

---

**HOF VAN BEROEP GENT 22 DECEMBER 2008**


---

**INTELLECTUELE RECHTEN****Software – Verkrijging software – Broncode software op maat – Gedwongen afgifte zonder vergoeding**

*Er is geen betwisting dat de (eigendoms)rechten op de broncodes van computerprogramma's tot de vermogensrechten op die programma's behoren. Ze zijn overdraagbaar. Hetzelfde geldt voor het gebruiksrecht.*

*Een zaakvoerder en een werkend vennoot zijn geen werknemer of beambte in de zin van het arbeidsrecht of bestuursrecht. Artikel 3 van de wet betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's is evenwel niet beperkt tot een werknemer of beambte in de zin van het arbeidsrecht of het bestuursrecht. Het is de bedoeling van de (Europese) wetgever geweest dat de computerprogramma's die ontwikkeld worden in het kader van een onderneming-vennootschap, aan deze laatste toekomen en niet aan het individu dat het programma ontwikkelde.*

*De goede trouw bij de uitvoering van de onderaannemings-overeenkomst vereist dat de onderaannemer de broncodes volledig overhandigt aan de aannemer.*

**DROITS INTELLECTUELS****Programmes d'ordinateur – Acquisition du droit programmes d'ordinateur – Code source programme d'ordinateur sur mesure – Remise forcée sans rémunération**

*Il n'est pas contestable que les droits (de propriété) sur les codes source de programmes d'ordinateurs font partie des droits patrimoniaux sur ces programmes. Ils sont cessibles. Ceci vaut également pour le droit d'usage.*

*Le gérant et l'associé actif ne sont pas des employés ni des fonctionnaires au sens du droit du travail ou du droit public. L'article 3 de la loi relative à la protection des programmes d'ordinateurs n'est cependant pas limité aux employés ou fonctionnaires au sens du droit du travail ou du droit public. Le législateur (européen) a voulu que les programmes d'ordinateurs développés au sein d'une entreprise-société appartiennent à cette dernière et non pas à l'individu qui a développé le programme.*

*La bonne foi lors de l'exécution d'un contrat de sous-traitance exige que le sous-traitant mette à disposition de l'entrepreneur l'ensemble des codes sources.*

**BVBA Phaeros Group/BVBA Tauris**

**Zet.: P. Vanherpe, G. Vanderstichele en G. De la Ruelle (raadsheren)**

**Pl.: Mrs. G. Van den Branden en A. Erauw**

**I. Bestreden beslissing – Rechtspleging in hoger beroep**

1. Bestreden beslissing: het vonnis van de eerste kamer van de rechtbank van eerste aanleg te Gent (06/34/A) van 12 februari 2007.

2. Het hoger beroep is ingesteld bij verzoekschrift van 10 mei 2007. Het is tijdig en regelmatig naar de vorm. Een akte van betekening wordt niet voorgelegd, hoewel de BVBA Tauris schrijft dat er zou betekend zijn op 24 april 2007.

Het hof heeft artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken in acht genomen.

De procedure gebeurde op tegenspraak.

**II. Overblijvende betwisting – Feiten – Procedure in eerste aanleg**

3. De overblijvende betwisting betreft de vragen:

– of aan de leveringsplicht van een computerprogramma voldaan is ingeval de broncode van het programma niet is meegeleverd. Bij het beantwoorden van deze vraag moet rekening gehouden worden met het feit dat

\* de persoon die de software ontwikkelde ten tijde van de eerste ontwikkeling respectievelijk zaakvoerder en werkend vennoot was van de beide partijen in het geding;

\* dezelfde persoon na de overdracht van zijn aandelen in appellante in onderaanneming de bestaande software wijzigde en uitbreidde in uitvoering van een bestelling die dateert van vóór de overname van de aandelen;

– wie van beide partijen derhalve recht heeft op de broncodes voor de softwareprogramma's "Ensor" en "Enigma";

– of de BVBA Phaeros Group terecht een aantal facturen van de BVBA Tauris niet betaald heeft, in toepassing van de exceptie van niet-uitvoering van de overeenkomst, omdat de broncode haar niet is overgemaakt.

**Samenvatting van een aantal relevante feiten**

4. Zowel de BVBA Phaeros Group (hierna "Phaeros") als de BVBA Tauris (hierna "Tauris") zijn actief op de markt van de ontwikkeling van software voor havenbedrijven.

5. Tauris is op 23 februari 1995 opgericht door de heer E.F. en mevrouw A.-M.R. (stuk I.12 van het dossier van geïntimeerde).

Phaeros is opgericht op 30 maart 1999 door de heren L.V.O. en E.F., samen met een derde persoon (stuk I.11 van het dossier van geïntimeerde).

De heer V.O. was tevoren tewerk gesteld bij de NV Sybase (zie verder). Beide zijn geen partij in dit geding.

6. Twee softwareontwikkelingscontracten zijn relevant in het voorliggende geschil.

Het ontwikkelingscontract voor “Enigma”, de software voor het havenbedrijf van Gent, werd in 1999 gesloten tussen het havenbedrijf van Gent en Sybase (stukken 1 en 4 van het dossier van appellante).

De software werd in onderaanneming ontwikkeld door Tauris (overeenkomst van 30 maart 1999 – stuk 2 van hetzelfde dossier).

De overeenkomst tot ontwikkeling en levering van “Ensor”, het softwareprogramma voor de haven van Oostende, werd door het havenbedrijf gesloten met Phaeros (contract van 2 augustus 1999 – stuk 3 van hetzelfde dossier). Sybase was geen partij bij deze overeenkomst.

