

Noot

De uitbreidbaarheid van rechten op databanken en op broncode van software*Jeff Keustermans¹*

Beide in deze noot besproken arresten situeren zich op het domein van het informaticarecht.

Het arrest van het hof van beroep Brussel van 2 april 2009 betreft de vraag naar het eigendomsrecht op de sui generis bescherming van een databank. Deze wettelijke bescherming werd ingevoerd in 1998 ingevolge een Europese richtlijn². De wet voorziet in een dubbele bescherming voor databanken: een klassieke auteursrechtelijke bescherming en een specifieke sui generis bescherming. Deze laatste vorm van bescherming was het antwoord van de Europese wetgever op het probleem dat de auteursrechtelijke bescherming die alleen de vorm en niet de inhoud van een databank beschermt als onvoldoende werd beschouwd. In deze noot wordt tevens aandacht besteed aan recente arresten van het Hof van Justitie die een aantal aspecten van de sui generis

bescherming uitdiepen.

Het arrest van het hof van beroep te Gent van 22 december 2008³ heeft betrekking op computerprogramma's. Deze worden beschermd ingevolge een wet uit 1994⁴ die de bescherming van computerprogramma's regelt onder het auteursrecht, weze het in een bijzondere wet welke een aantal specifieke aspecten van deze technische creaties behandelt⁵. Het arrest behandelt de zeer relevante vraag in welke omstandigheden een gebruiker van een computerprogramma ook recht heeft op de broncode⁶.

In de geannoteerde arresten werden zowel het hof van beroep te Brussel als dat te Gent geconfronteerd met een complex feitenrelaas en niet altijd even duidelijke contractuele afspraken.

DATABANKEN

Het hof van beroep te Brussel diende te oordelen over een databank met financiële informatie en gegevens over ondernemingen en hun bestuurders. De databank was samengesteld door de vennootschap Help⁷.

Ingevolge een overeenkomst uit 1990 had Help haar databank ter beschikking gesteld van de Franse vennootschap OR Télématique. Na enkele bedrijfsovernames geraakte de gegevens in handen van de groep Coface. De overeenkomst met OR Télématique was reeds op 26 november 1992 door Help beëindigd omdat Help een cd-rom met de gegevens had aangetroffen bij een derde, nl. Van Dijk Editions électroniques. Dergelijke verspreiding was in strijd met de bepalingen van de overeenkomst. Een grote hoeveelheid gegevens

uit de databank samengesteld door Help werden in 2003 en 2004 n.a.v. beschrijvende beslagen aangetroffen in de databank van Coface.

InfoBase stelde dat zij door middel van een overeenkomst met Help uit 1998 als eigenaar van de rechten op de databank diende te worden beschouwd. Volgens InfoBase pleegde Coface inbreuk op die rechten.

Bestaan en overdracht van de rechten op de databank aan InfoBase

InfoBase steunt haar vordering op artikel 4 van de wet betreffende de rechtsbescherming van databanken: "Produ-

¹ Advocaat-vennoot, De Bandt Keustermans & Van den Brande (Brussel).

² Wet van 31 augustus 1998 houdende omzetting in Belgisch recht van de Europese richtlijn van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken (*BS* 14 november 1998), in deze bijdrage ook "databankenwet" genoemd. Zie algemeen F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Brussel, 2000, 231, nrs. 275 e.v.; A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Brussel, 2008, 291, nrs. 183 e.v.

³ Gepubliceerd in dit nummer p. 819 e.v.

⁴ Wet van 30 juni 1994 houdende omzetting in Belgisch recht van de Europese richtlijn van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (*BS* 27 juli 1994, *err.* *BS* 5 november 1994), in deze bijdrage ook "softwarewet" genoemd.

⁵ Zie algemeen F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Brussel, 2000, 214, nrs. 248 e.v.; A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Brussel, 2008, 2737, nrs. 174 e.v.

⁶ De broncode is de voor een programmeur leesbare versie van een computerprogramma. Om een programma aan te passen dient men over de broncode te beschikken. De broncode geeft ook inzicht in de toegepaste technische oplossingen en bevat in vele gevallen geheime knowhow van de programmeur. De versie die de computer doet werken noemt men de objectcode of machinetaal-versie. Deze is niet leesbaar voor de programmeur. Het is een huzarenstuk om de objectcode te analyseren en te trachten er terug broncode van te maken. Velen gaan ervan uit dat dit meestal niet mogelijk, minstens niet werkbaar is. Bovendien is het aan strikte wettelijke voorwaarden onderworpen. Zie art. 7 van de softwarewet. Het belang van de beschikbaarheid van de broncode is aldus manifest.

