

IN NAAM DER KONINGIN

arrest

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector handel

Zaaknummer : 200.006.902/01

Rolnummer rechtbank : 07-1310

Arrest van de vijfde civiele kamer d.d. 22 februari 2011

inzake

████████████████████,
wonende te ██████████,
appellant,
hierna te noemen: ██████████,
advocaat: mr. G. Meijer te Veendam,

tegen

DE STAAT DER NEDERLANDEN

(Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties),
zetelend te 's-Gravenhage,
geïntimeerde,
hierna te noemen: de Staat,
→ advocaat: mr.drs. S.M. Kingma te 's-Gravenhage.

Het geding

Bij exploit van 16 mei 2008 is ██████████ in hoger beroep gekomen van een door de rechtbank 's-Gravenhage tussen partijen gewezen vonnis van 20 februari 2008. Bij memorie van grieven met producties heeft ██████████ zes grieven aangevoerd. Bij memorie van antwoord met producties heeft de Staat de grieven bestreden.

Vervolgens hebben partijen de stukken overgelegd en arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

1. De door de rechtbank in r.o. 2.1 tot en met 2.9 en 4.2 van het bestreden vonnis vastgestelde feiten zijn niet weersproken, zodat ook het hof daarvan uitgaat. Daarnaast is in hoger beroep komen vast te staan dat de in r.o. 2.9 van het bestreden vonnis genoemde procedure over het ontslag van ██████████ is geëindigd met een uitspraak van de rechtbank Groningen van 16 juli 2009. ██████████ is daarbij in het gelijk gesteld. De Staat heeft aangegeven in beroep te zijn gegaan bij de Centrale Raad van Beroep.
2. Het gaat in deze zaak echter niet om het ontslag, maar om de vraag of het

auteursrecht op een tweetal softwareapplicaties (gespecificeerd in de inleidende dagvaarding onder 9 en 12 en de producties 10 en 11, kort aangeduid als Handelingen respectievelijk ProTEST) toekomt aan [REDACTED], danwel krachtens artikel 7 van de Auteurswet (Aw) aan de (voormalig) werkgever van [REDACTED], de Staat (Ministerie van BZK, meer in het bijzonder de Centrale Archief Selectiedienst, CAS). Partijen hebben hierover verschil van mening gekregen nadat CAS herhaalde verzoeken van [REDACTED] om schriftelijk te bevestigen dat de betreffende werkzaamheden hem waren opgedragen, niet heeft willen honoreren. Vervolgens is [REDACTED] zich op het standpunt gaan stellen dat van een opdracht nooit sprake is geweest en dat, nu het ontwikkelen van software ook niet tot zijn takenpakket behoort, het auteursrecht daarop aan hem toekomt.

3. Artikel 7 Aw luidt als volgt:

Indien de arbeid, in dienst van een ander verricht, bestaat in het vervaardigen van bepaalde werken van letterkunde, wetenschap of kunst, dan wordt, tenzij tusschen partijen anders is overeengekomen, als de maker van die werken aangemerkt degene, in wiens dienst de werken zijn vervaardigd.

Blijkens de memorie van Antwoord (II) van 1912 is met "in dienst van een ander" niet alleen de privaatrechtelijke dienstbetrekking op grond van een arbeidsovereenkomst bedoeld, maar is dit artikel evenzeer van toepassing ten aanzien van ambtenaren in dienst van de Staat, zoals in het onderhavige geval.