In geen van deze overeenkomsten werden afspraken gemaakt met betrekking tot de rechten op de broncodes van het programma.

Op het ogenblik dat de overeenkomsten gesloten werden met Tauris (30 maart 1999 voor Enigma) en Phaeros (2 augustus 1999 voor Ensor) was de heer E.F. zaakvoerder-werkend vennoot van Tauris en werkend vennoot bij Phaeros.

De beide computerprogramma's werden (de facto) minstens voor het grootste gedeelte door de heer E.F. gemaakt.

Op 28 februari 2000 deelt E. F. namens de BVBA Tauris aan de NV Sybase mee dat alle software van Enigma bij een notaris (in escrow of als voorloper ervan) werd gedeponneerd (stuk I.9 van het dossier van geïntimeerde).

Van een depot van de software van Ensor liggen geen stukken voor.

Er bestaat geen betwisting met betrekking tot het feit dat eerst het programma “Enigma” ontwikkeld werd voor de haven van Gent. Dit programma werd herleid tot zijn essentie in een apart softwareprogramma “Harbour View”. Op basis van “Harbour View” is daarna de software voor de haven van Oostende, “Ensor”, gecreëerd.

Na het afsluiten en uitvoeren van de hiervoor besproken ontwikkelingscontracten sloot Phaeros nog onderhoudscontracten af met het havenbedrijf Gent in 2001 (stuk I.1.a van het dossier van geïntimeerde) en met de haven van Oostende in 2002 (stuk I.1.b van hetzelfde dossier). Deze overeenkomsten bedingen uitdrukkelijk dat nieuwe configuraties en/of nieuwe software niet tot het onderwerp van de onderhoudsovereenkomst behoren. Zij zijn geldig voor een jaar, telkens stilzwijgend verlengbaar.

In de loop van oktober en november 2003 schrijft Phaeros twee offertes uit voor koppelingen voor “Enigma” en twee offertes voor koppelingen en een uitbreiding voor “Ensor” (stukken I.3 tot en met I.6 van het dossier van geïntimeerde). Deze offertes worden door de respectievelijke havens aanvaard. Dit zijn nieuwe softwareontwikkelingsovereenkomsten, zij het dat het om wijzigingen van reeds bestaande software gaat. De bestelling wordt concreet uitgevoerd door de heer E.F. Er liggen geen stukken voor van een onderaanneming van deze bestellingen aan Tauris, al verwijst de heer F. namens Tauris wel naar een onderaanneming in een brief van 24 juli 2006, dit is op een ogenblik dat de betwisting reeds is ontstaan (stuk IV.1.a van het dossier van geïntimeerde). De werken voor deze bestellingen worden – minstens voorlopig – opgeleverd in juli 2005 (voor de haven van Gent: zie stuk I.5 van het dossier van geïntimeerde).

Naar aanleiding van deze laatste overeenkomsten (tot wijziging van “Enigma” en “Ensor”) ontstaat de betwisting tussen partijen (stukken uit kافت II van het dossier van geïntimeerde – zie verder).

De heer E.F. deponeert de software van het vernieuwde “Enigma” in escrow in 2005 (geen stuk; dit wordt afgeleid uit de depotcode van het escrowbedrijf). Dit depot wordt hernieuwd op 19 mei 2006 (stuk I.10 van het dossier van geïntimeerde).

Van een depot in escrow voor het vernieuwde “Ensor” liggen geen stukken voor.

7. In oktober 2004 draagt de heer E.F. zijn aandelen in Phaeros over aan de heer V.O.

Op 24 november 2004 sluiten Tauris en Phaeros een overeenkomst (stuk 6 van het dossier van appellante).

De relevante bepalingen in deze overeenkomst zijn de volgende:

In de preambule van de overeenkomst van 11 november 2004 tussen Tauris en Phaeros staat uitdrukkelijk geschreven:

“De BVBA Tauris is gespecialiseerd in projecten en softwareontwikkeling voor de maritieme wereld. ‘Harbour View’, de ontwikkeling van een haveninformatiesysteem, is één van haar belangrijkste realisaties en werd ontwikkeld in onderaanneming van NV Sybase.

De BVBA Phaeros Group wenst dit product zelfstandig verder te commercialiseren.” (stuk I.2 van het dossier van geïntimeerde).

Artikel 1 van dezelfde overeenkomst bepaalt:

“De BVBA Tauris,... geeft hierbij aan de BVBA Phaeros... een éénmalige copy van de broncode van de software voor het haveninformatiesysteem ‘Harbour View’.

De BVBA Phaeros Group zal de software eigenhandig onderhouden en uitbreiden en commercialiseren onder haar eigen naam.

De BVBA Tauris behoudt zich eveneens het recht voor de voornoemde software of componenten ervan zelf te onderhouden en uit te breiden en te commercialiseren.”

8. Na de overdracht van de aandelen van de heer E.F. in Phaeros aan de heer V.O. in oktober 2004 werkt de heer E.F. verder in Tauris.

Op 4 juli 2005 stelt Phaeros Tauris in gebreke, in hoofdzaak om “op zeer korte termijn (binnen de 48 uur) de volledige source code, zoals nu in gebruik bij onze klanten, Gent en Oostende, met inbegrip van de in onze opdracht gerealiseerde koppelingen ter beschikking te stellen zodat we de nodige kwaliteitscontroles kunnen uitvoeren en de volledige nieuwe source code kunnen deponeren bij onze notaris, vóór de installatie bij onze klanten de haven van Gent en van Oostende.” (stuk 7.1 van het dossier van appellante).