⁷ Eerdere uitspraken m.b.t. deze aangelegenheid werden gepubliceerd: Brussel 14 juli 2008, *AM* 2008, 381, *TBH* 2009, 413, met noot T. DE HAAN, "Le pouvoir du juge sur les mesures de description dans le cadre de la saisie en matière de contrefaçon", *TBH* 2009, 419; Beslagr. Nijvel 30 juli 2008, *AM* 2008, 392.

centen van databanken hebben het recht de opvraging en/of het hergebruik van het geheel of van een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van de inhoud van hun databanken te verbieden.” Artikel 2, 5° van de databankenwet bepaalt dat de producent van een databank de natuurlijke persoon of de rechtspersoon is die het initiatief neemt tot en het risico draagt van de investeringen waardoor de databank ontstaan is.

Volgens Coface kon InfoBase niet worden beschouwd als producent omdat InfoBase slechts licentiehouder zou zijn ingevolge de overeenkomst van 1998. Coface baseerde de conclusie dat de databank niet in eigendom was overgedragen op het feit dat InfoBase een vergoeding diende te betalen gebaseerd op haar omzet gerealiseerd met de databank en het feit dat de overeenkomst uit 1998 stelt: “InfoBase sera considéré comme producteur-exploitant de la base de données, le concepteur [rester]a toujours Monsieur [W.J.]”.

Het hof volgde Coface niet. De overeenkomst van 1998 voorzorg in de overname van lichamelijke en onlichamelijke activa van Help en omvat bijgevolg de overdracht van eigendomsrechten⁸. Door in de overeenkomst te spreken over “producent” in het kader van de databankenwet, aldus het hof, kunnen partijen de betekenis en gevolgen daarvan niet ontkennen.

Vervolgens stelt het hof de vraag of de databank die in 1998 in eigendom werd overgedragen wel beschermd is onder de databankenwet. Daartoe is onder meer vereist dat de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering⁹. De rechtspraak heeft eerder bevestigd dat de substantiële investering betrekking moet hebben op de verkrijging, controle of presentatie van de inhoud van de databank zelf, en bijvoorbeeld niet op het schrijven van teksten of informatie die in de databank is opgeslagen¹⁰. Met de kosten verbonden aan het creëren van de elementen die in een databank worden opgenomen mag geen rekening worden gehouden. Indien de kosten van de samenstelling van de databank zo niet geheel dan toch grotendeels sowieso in de rand van een andere hoofdactiviteit zouden zijn gemaakt, kunnen die kosten niet in rekening worden gebracht voor het beoordelen van het substantiële karakter van de investering. Dit was bijvoorbeeld het geval voor de kosten van immobielmakelaars m.b.t. de gegevens over de huizen die ze te koop stelden¹¹, en voor bepaalde gegevens die de organisatoren van paardenrennen zonder substantiële kost genereerden uit hun bedrijfsactiviteit¹². De kwantitatieve beoordeling slaat op de te becijferen bestede middelen, terwijl de kwali-

tatieve beoordeling betrekking heeft op niet kwantificeerbare inspanningen zoals een intellectuele inspanning of energieverbruik¹³.

Het hof wijst er op dat in casu de inspanningen van Help (de oorspronkelijke producent) dienen te worden beoordeeld en niet de inspanningen van InfoBase. Help had 1.351.763,71 EUR geïnvesteerd in de databank. De prijs die InfoBase aan Help heeft betaald (in de loop der jaren 63.727,50 EUR) is volgens het hof van geen belang. Het hof oordeelt dus dat bij een overdracht van de sui generis rechten de investeringen die in overweging moeten worden genomen niet de prijs is betaald door de overname maar wel de financiële inspanningen van de overdrager-producent. Alleen wanneer de prijs dermate onbeduidend zouden zijn kan dat leiden tot een “diskwalificatie” van de overeenkomst van overdracht. Omdat de voorwaarden vervuld blijken, beschouwt het hof InfoBase als producent in de zin van de databankenwet voor de vereiste investering in hoofde van de oorspronkelijke producent en voor de overdracht.

