subsidiair bestrijdt zij aansprakelijk te zijn uit hoofde van aanvaring of anderszins onrechtmatig handelen. Ten slotte bestrijdt zij de omvang van de aansprakelijkheid en van de schade.

3.7. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling in de zaak 08-1042 Ontvankelijkheid

4.1. Baggeraar heeft zich op het standpunt gesteld dat KPN niet in haar vordering

¹ Frans van Velsen is advocaat te Haarlem, gespecialiseerd in leidingschades. De handelseditie van zijn proefschrift 'Aansprakelijkheid bij leidingschades' verscheen in de serie Bouwrecht Monografieën, nr. 33 (Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2011).