Tauris weigert dit.

Er volgt briefwisseling maar de partijen bereiken geen overeenstemming. Phaeros dagvaardt op 29 december 2005.

### ***Beslissing van de eerste rechter***

9. De eerste rechter oordeelde dat de vordering van Phaeros tot afgifte van de broncodes ongegrond is. Verder oordeelde zij dat de vordering van Tauris gegrond is en dat Phaeros de facturen moet betalen.

### **III. Grieven – Voorwerp van het hoger beroep**

10. Phaeros werpt – samengevat – op dat de eerste rechter ten onrechte geoordeeld heeft dat:

- 1) Tauris eigenaar is van de vermogensrechten op de softwareprogramma’s “Enigma” en “Ensor”;
- 2) de exceptie van niet-uitvoering niet geldig toegepast werd door Phaeros;
- 3) de stakingsvordering ten gronde wegens oneerlijke concurrentie niet gegrond was.

11. Bij conclusie tekent Tauris incidenteel hoger beroep aan omdat de eerste rechter geen voorbehoud gegeven heeft voor de werken “Safeseanet” en de aanpassing van de CBS-adapter.

In graad van beroep begroot zij dit onderdeel van de vordering op 65.926,58 EUR, te vermeerderen met de interesten conform de wet inzake betalingsachterstand in handelszaken.

### **IV. Beoordeling**

#### ***Het vermogensrecht over de broncode***

Op de volgende gronden oordeel het hof dat Phaeros minstens een gebruiksrecht en zelfs het eigendomsrecht over de broncode van zowel “Enigma” als “Ensor” heeft.

#### ***Algemeen***

12. Hoewel het in de praktijk voor de auteur van de software niet steeds zeer veel verschil zal maken, is het hof van oordeel dat het nodig is het volgende onderscheid te formuleren. De vordering tot afgifte van de broncode staat niet noodzakelijk steeds gelijk met de vraag naar het eigendomsrecht over de broncode. Het is rechtsgeldig dat de besteller van software op maat een gebruiksrecht op de broncode en geen eigendomsrecht met betrekking tot de broncode verkrijgt. Zowel het eigendomsrecht als het gebruiksrecht op de broncode kunnen al dan niet tegen vergoeding verleend worden. Dit alles is in hoofdzaak bepaald door de feitelijke omstandigheden van een geding. Uit wat hierna volgt, zal blijken dat in deze zaak het eigendomsrecht over de broncode in het geding is. Bovendien gaat het om een betwisting over het eigendomsrecht van de broncode zonder dat er een (bijkomende of afzonderlijke vergoeding) gevorderd of geboden wordt.

In deze zaak gaat het om de afgifte van de broncode voor software op maat. Deze wordt onderscheiden van de broncode voor standaard computerprogramma’s. In de praktijk is dit onderscheid niet steeds even duidelijk omdat sommige software op maat een variatie op standaardsoftware zijn. Over dit aspect is er evenwel geen betwisting.

De vraag naar de rechten van partijen op de broncodes van de computerprogramma’s Enigma en Ensor wordt in deze zaak beheerst door 1) de wet van 30 juni 1994 houdende omzetting in Belgisch recht van de Europese richtlijn van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma’s (hierna “Wet Rechtsbescherming Software”), 2) de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en naburige rechten (hierna “Auteurswet”) en 3) eventueel de overeenkomsten tussen partijen en tussen partijen en de kopers van de software.

De Wet Rechtsbescherming Software regelt de vraag naar het eigendomsrecht over de broncode niet uitdrukkelijk. Daarom wordt het geschil ook opgelost aan de hand van de Auteurswet.

Een goede overeenkomst die de rechten met betrekking tot de broncode duidelijk afspeelt, kan derhalve veel conflicten voorkomen (van de relatief schaarse rechtspraak met betrekking tot de afgifte van de broncode hebben nogal wat uitspraken betrekking op de overeenkomst met inbegrip van de algemene voorwaarden en de interpretatie ervan. Zie bv. Hoge Raad (Nl.) 21 juni 1996, Automatiseringscentrum Wim Van Genk BV / Technische Handelsmaatschappij J. de Wild BV, Computerr. 1996/5, 186, met concl. adv.-gen. Koopmans (190) en noot A.P. Meijboom (193); dit is een uitspraak in cassatie na: Gerechtshof ’s Hertogenbosch 24 april 1995, Computerr. 1996/5, 181; dit is een uitspraak in hoger beroep na: President Arrondrb. Breda 2 september 1994, Computerr. 1994/6, 254, met noot A.P. Meijboom; Pres. arrondrb. ’s Hertogenbosch 26 januari 1993, Breedveld

& Schröder BV / Mr. Keizers q.q., Computerr. 1993/6, met noot E.P.M. Thole (257); Arbitragecommissie van de Stichting Geschillenoplossing Automatisering 9 mei 1995, V. / A., Computerr. 1996/3, 107) (Opvallend is dat nogal wat rechtspraak in kort geding is uitgesproken, wat de bewijsvoering en de beoordeling beïnvloedt).

Een dergelijke overeenkomst ligt in het geheel niet voor met betrekking tot “Enigma” of “Ensor” (zie verder voor de invloed van de overeenkomst van november 2004 met betrekking tot het programma “Harbour View”).