De rechten van Coface

Volgens Coface was het gevolg van de overeenkomst uit 1990 dat de eigendom op de individuele gegevens aan haar rechtsvoorganger werd overgedragen, waardoor Coface uiteindelijk eigenaar was van de InfoBase-gegevens welke na een controle en opkuis in 1997 nog voorkwamen in de Coface-databank.

Het hof volgt dit standpunt niet. Volgens het hof was er in de overeenkomst van 1990 tussen Help en de rechtsvoorganger van Coface geen sprake van een overdracht van rechten, doch slechts van niet-exclusieve gebruiksrechten. Daarbij speelde het feit een rol dat de gebruiksrechten beperkt waren tot het eigen intern gebruik met het oog op verwerking in rapporten aan klanten van de licentienemer. De overeenkomst voorzorg uitdrukkelijk dat elke reproductie, zelfs gedeeltelijk, verspreiding of terbeschikkingstelling aan derden op om het even welke drager van elementen uit de databank als oneerlijke concurrentie diende te worden beschouwd. Dergelijke ernstige beperking van de rechten is in strijd met het idee van een overdracht van de rechten.

Het hof wijst er op dat de prijs die aan Help werd betaald voor bijkomende gegevens (de databank werd verder aangevuld tijdens de duurtijd van de overeenkomst) een stuk kleiner was dan de kosten die Help droeg voor het verzamelen van de gegevens. Om die reden kan er, volgens het hof, geen sprake zijn van een overdracht. Hiermee lijkt het hof zich

⁸ Art. 5 van de databankenwet bepaalt: “Het recht van de producenten van databanken is een roerend recht dat overgaat bij erfopvolging en vatbaar is voor gehele of gedeeltelijke overdracht, overeenkomstig de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek. Het kan onder meer worden vervreemd of in gewone of exclusieve licentie worden ondergebracht.”

⁹ Art. 3, al. 1 databankenwet.

¹⁰ Brussel 5 juni 2007, *AM* 2008, 37, *IRDI* 2008, 95.

¹¹ Arnhem 4 juli 2006, *Computerr*: 2007, 35, met noot O. VOLGENANT.

¹² HvJ 9 november 2004, C-203/02, *The British Horseracing Board e.a.*, ro. 28-42.

¹³ Antwerpen 19 december 2005, *AM* 2007, 85.

enigszins tegen te spreken, gelet op bovenstaande cijfers tussen Help en Infobase. Naar mijn gevoel leidt het hof uit de prijszetting van de bijkomende gegevens in de totale context van de overeenkomst eerder af dat het de bedoeling van Help moet zijn geweest om dezelfde gegevens ook nog aan derden ter beschikking te stellen, wat een overdracht vanzelfsprekend zou uitsluiten. De overdracht tussen Help en InfoBase in 1998 kende duidelijkere bewoordingen, was vergezeld van facturen die vermeldden “la cession du droit sui generis sur la base de données” en werd gevolgd door de feitelijke stopzetting van de activiteiten van Help. De relatief lage prijs betaald door InfoBase deed aan die duidelijkheid geen afbreuk. De betaalde prijs kan m.i. dus een element zijn dat helpt bij de kwalificatie van de overeenkomst, doch is niet van doorslaggevend belang om de bedoeling van partijen te achterhalen.

De inbreuken door Coface

Het hof leidt uit eigen verklaringen van Coface af dat zij de databank van Help/InfoBase in haar eigen databank heeft opgenomen. Daarbij voelt het hof zich gesteund door de vaststellingen van de gerechtsdeskundige. Deze had vastgesteld dat louter toevallige presentatiewijzen uit de databank van InfoBase ook opdoken in de databank van Coface. Daaruit blijkt een overname. Het Hof van Justitie oordeelde op 5 maart 2009¹⁴ dat de inbreukmakende opvraging inderdaad kan blijken uit het feit dat fysieke en technische kenmerken die door een bepaalde persoon werden aangebracht in de eerste databank ook voorkomen in de tweede databank. Om een overname van gegevens te bewijzen is het niet ongebruikelijk dat producenten van databanken fictieve gegevens opnemen. Wanneer deze opduiken in de inbreukplegende databank is een goede verklaring moeilijk te verzinnen¹⁵.

Coface argumenteerde dat zij niets anders deed dan wat haar was toegelaten onder de overeenkomst uit 1990 en dat er geen sprake is van onwettige opvraging of hergebruik van het geheel of van een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van de inhoud van de databank van InfoBase.