### **Het gebruiksrecht**

13. Op de volgende gronden oordeelt het hof dat Phaeros minstens een kopie van de broncode van de software “Enigma” en “Ensor” moet ontvangen.

Artikel 6 § 1 Wet Rechtsbescherming Software bepaalt:

“Tenzij bij overeenkomst uitdrukkelijk anders is bepaald, is voor de in artikel 5, a) en b) genoemde handelingen, geen toestemming van de rechthebbende vereist wanneer deze handelingen voor de rechtmatige gebruiker noodzakelijk zijn om het computerprogramma te kunnen gebruiken voor het beoogde doel, met inbegrip van het verbeteren van fouten.”

Artikel 5 van dezelfde wet bepaalt het volgende:

“Onverminderd de artikelen 6 en 7, omvatten de vermogensrechten:

a) de permanente of tijdelijke reproductie van een deel of het geheel van een computerprogramma, ongeacht op welke wijze en in welke vorm. Voor zover voor het laden of in beeld brengen, of de uitvoering, transmissie of opslag van een computerprogramma deze reproductie van het programma noodzakelijk is, is voor deze handelingen toestemming van de rechthebbende vereist;

b) het vertalen, bewerken, arrangeren of anderszins veranderen van een programma, en de reproductie van het resultaat daarvan, onverminderd de rechten van degene die het programma verandert”.

Aangezien de toestemming niet vereist is om de handelingen van artikel 5, a) en b) te stellen en aangezien de broncode, minstens een kopie ervan op een drager die voor de computer leesbaar is, nodig is om die handelingen te kunnen stellen, heeft de koper van een computerprogramma op maat op grond van artikel 6 § 1 Wet Rechtsbescherming Software in principe recht op een kopie van de broncode.

Er kan geen betwisting zijn met betrekking tot de vraag of het een noodzakelijke handeling uitmaakt voor Phaeros om bijvoorbeeld het programma te bewerken, nu zij de software heeft laten maken door de heer E.F. om deze te verkopen aan de havens van Gent en Oostende. Op het ogenblik dat de betwisting ontstond, waren deze havens de contractpartijen

van Phaeros. Om bijvoorbeeld fouten te kunnen verbeteren, moest en moet Phaeros over de broncode beschikken.

Op grond van het voorgaande wordt Tauris veroordeeld om aan Phaeros een kopie ter beschikking te stellen van de broncode van de programma’s “Enigma” en “Ensor”. Het moet gaan om de huidige versie van de broncode (zie verder).

Voor zover nog nodig, voegt het hof nog het volgende toe. In de voorliggende zaak komt Phaeros ook het eigendomsrecht over de broncode van de twee programma’s toe.

### **Het eigendomsrecht**

14. Artikel 3 van de Wet Rechtsbescherming Software bepaalt:

“Tenzij bij overeenkomst of statutair anders is bepaald, wordt alleen de werkgever geacht verkrijger te zijn van de vermogensrechten met betrekking tot computerprogramma’s die zijn gemaakt door een of meer werknemers of beampten bij de uitoefening van hun taken of in opdracht van hun werkgever.”

Er is geen betwisting dat de (eigendoms)rechten op de broncodes van computerprogramma’s tot de vermogensrechten op die programma’s behoren. Ze zijn overdraagbaar. Hetzelfde geldt voor het gebruiksrecht.

Een zaakvoerder en een werkend vennoot zijn geen werknemer of beampte in de zin van het arbeidsrecht of het bestuursrecht. Artikel 3 van de Wet Rechtsbescherming Software is evenwel niet beperkt tot een werknemer of beampte in de zin van het arbeidsrecht of het bestuursrecht. Het is de bedoeling van de (Europese) wetgever geweest dat de computerprogramma’s, die ontwikkeld worden in het kader van een onderneming-vennootschap, aan deze laatste toekomen en niet aan het individu dat het programma ontwikkelde. Het is niet omdat een softwareontwikkelaar voor een constructie als zelfstandige of met een vennootschap kiest, die naar Belgisch recht fiscaal gunstiger is dan het statuut van werknemer (of beampte), dat de doelstelling van de wet ontweken kan worden.

De verklaring van 29 januari 2008 van de heer E.F. dat “alle vermogensrechten op al de door mij ontwikkelde software (waaronder Enigma, Ensor, Harbour View, Loodswezen,...) werden door mij steeds en vanaf de oprichting van BVBA Tauris afgestaan en ingebracht in deze vennootschap” (stuk III.57 van het dossier van geïntimeerde) is in die zin enigszins overbodig (hoewel voorzichtig, gelet op de terminologie van de Wet Rechtsbescherming Software). Het is niet betwist en kan niet betwist worden dat de software “Enigma” en “Ensor” ontwikkeld werden bij de uitoefening van de taak van de heer E.F. binnen Tauris en Phaeros en in opdracht van deze vennootschappen.

Bovendien stemt deze eenzijdige verklaring niet helemaal overeen met de werkelijkheid van de vennootschappen Tau-

ris en Phaeros en de ontwikkeling van de software door de heer E.F. voor deze vennootschappen (zie verder).

Bijzondere overeenkomsten of statutaire bepalingen liggen niet voor.

Het voorgaande heeft evenwel niet de (rechts)gevolgen die Phaeros het zou willen verlenen. Tauris kan niet als werknemer van Phaeros beschouwd worden. Het gaat om twee aparte vennootschappen, die als zodanig moeten behandeld worden. Een natuurlijke persoon kan eventueel en in welbepaalde omstandigheden als een schijnzelfstandige beschouwd worden, een vennootschap als zodanig daarentegen niet. De juridische aard van een natuurlijke persoon die werkend vennoot en/of zaakvoerder is, is dermate verschillend van de juridische aard van een rechtspersoon, dat het wel consequent was van de eerste rechter om dit onderscheid te maken.

Bovendien leidt de redenering van Phaeros er hoe dan ook niet toe dat zij over de vermogensrechten op “Enigma” en “Ensor” zou beschikken. Tauris is geen werknemer. Gesteld dat artikel 3 § 1 Wet Rechtsbescherming Software niet van toepassing is op de zaakvoerder, dan is het auteursrecht integraal bij de heer E.F. gebleven, nu hij de programma’s geschreven heeft. In de redenering van Phaeros verwerft zij nog niet de vermogensrechten.

15. Op grond van artikel 1 van de Wet Rechtsbescherming Software worden computerprogramma’s, het voorbereidend materiaal daaronder begrepen, overeenkomstig het bepaalde in richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma’s auteursrechtelijk beschermd en gelijkgesteld met werken van letterkunde in de zin van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst.

Voor aangelegenheden die niet of niet uitdrukkelijk of voldoende geregeld zijn in de Wet Rechtsbescherming Software, zoals de rechten van de besteller van software op maat, valt de rechtszoekende dus terug op de Auteurswet.

Op grond van artikel 1 van de Auteurswet komen de vermogensrechten op een werk enkel toe aan de auteur. De overdracht van deze rechten moet en kan enkel gebeuren door middel van een schriftelijke overeenkomst.

De besteller van software op maat wordt derhalve geen eigenaar van de broncode, tenzij daarover een andersluidende overeenkomst is gesloten en tenzij de artikelen 5 en 6 van de Wet Rechtsbescherming Software van toepassing zijn.

Een dergelijke overeenkomst ligt in deze zaak niet voor. Er moet wel rekening gehouden worden met de feitelijke situatie in deze zaak, meer bepaald het aandeelhouderschap en de hoedanigheid van werkend vennoot in hoofde van de auteur.

16. “Enigma” werd aanvankelijk ontwikkeld door Tauris, in onderaanneming van Sybase. Met deze laatste is geen betwisting over het auteursrecht. Punt 5 van de overeen-

komst tussen deze partijen bepaalt dat zowel Tauris als Sybase de software mogen verkopen (en dus niet enkel in licentie geven – stuk 2 van het dossier van appellante).

Dit is consistent met twee feiten:

1) Tauris factureerde de ontwikkeling van “Enigma” aan Sybase (stukken III.1 – 49 van het dossier van geïntimeerde). De facturen van Tauris aan Phaeros voor “Enigma” betreffen het onderhoudscontract voor dit programma en niet de creatie van software (stukken 11.5 van het dossier van appellante);

2) Tauris deponeerde op 28 februari 2000 de software bij een notaris (zie feitelijke uiteenzetting).

Phaeros toont niet aan dat zij op enige wijze tussengekomen is in de eerste ontwikkeling van “Enigma”.

Een overeenkomst tot overdracht van de broncodes of andere vermogensrechtelijke aspecten van het auteursrecht wordt niet voorgelegd.

In tegenstelling tot wat Phaeros schrijft, kan het wel dat in de relatie tussen de heer E.F. en Tauris artikel 3 van de Wet Rechtsbescherming Software van toepassing is en in de relatie tussen Tauris en Phaeros artikel 3 § 1 van de Auteurswet. De hoedanigheden van de betrokken (rechts)personen verschillen.

Op de broncodes van het oorspronkelijke programma “Enigma” kan Phaeros derhalve geen enkel vermogensrechtelijk aspect van het auteursrecht op de broncode laten gelden. Dit komt Tauris toe. Het oorspronkelijke programma werd evenwel later grondig gewijzigd door twee uitbreidingen-koppelingen (zie verder).

17. De overeenkomst tot ontwikkeling van het “Ensor”-programma werd afgesloten tussen het havenbedrijf van Oostende en Phaeros.

Het is de heer E.F. die de software schreef, minstens voor het grootste gedeelte. Er ligt geen enkel bewijs voor van een onderaanneming tussen Phaeros en Tauris. Deze wordt uiteraard niet vermoed. Er ligt evenmin een bewijs voor van het feit dat de heer E.F. de software zou ontwikkeld hebben in zijn hoedanigheid van zaakvoerder-werkend vennoot van Tauris en niet van Phaeros, waar hij evenzeer werkend vennoot was op het ogenblik dat “Ensor” geschreven werd. Ook hier is een voldoende duidelijk bewijs vereist en geldt geen vermoeden. In tegenstelling tot wat Tauris argumenteert (op p. 5 van haar syntheseconclusie) is het aandeelhouderschap van de heer E.F. in Tauris en in Phaeros dus wel relevant.

Het feit dat volgens Tauris “mondelijke overeenkomsten” (p. 6 van de syntheseconclusie van Tauris) afgesloten werden, waarbij in het midden blijft wie precies partij was, bevestigt dat de heer E.F. als aandeelhouder van Phaeros optrad, veeleer dan dat Tauris als onderaannemer van Phaeros werkte.