Terecht benadrukt het hof dat het van geen belang is of de opvraging dan wel het hergebruik tot doel heeft om een andere al dan niet concurrerende databank te creëren, van eenzelfde of andere grootte, of dat dit daarentegen gebeurt in

het kader van een andere activiteit. De bedoeling van de databankenwet is om de producent te beschermen tegen handelingen waarmee de gebruiker zijn legitieme rechten¹⁶ te buiten gaat en aldus afbreuk doet aan de gedane investering¹⁷.

Het verweer dat Coface de gegevens van de databank van InfoBase stuk voor stuk zou hebben gecontroleerd en opgekuist en dus niet het geheel of een substantieel deel van de databank van InfoBase heeft overgenomen, slaagt niet. Het hof wijst er op dat ook het herhaald en systematisch opvragen en/of hergebruiken van niet-substantiële delen van de inhoud van de databank niet zijn toegestaan indien zij strijdig zijn met een normale exploitatie van die databank of zij ongerechtvaardigde schade toebrengen aan de rechtmatige belangen van de producent¹⁸.

Het hof steunt hiervoor terecht op het recente arrest van het Hof van Justitie inzake *Directmedia Publishing*¹⁹. In deze zaak had Directmedia een cd-rom uitgebracht met “1.000 Gedichte, die jeder haben muss”. Bij de selectie van de gedichten voor haar cd-rom had Directmedia een lijst gebruikt die was opgesteld door de heer Knoop op kosten van de Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg. Het overzicht van de universiteit bevatte de 1.100 belangrijkste gedichten uit de Duitse literatuur tussen 1730 en 1900 en was tot stand gekomen na een wetenschappelijk onderzoek van geselecteerde anthologieën (bloemlezingen) op basis van het aantal vermeldingen van elk van de 20.000 gedichten die er in voorkwamen. 856 van de 1.000 gedichten van Directmedia kwamen ook voor op de lijst van de heer Knoop. Het Bundesgerichtshof stelde volgende prejudiciële vraag: “Kan de overname van gegevens uit een op grond van artikel 7, lid 1 van [richtlijn 96/9] beschermde databank ook een opvraging in de zin van artikel 7, lid 2, sub a) van de richtlijn zijn wanneer daarbij de databank eerst wordt geraadpleegd en de gegevens een voor een worden geëvalueerd, of is voor een opvraging in de zin van deze bepaling vereist dat een databestand (fysiek) wordt gekopieerd?” Het Hof van Justitie wees op de definitie van opvraging in de richtlijn²⁰ die duidelijk stelt dat de wijze of vorm van opvraging irrelevant zijn. Het kopiëren van een substantieel deel van een databank, zelfs met de hand en na een persoonlijke beoordeling en individuele selectie van de gegevens, valt daarom onder het begrip “opvraging”²¹. Het Hof van Justitie wees er op dat dit op zich niet leidt tot een monopolie op

¹⁴. HvJ 5 maart 2009, C-545/07, *Apis-Hristovich EOOD*, ro. 55.

¹⁵. Antwerpen 24 september 2007, *IRDI* 2008, 113.

¹⁶. De rechtmatige gebruiker heeft de rechten door de producent van de databank of bij wet toegestaan (art. 2, 4^o databankenwet).

¹⁷. Europese richtlijn nr. 96/9/EG van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken (*Pb.L.* 77, 27 maart 1996), overweging 42; HvJ 9 november 2004, C-203/02, *The British Horseracing Board e.a.*, ro. 45-49.

¹⁸. Art. 4, al. 2 databankenwet.

¹⁹. HvJ 9 oktober 2008, C-304/07, *Directmedia Publishing*, onder meer gepubliceerd in *AM* 2009, 92 (Franse versie), *Computerr*: 2009, 25 (Nederlandse versie), met noot O. VOLGENANT.

²⁰. *Idem* in art. 2, 2^o van de databankenwet: “opvraging: de permanente of tijdelijke overbrenging van de inhoud van een databank of van een substantieel deel daarvan op een andere drager, ongeacht op welke wijze en in welke vorm...” (cursivering toegevoegd).