Het voorgaande is consistent met de facturatie door Phaeros aan de haven van Oostende (stukken 11.1.2 van het dossier van appellante). Ook met de facturatie van Tauris aan Phaeros (stukken 11.1.3 van hetzelfde dossier) is dit voldoende consistent. De bewijswaarde van de facturatie van Tauris aan Phaeros is ten andere van een geringe waarde omdat niet uit te sluiten valt dat ook hier om fiscale redenen gefactureerd wordt, veeleer dan omdat er een overeenkomst van onderaanneming zou gesloten zijn.

Van een gedeeld eigendomsrecht is geen sprake nu niet is aangetoond op welke wijze Tauris in de ontwikkeling is tussen gekomen. Het aandeelhouderschap van de heer E.F. is op zich geen voldoende element; zeker niet nu Phaeros de overeenkomst is aangegaan en er geen bewijs van een onderaanneming voorgelegd wordt.

Aangezien de heer E.F. als werkend vennoot van Phaeros de software "Ensor" ontwikkeld heeft, is het niet relevant dat hij bij de betaling van de factuur de broncode niet fysisch overhandigd heeft. Tauris toont niet aan dat partijen op het ogenblik dat de heer E.F. aandeelhouder was van beide vennootschappen een systeem hadden voor het bijhouden van broncodes, waarvan al dan niet is afgeweken voor "Ensor".

18. In november 2003 sloot Phaeros met de havens van Oostende en Gent nieuwe softwareontwikkelingsovereenkomsten af (zie feitelijke uiteenzetting). Tauris wordt op de overeenkomst niet vermeld.

Ook hier is het de heer E.F., die minstens het grootste gedeelte van de koppelingen en uitbreidingen uitwerkte. Opnieuw liggen geen stukken van een onderaanneming voor, noch is er enig gegeven waaruit noodzakelijkerwijze zou moeten besloten worden dat de heer E.F. in de hoedanigheid van zaakvoerder-werkend vennoot van Tauris optrad en niet als werkend vennoot van de contractant van de beide havens, namelijk Phaeros.

Gelet op het feit dat 1) het om wijzigingen door uitbreiding en koppeling van de oorspronkelijke programma's gaat, die aangepast werden aan de gewijzigde omstandigheden en technische mogelijkheden, waarbij niet is aangetoond dat deze zonder meer los staan van of afsplitsbaar zijn van de oorspronkelijke programma's en 2) contractueel Phaeros de enige partij is en 3) de heer E.F. op het ogenblik van de contractsluiting nog steeds werkend vennoot is bij Phaeros, is het hof van oordeel dat de auteursrechten op het gewijzigde geheel toekomen aan Phaeros.

Tauris argumenteert dat Sybase gerechtigd is op de broncode van het oorspronkelijke programma. Niet alleen vordert Sybase de broncode niet, bovendien ligt geen bewijs voor dat de uitbreidingen niet voldoende substantieel zijn om het gehele programma te wijzigen. Tauris deponeerde daarenboven (ten onrechte) de broncode van het gewijzigde "Enigma" in escrow in eigen naam en niet namens Sybase. Dit argument wordt dan ook verworpen.

19. De volgende vraag die rijst, is of er een invloed is van de overdracht van de aandelen van de heer E.F. in Phaeros aan de heer V.O. in oktober 2004 en zo ja, welke.

Bij de overdracht van aandelen in oktober 2004 is geen regeling getroffen voor de software "Enigma" en "Ensor". Op grond van artikel 3 Wet Rechtsbescherming Software en artikel 3 § 1 van de Auteurswet is een geschrift vereist voor de overdracht van de auteursrechtelijke vermogensrechten. Bij gebrek aan een overeenkomst ter zake wordt besloten dat de auteursrechten van de beide partijen blijven voortbestaan bij de partij aan wie ze voor de aandelenoverdracht toekwamen, dit is Phaeros.

Er zijn geen elementen om aan te nemen dat er een (stilzwijgende) overeenkomst van onderaanneming is ontstaan na oktober 2004, gesteld dat dit al een rechtsgeldige overdracht van auteursrechten zou kunnen impliceren.

20. Gezien de nieuwe softwareontwikkelingsovereenkomsten (en de onderhoudsovereenkomsten) met de havens van Gent en Oostende gesloten waren met Phaeros mag ervan uitgegaan worden dat deze overeenkomsten tot het patrimonium van Phaeros behoren en dat hiermee rekening gehouden is bij de waardebepaling van de aandelen van de heer E.F. Om het patrimonium van Phaeros in stand te kunnen houden na de overdracht van de aandelen is minstens een kopie van de broncode op de twee computerprogramma's noodzakelijk.

21. Het geschil met betrekking tot de broncodes van "Enigma" en "Ensor" kan niet beslecht worden aan de hand van de overeenkomst van 24 november 2004, omdat het voorwerp van deze overeenkomst zich niet uitstrekt tot de broncodes van de software "Enigma" en "Ensor", die hier in het geding zijn.

De relevante bepalingen in deze overeenkomst zijn de volgende:

In de preambule van de overeenkomst van 11 november 2004 tussen Tauris en Phaeros staat uitdrukkelijk geschreven:

"De BVBA Tauris is gespecialiseerd in projecten en softwareontwikkeling voor de maritieme wereld. 'Harbour View', de ontwikkeling van een haveninformatiesysteem, is één van haar belangrijkste realisaties en werd ontwikkeld in onderaanneming van NV Sybase.

De BVBA Phaeros Group wenst dit product zelfstandig verder te commercialiseren." (stuk I.2 van het dossier van geïntimeerde).