²¹. HvJ 9 oktober 2008, C-304/07, *Directmedia Publishing*, ro. 18, 37 en 60 en recent bevestigd in HvJ 5 maart 2009, C-545/07, *Apis-Hristovich EOOD*, ro. 39-40.

informatie omdat derden de databank kunnen raadplegen²². Het sui generis recht verbiedt niemand het werk van de heer Knoop opnieuw uit te voeren en op die manier onafhankelijk

een eigen beschermde databank samen te stellen. Coface had in dezelfde zin op eigen kracht haar eigen databank kunnen samenstellen.

BRONCODE²³ VAN SOFTWARE

De complexe feiten die aan de basis lagen van het arrest van het hof van beroep te Gent kunnen als volgt worden samengevat. De computerprogramma's "Enigma" en "Ensoor" hebben dezelfde programmatuur als kern, "Harbour View" genaamd. Ingevolge overeenkomsten van 1999 werd "Enigma" geleverd aan het havenbedrijf van Gent, door de NV Sybase (met BVBA Tauris als onderaannemer), en "Ensoor" aan de thuishaven van de schilder, met name het havenbedrijf van Oostende, door de BVBA Phaeros. Ten tijde van de oorspronkelijke programmatie was de programmeur werkende vennoot zowel bij Tauris als bij Phaeros. Vanaf oktober 2004 was de programmeur alleen aandeelhouder van Tauris, waar hij de hele tijd zaakvoerder van was. De broncode van "Harbour View" werd door Tauris op 24 november 2004 aan Phaeros ter beschikking gesteld, tezamen met een toelating deze te commercialiseren, recht dat Tauris ook voor zichzelf voorbehield. Tauris leverde in juli 2005 als onderaannemer van Phaeros aanpassingen aan de software van beide havenbedrijven ingevolge offertes van oktober en november 2003. De broncode van de vernieuwde "Enigma" werd bij een derde in depot gegeven ("escrow") in 2005 en in 2006. Op 4 juli 2005 stelde Phaeros Tauris in gebreke om op zeer korte termijn de volledige broncode van de programma's zoals op dat ogenblik in gebruik in Gent en Oostende ter beschikking te stellen "zodat we de nodige kwaliteitscontroles kunnen uitvoeren en de volledig nieuwe source code kunnen deponeren bij onze notaris, vóór de installatie bij onze klanten...". Tauris weigerde dat.

De eerste rechter wees de vordering van Phaeros af. Het hof van beroep kende de vordering toe.

Partijen waren het eens over het feit dat het in casu software op maat betrof. Terecht merkt het hof op dat het onderscheid niet altijd even duidelijk is omdat sommige maatsoftware vertrekt van standaardsoftware. In dat geval zal de situatie bij gebrek aan afspraken alleen maar ingewikkelder zijn.

Standaardsoftware

Voor standaardsoftware bestaat er eensgezindheid dat de gebruiker in principe geen aanspraak kan maken op de broncode, tenzij hij dat uitdrukkelijk heeft bedongen. In zoverre de licentieovereenkomst al niet uitdrukkelijk stelt dat alleen de objectcode wordt ter beschikking gesteld, gaat men er vanuit dat de leverancier van standaardsoftware niet de bedoeling heeft de broncode te leveren. Deze heeft immers een grote waarde²⁴, welke meestal in totale wanverhouding staat met de prijs van een gebruikslicentie. Indien de broncode van een standaardpakket toch essentieel is voor een gebruiker, zoekt men meestal zijn toevlucht tot het depot bij een derde ("escrow")²⁵ of geeft men de voorkeur aan open source software²⁶.

Maatsoftware

Bij maatsoftware ligt het anders. De klant betaalt meestal een groot deel of het geheel van de ontwikkelingskost en het programma is vaak (doch geenszins altijd) alleen bruikbaar in zijn onderneming. Om die reden worden in goede overeenkomsten hierover duidelijke afspraken gemaakt, die vaak voorzien dat de broncode ter beschikking is (desgevallend onder een geheimhoudingsverplichting) of bij een derde in bewaring wordt gegeven²⁷.

²² HvJ 9 oktober 2008, C-304/07, *Directmedia Publishing*, ro. 54.

²³ De broncode is de voor een programmeur leesbare versie van een computerprogramma. Om een programma aan te passen dient men over de broncode te beschikken. De broncode geeft ook inzicht in de toegepaste technische oplossingen en bevat in vele gevallen geheime knowhow van de programmeur. De versie die de computer doet werken noemt men de objectcode of machinetaal-versie. Deze is niet leesbaar voor de programmeur. Het is een huzarenstuk om de objectcode te analyseren en te trachten er terug broncode van te maken. Velen gaan ervan uit dat dit meestal niet mogelijk, minstens niet werkbaar is. Bovendien is het aan strikte wettelijke voorwaarden onderworpen. Zie art. 7 van 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 (*BS* 27 juli 1994, *err. BS* 5 november 1994), in deze bijdrage ook "softwarewet" genoemd. Het belang van de beschikbaarheid van de broncode is aldus manifest.

²⁴ Omwille van de in de broncode zichtbare technische oplossingen die vaak kostbare geheime knowhow uitmaken en de mogelijkheid die de broncode biedt om het programma te wijzigen.

²⁵ Zie A. NAEYAERT, "De broncode en het faillissement van de softwareleverancier", *Jura Falc.* 1995-96, 529; J. PROOT, "Principes inzake escrow" in S. DE KEYSER, K. DE VULDER en S. VAN CAMP (eds.), *Hoekstenen van informaticacontracten*, Praktijkids VZW, Kluwer, 2004, 168.

²⁶ Zie onder meer S. VAN CAMP, "Open source software: de ondraaglijke lichteheid van een concept", *TBH* 2006, 487; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, "Open source software: een analyse naar Belgisch recht", *IRDI* 2007, 369.

²⁷ Art. 6 § 1 van de softwarewet laat toe de gebruiker te verbieden het programma te wijzigen. Dat is niet ongebruikelijk wanneer de leverancier voor het onderhoud instaat. Het is belangrijk dit aspect goed te regelen naar aanleiding van een eventuele latere terbeschikkingstelling van de broncode (bv. bij vrijgave uit escrow).

Het hof van beroep te Gent werd geconfronteerd met feiten waarin de partijen dit belangrijke aspect niet afdoende hadden geregeld.

Analyse van het arrest leert dat het hof zijn oordeel om de broncode te doen overleggen in essentie baseert op de specifieke feiten van het dossier door middel van interpretatie van de overeenkomsten tussen partijen en een zoektocht naar de bedoeling van de partijen. Het hof tracht ook een aantal elementen te putten uit de softwarewet en de auteurswet.

De prijs die was betaald voor de aandelen Phaeros wees volgens het hof op de intentie van partijen om de broncode ter beschikking te hebben binnen Phaeros, teneinde Phaeros toe te laten om haar patrimonium, waar blijkbaar duur voor was betaald, in stand te houden. De bijzondere omstandigheid dat de programmeur als werkende vennoot actief was geweest binnen Phaeros én Tauris, was volgens het hof eveneens van belang. In zoverre Tauris onderaannemer was geweest van Phaeros oordeelde het hof dat de goede trouw bij de uitvoering van de onderaannemingsovereenkomst de overhandiging van de broncodes vergde.

Deze benadering kan worden gevolgd en m.i. had het hof dit aspect wellicht nog meer kunnen uitwerken. Ook in het buitenland wordt de vraag of broncode moet worden ter beschikking gesteld beantwoord na een onderzoek naar de bedoeling van de partijen²⁸. Die kan onder meer blijken uit het doel van de overeenkomst en het door partijen vooropgezette gebruik van de software (commercialisering door de opdrachtgever, voortdurende aanpassing aan de noden van de opdrachtgever, etc.)²⁹, het feit dat de houder geen geldig belang heeft om zich tegen de overlegging te verzetten³⁰, de

omstandigheid dat het programma specifiek voor het bedrijf van de opdrachtgever werd ontwikkeld en niet elders inzetbaar is³¹ en de overeengekomen prijs³². De bijzondere waarde van de geheime knowhow die zichtbaar is in de broncode en de inspanningen die de leverancier ondernomen heeft om die geheim te houden, zou een andere factor kunnen uitmaken.

Terecht stelde het hof dat in de wettelijke bepalingen weinig of niets gesteld wordt omtrent het terbeschikkingstellen van broncode. Uit de strikte regeling van artikel 7, waarin wordt bepaald wanneer men wel en niet mag trachten te decompileren³³, blijkt dat het automatisch terbeschikkingstellen van broncode zeker niet de bedoeling van de Europese wetgever was. Om die reden kan men dan ook niet concluderen dat een gebruiker die beschikt over het recht om de software te verbeteren³⁴ louter daarom het recht heeft om de broncode te bekomen³⁵. De wet maakt nergens het onderscheid tussen software op maat of standaardsoftware. Wanneer het hof naar het recht om de software te verbeteren verwijst om de broncode te doen overleggen, wijst het hof niet alleen op het feit dat het in casu maatsoftware betreft, doch ook, en expressis verbis, naar andere feitelijke omstandigheden, zoals het aandeelhouderschap en de hoedanigheid van werkende vennoot in hoofde van de auteur. Daarom laat het arrest niet toe te stellen dat de levering van broncode een automatisch accessorium is van maatsoftware³⁶.