Artikel 1 van dezelfde overeenkomst bepaalt:

"De BVBA Tauris,... geeft hierbij aan de BVBA Phaeros... een éénmalige copy van de broncode van de software voor het haveninformatiesysteem 'Harbour View'.

De BVBA Phaeros Group zal de software eigenhandig

onderhouden en uitbreiden en commercialiseren onder haar eigen naam.

De BVBA Tauris behoudt zich eveneens het recht voor de voornoemde software of componenten ervan zelf te onderhouden en uit te breiden en te commercialiseren.”

Weliswaar werd deze overeenkomst aangegaan na de aandelenoverdracht aan de nieuwe aandeelhouders van Phaeros, maar de geciteerde bepalingen volstaan niet om ook de rechten op de broncodes van “Enigma” en “Ensor” te regelen. Harbour View werd volgens Tauris ontwikkeld uit Enigma. Het is de herleiding van “Enigma” tot een essentie en vertrekbasis voor nieuwe programma’s voor andere havens. “Ensor” werd ontwikkeld op basis van “Harbour View”. Het is evenwel niet omdat een overeenkomst gesloten werd met betrekking tot het basisprogramma, “Harbour View” en daarvoor éénmalig een kopie van de broncode werd overgemaakt, dat Phaeros op die grond geen aanspraak meer kan maken op de computerprogramma’s “Ensor” en “Enigma”. Beide programma’s bestonden op het ogenblik van de aandelenoverdracht en de overeenkomst van november 2004 reeds apart en volwaardig autonoom.

Uit het feit dat wel een regeling getroffen werd voor “Harbour View” en niet voor de twee programma’s die nu in het geding zijn, kan niet afgeleid worden dat het eigendomsrecht op de broncode bij Tauris zou berusten. Dit is zeker niet het geval nu hiervoor werd besloten dat dit berust bij Phaeros. De contractuele regeling voor “Harbour View” verandert daar niets aan.

Het hof verwerpt bijgevolg dit argument.

22. Tot slot en voor zover nog nodig werpt het hof op dat voor zover Tauris zou onderaannemer geweest zijn van Phaeros de goede trouw bij de uitvoering van de onderaannemingsovereenkomst vereist dat zij de broncodes volledig overhandigt aan Phaeros.

Nu de heer E.F. geen partij is in het geding kan hem niet op zijn plicht van goede trouw als aandeelhouder-werkend vennoot gewezen worden.

#### ***Gevolg van het eigendomsrecht over de broncode voor Phaeros: bevel tot afgifte van de broncode***

23. Het bestreden vonnis wordt hervormd.

Phaeros is de rechtmatige eigenaar van de broncodes van de software “Enigma” en “Ensor”. Tauris wordt veroordeeld tot afgifte van de laatste versie van deze broncodes aan Phaeros, op een drager, die op een hedendaagse computer leesbaar is.

Het hof verwerpt het argument dat de afgifte van de broncodes technisch niet mogelijk is. Tauris beging een fout door de broncodes niet van meetaf aan (juli 2005) af te leveren en moet nu het nodige doen om alsnog haar overeenkomst uit te voeren.

Een dwangsom van 5.000 EUR per broncode en per dag vertraging in de volledige aflevering wordt opgelegd, vanaf de

veertiende dag na de betekening van dit arrest en met een maximum van 200.000 EUR. Uit de voorgeschiedenis van deze zaak blijkt dat het weinig waarschijnlijk is dat de afgifte vrijwillig zal gebeuren.

Uit de gegevens van de zaak blijkt dat de havens van Oostende en Gent respectievelijk op 30 april 2006 en 31 december 2006 hun overeenkomsten met Phaeros beëindigd hebben en daarna een nieuwe overeenkomst met Tauris aangegaan zijn. Er is eveneens gebleken dat dit het gevolg geweest is van de praktische onmogelijkheid voor Phaeros om het onderhoud en de ontwikkeling van de programma’s voor deze havens verder te verzorgen, precies omdat Tauris de afgifte van de broncodes weigerde.

Het is daarom niet meer dan een normaal onderdeel van de schadevergoeding dat de volledige broncodes voor de software voor deze havens op bruikbare en leesbare wijze afgeleverd wordt, op datum van de uitspraak van dit arrest.

De overige middelen en argumenten van partijen worden niet verder beantwoord, nu zij niets kunnen wijzigen aan het voorgaande.

#### ***Terechte toepassing van de exceptie van niet-uitvoering van de overeenkomst***

24. Uit het voorgaande volgt dat Phaeros terecht toepassing gemaakt heeft van de exceptie van niet-uitvoering van de overeenkomst en terecht de facturen niet betaald heeft. Door de broncodes niet mee te leveren, heeft Tauris haar leveringsplicht niet volledig vervuld.

Phaeros wordt gemachtigd de betaling van de vier facturen verder op te schorten tot zij de volledige huidige broncode van zowel “Enigma” als “Ensor” op een voor de hedendaagse computer leesbare drager ontvangen heeft van Tauris.

#### ***De vordering ten gronde tot staken***

25. Phaeros vordert “verbod te horen opleggen aan Tauris om met de als onderaannemer van Phaeros verworven kennis en contacten, direct of indirect via een derde, dezelfde prestaties te leveren voor de beide betrokken havens maar dan als hoofdaannemer” en hiervoor werd reeds geoordeeld dat Tauris niet enkel onderaannemer was (aanvankelijk, voor “Enigma”), maar dat de software ook en vooral ontwikkeld werd voor Phaeros door de heer E.F. in zijn hoedanigheid van werkend vennoot.