Twee andere redeneringen die het hof in zijn onderzoek van de wettelijke bepalingen ontwikkelde kan ik niet over de hele lijn bijtreden, minstens moeilijker begrijpen.

28. T. HOEREN, "Die Pflicht zur Überlassung des Quellcodes – Eine liberale Lösung des BGH und ihre Folgen", *Computerr.* (Duitsland) 2004, 721; C. KAST, J. SCHNEIDER en V. SIEGEL, "Software Escrow", *Kommunikation & Recht* 2006, 446; A.P. MEIJBOOM, noot onder Hoge Raad 21 juni 1996, *Computerr.* 1996, 193.

29. Bundesgerichtshof 30 januari 1986, *Computerr.* (Duitsland) 1986, 377, *NJW* 1987, 1259; Bundesgerichtshof 16 december 2003, *Computerr.* (Duitsland), 2004, 490, *NJW* 2004, 782.

30. Hoge Raad 21 juni 1996, *Computerr.* 1996, 186, randnr. 3.5; zie hierover ook E.P.M. THOLE, noot onder Voorz. Arrondrb. 's Hertogenbosch 26 januari 1993, *Computerr.* 1993, 257, 258 *in fine*.

31. Voorz. Breda 2 september 1994, *Computerr.* 1994, 254, 255, randnr. 3. Het hof te 's-Gravenhage interpreteerde in zijn arrest van 5 juni 1986 de clausule dat "de programmatuur die door de opdrachtnemer specifiek ten behoeve van opdrachtgever is ontwikkeld... aan opdrachtnemer... ter hand [moet worden] gesteld" als implicierend dat ook de broncode moest worden geleverd. De clausule impliceerde volgens het hof evenwel niet dat opdrachtgever de broncode aan haar nieuwe informaticaleverancier kon ter beschikking stellen aangezien het gebruik van de programmatuur strikt beperkt was tot de opdrachtgever (*Computerr.* 1986, 273 met noot C. STUURMAN). Dit raakt de problematiek van de eventuele vertrouwelijke knowhow die in broncode zichtbaar is.

32. Bundesgerichtshof 16 december 2003, *Computerr.* (Duitsland), 2004, 490, *NJW* 2004, 782. Voor kritische bedenkingen bij de specifieke redenering van het Bundesgerichtshof, zie T. HOEREN, "Die Pflicht zur Überlassung des Quellcodes – Eine liberale Lösung des BGH und ihre Folgen", *Computerr.* (Duitsland) 2004, 721, 724.

33. Decompileren is het omzetten van objectcode naar broncode (zie *supra*, voetnoot 6).

34. Art. 6 § 1 van de softwarewet laat toe het verbeteren van fouten te verbieden. Vermelde wetsbepaling is een correcte invoering in het Belgisch recht van art. 5, lid 1 *jo* 9 van de Europese richtlijn nr. 91/250/EEG van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (*Pb.L.* 12, 17 mei 1991). Volgens overweging 17 van die richtlijn is het evenwel niet toegelaten om het corrigeren van fouten te verbieden... Men kan de tegenstrijdigheid tussen preambule en artikelen uitleggen door te stellen dat dan toch minstens de decompilatie is toegelaten met het oog op het verbeteren van fouten (zie F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Brussel, 2000, 225, nr. 264).

35. In dezelfde zin A.P. MEIJBOOM, noot bij Pres. Arrondrb. Breda 2 september 1994, *Computerr.* 1994, 255, 256.

36. Zoals hierboven toegelicht baseert ook de Nederlandse en Duitse rechtspraak de verplichte overlegging van broncode niet louter op het bestaan van een recht tot verbetering van de software. In het andere geval zou het immers volstaan louter vast te stellen dat er maatsoftware in het geding is om de overlegging van de broncode te bevelen.

Vooreerst is er m.i. geen noodzakelijk verband tussen het hebben van de auteursrechten en het (kunnen) beschikken over de broncode³⁷. De broncode is een van de materiële verschijningsvormen van het werk. Een schilder die zijn schilderij heeft verkocht, beschikt niet meer over de materiële uitvoering van zijn werk. Hij kan niet zomaar de woning van de eigenaar van het schilderij betreden om nog een wijziging aan te brengen. Toch is hij eigenaar van de auteursrechten en de enige die er kopies van kan maken³⁸.

Men kan het hof bijtreden wanneer het stelt dat een schijnzelfstandige die in feite een personeelslid van de vennootschap is, onderworpen is aan de gevolgen van artikel 3 van de softwarewet (overdracht aan de werkgever), doch in het arrest lijkt het hof nogal snel en zonder uitgebreide motivering dergelijke schijnzelfstandigheid en/of ontwijkende constructies aan te nemen. Hierbij mag men niet vergeten dat de

overdracht van auteursrechten op basis van overeenkomst niet zomaar kan worden aangenomen en aan bepaalde strikte voorwaarden moet voldoen³⁹. Het lijkt mij logisch de wettelijke bepaling uit de softwarewet die ook tot een overdracht van auteursrechten leidt even strikt te interpreteren. Bij gebrek aan echte schijnzelfstandigheid of manifeste en intentionele ontwijking van de bepalingen van de softwarewet kunnen zaakvoerders van vennootschappen niet als personeelsleden worden beschouwd.

Het arrest van het hof van beroep te Gent is de eerste uitspraak mij bekend⁴⁰ waarin een hof oordeelde over de vraag of en wanneer de broncode moet worden ter beschikking gesteld bij gebrek aan contractuele afspraken. De beslissing om zich daarbij in essentie te baseren op de bedoeling van de partijen kan worden bijgetreden en is in lijn met de rechtspraak in Nederland en Duitsland.

CONCLUSIE

De discussies welke de hoven van beroep in de geannoteerde arresten dienden te beslechten werden in grote mate veroorzaakt door partijen die niet altijd even duidelijke afspraken maakten. In zo'n geval spelen zowel het wettelijk kader van het betrokken intellectueel recht als feiten en randbepalingen in de overeenkomsten een belangrijke rol bij de zoektocht naar de bedoeling van de partijen. Omwille van de grote investeringen in de ontwikkeling van databanken en het

belang van de beschikbaarheid van de broncode voor ondernemingen zijn duidelijke clausules nodig. Ook leveranciers hebben belang bij duidelijke contracten. Een gedwongen overlegging van broncode kan leiden tot een ongewenste verspreiding van geheime knowhow. Duidelijke teksten kunnen ellenlange procedures met een moeilijk te voorspellen afloop vermijden. Goede afspraken maken goede vrienden.

³⁷. Een overdracht van de auteursrechten aan de opdrachtgever zal wel een element zijn dat bij een zoektocht naar de bedoeling van de partijen in de richting van een recht op de broncode wijst. Anderzijds is het goed mogelijk dat een programmeur/leverancier die belangrijke geheime knowhow verwerkt in de programmatuur wel bereid is de auteursrechten over te dragen met het oog op veiligstelling daarvan bij de opdrachtgever, doch niet de broncode. In dat geval worden best specifieke afspraken gemaakt over de uitvoering van het onderhoud en het depot ("escrow") van de broncode (met geheimhoudingsverplichting bij vrijgave).

³⁸. Art. 9, al. 2 van de Auteurswet. Voor een ander voorbeeld, over de (niet-)levering van muziekpartituren, zie A.P. MEIJBOOM, noot bij Pres. Arrondrb. Breda 2 september 1994, *Computerr.* 1994, 255, 256.

³⁹. Art. 3 van de Auteurswet. Zie in verband met deze auteursrechtelijke principes ook het arrest van het hof van beroep te Gent (uit de periode voor de softwarewet): Gent 27 oktober 1993, *Computerr.* 1994, 19, *RW* 1993-94, 925, met noot F. BRISON, "De houder van het auteursrecht op computerprogrammatuur", *RW* 1993-94, 9YY en J. KEUSTERMANS, "Software, chips en databanken" in F. GOTZEN (ed.), *Belgisch auteursrecht van oud naar nieuw*, 447, 460; Cass. 13 februari 1941, *Pas.* 1941, I, 40.

⁴⁰. Zie ook S. VAN CAMP, "Open source software: de ondraaglijke lichtheid van een concept", *TBH* 2006, 487.