De overeenkomsten tussen Phaeros en de bevoegde overheden van de havens van Oostende en Gent zijn op 30 april en 31 december 2006 opgezegd. Sedertdien werken zij met een andere contractant.

Het opleggen van het gevraagde verbod zou impliceren dat het hof tussenkomt in de contractuele relatie van de havens met in dit geval Tauris. Een dergelijke vorm van rechtsherstel valt buiten de rechtsmacht van het hof, zodat de vordering om die reden afgewezen wordt.

**Het voorbehoud voor een schadevergoeding wegens medewerking aan contractbreuk, afwijzing van cliënteel en delo-  
yale uitvoering van de onderaannemingsovereenkomsten**

26. In de voorliggende zaak is principieel de aangewezen vorm van rechtsherstel de schadevergoeding en niet het stakingsgebod.

Het gevraagde voorbehoud kan, gelet op al het bovenstaande, gegeven worden.

Het incidenteel hoger beroep: de vordering met betrekking tot “Safeseanet”

27. Terecht oordeelde de eerste rechter dat deze oorspronkelijke tegenvordering toelaatbaar is. Proces-economisch is het verantwoord deze vordering in te stellen in de procedure die Phaeros tegen Tauris voert. Nu het Phaeros is die gedagvaard heeft, is het uiteraard niet mogelijk dat de niet-betaling van de factuur of een voorbehoud voor de factuur die tijdens de procedure zal opgemaakt worden en vervallen in de oorspronkelijke dagvaarding voorkomt.

Uit stuk IV.1.a. van het dossier van Tauris blijkt dat er ten andere een verband is, nu het om een factuur voor ontwikkeling en onderhoud van “Enigma” en “Ensor” gaat in de periode ná de overdracht van de aandelen.

De factuur is voor het onderdeel met betrekking tot “Ensor” (43.635,13 EUR) gerechtvaardigd op basis van de bijgevoegd brief van de haven van Oostende van 11 juli 2006.

Dit onderdeel van de vordering is gegrond, met dien verstande dat ook hier toepassing gemaakt mag worden van de exceptie van niet-uitvoering, op grond van al het voorgaande.

Voor “Enigma” ligt geen rechtvaardigingstuk voor, zodat hiervoor enkel een voorbehoud gegeven kan worden.

**Kosten**

28. Op grond van de artikelen 1042, 1017 en 1022 Ger.W. wordt Tauris tot betaling van de kosten van de oorspronkelijke hoofdvordering en van het principaal beroep en Phaeros tot betaling van de kosten van de oorspronkelijke tegenvordering en van het incidenteel hoger beroep veroordeeld.

De basisvergoeding voor het hoofdberoep bedraagt 1.200 EUR, nu het om een niet in geld waardeerbare vordering gaat en enkel een voorbehoud voor de schadevergoeding werd verleend.

De basisvergoeding voor het incidenteel hoger beroep bedraagt 5.000 EUR.

**V. Beslissing**

Het hoger principaal en incidenteel beroep zijn toelaatbaar, en gegrond in de hierna volgende mate:

Het hof:

- hervormt het bestreden vonnis, behalve voor zover het de vorderingen toelaatbaar verklaarde;
- verklaart de oorspronkelijke hoofd- en tegenvordering gegrond in de hierna volgende mate;
- zegt voor recht dat appellante de rechtmatige eigenaar is van de broncodes van de computerprogramma’s “Ensor” en “Enigma”, hiervoor nader aangeduid;
- veroordeelt geïntimeerde tot afgifte van de laatste versie zoals deze bestaat op datum van de afgifte van deze broncodes aan appellante, op een drager, die op een hedendaagse computer leesbaar is, onder verbeurte van een dwangsom van 5.000 EUR per broncode en per dag vertraging in de volledige aflevering, vanaf de veertiende dag na de betekening van dit arrest en met een maximum van 200.000 EUR;
- machtigt appellante om de 4 hoger genoemde facturen + het gedeelte van de factuur van 24 juli 2006 dat betrekking heeft op “Ensor” niet te betalen tot de volledige broncode op een leesbare drager is afgeleverd;
- verleent geïntimeerde voorbehoud voor de betaling van het gedeelte van de factuur van 24 juli 2006 voor zover het gedeelte van dat betrekking heeft op het onderhoud en de ontwikkeling van het programma “Enigma” gerechtvaardigd wordt;
- verwerpt de vorderingen voor het overige;
- veroordeelt geïntimeerde tot betaling van de kosten van de hoofdvordering en het hoofdberoep en appellante tot betaling van de kosten van de oorspronkelijke tegenvordering en het incidenteel hoger beroep, bepaald als volgt:

appellante:	
eerste aanleg:	
dagvaarding:	260,19 EUR
rechtsplegingsvergoeding:	364,40 EUR
hoger beroep:	
rolrecht:	186,00 EUR
rechtsplegingsvergoeding	
hoofdvordering:	1.200,00 EUR
geïntimeerde:	
eerste aanleg:	
rechtsplegingsvergoeding:	364,40 EUR
hoger beroep:	
rechtsplegingsvergoeding:	
tegenvordering	5.000,00 EUR
(...)	

**Noot**

Zie noot J. Keustermans in dit nummer bij arrest hof van beroep Brussel 2 april 2009 in dit nummer p. 845.