4. In een arrest van 19 januari 1951, NJ 1952, 37 heeft de Hoge Raad het oordeel van het hof gesauveerd dat de bepaling van toepassing is wanneer de vervaardiging van het werk door de werknemer heeft gestrekt ter vervulling van de dienstbetrekking en dat zodanig geval zich mede voordoet wanneer de werkgever incidenteel, buiten de eigenlijke functie van de werknemer om (volgens het hof: met tijdelijke en stilzwijgende wijziging van de arbeidsovereenkomst), van de diensten van de werknemer gebruik maakt en deze daarin toestemt.
5. Onder verwijzing naar dit arrest heeft de rechtbank, in het midden latend of het ontwikkelen van (deze) softwareapplicaties tot de functieomschrijving van [REDACTED] behoorde, geoordeeld dat de Staat auteursrechthebbende op de ontwerpen is geworden vanwege een aan [REDACTED] gegeven en door hem aanvaarde (incidentele) opdracht, en heeft zij de vorderingen van [REDACTED] a) voor recht te verklaren dat hij auteursrechthebbende is met betrekking tot de werken (software) als beschreven in de producties 10 en 11 en b) de Staat te gebieden het gebruik van voornoemde software te staken, onder verbeurte van een dwangsom, afgewezen. Daarbij heeft de rechtbank vooral betekenis gehecht aan de inhoud van door [REDACTED] geschreven e-mails, waarin hij vraagt om schriftelijke bevestiging van hem mondeling gegeven opdrachten, die hij op verzoek nader specificeert, waarbij duidelijk is dat het met name gaat om het ontwikkelen van de in het geding zijnde softwareapplicaties.
6. In zijn eerste en vierde grief maakt [REDACTED] bezwaar tegen het belang dat de rechtbank hecht aan de inhoud van de betreffende e-mails. Hij meent dat de rechtbank meer betekenis had moeten hechten aan zijn schriftelijke verklaring, ingediend ter gelegenheid van de comparitie van partijen, waarin hij stelt dat hij zich – als juridische leek – ongelukkig heeft uitgedrukt en dat het hem er slechts om ging de betreffende werkzaamheden schriftelijk vastgelegd te krijgen met het oog op een

functieherwaardering, en waarin hij benadrukt dat in werkelijkheid van een mondeling gegeven opdracht geen sprake is geweest.

In de tweede en derde grief maakt [REDACTED] bezwaar tegen het oordeel van de rechtbank dat de opdrachten in het bereik van de taken van [REDACTED] op het gebied van digitaal archiefbeheer liggen en ook goed te begrijpen zijn tegen de achtergrond van de wens van CAS om in intern beheer tot ontsluiting via internet van de Handelingenbank te komen. [REDACTED] bestrijdt daarbij het oordeel van de rechtbank dat de onvoldoende gemotiveerde ontkenning, door [REDACTED], van de met die wens overeenkomende brede mondelinge opdracht, onvoldoende gewicht in de schaal legt tegenover de gesubstantieerde stellingen van de Staat terzake.

De vijfde grief van [REDACTED] is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat [REDACTED] de applicaties grotendeels in zijn vrije tijd en thuis zou hebben ontwikkeld.

De zesde grief ten slotte betreft de beslissing waartoe de rechtbank is gekomen. Het hof zal deze grieven gezamenlijk behandelen.

7. Nu de regeling van artikel 7 Aw. een uitzondering vormt op de algemene regel dat de schepper van een werk als maker wordt beschouwd, rust de bewijslast van de stelling dat aan de voorwaarden voor toepasselijkheid van deze bepaling is voldaan op de Staat.
8. Behalve de door de rechtbank in aanmerking genomen e-mails, zijn in dat verband de volgende passages uit de gedingstukken en de overgelegde (en in zoverre niet betwiste inhoud van de) producties van belang:

a) (standpunt [REDACTED] ten aanzien van de oorsprong van de applicaties en zijn claim daarop):

- de inleidende dagvaarding onder 8 en 11:

"8. (...) Eiser is van mening dat een deel van de door hem verrichte werkzaamheden, met name de werkzaamheden die hij in privé-tijd heeft verricht, niet behoren tot zijn functie en ook niet behoren tot de opgedragen taken, nu eiser diverse keren heeft verzocht om schriftelijk de verrichte werkzaamheden te bevestigen, waartoe van de zijde van het management nimmer is overgegaan.

(...)

11. Omdat eiser in zijn vrije tijd en ten behoeve van privé doeleinden bezig was geweest met de ontwikkeling van een database met zoekfunctie voor portretfoto's heeft eiser, geheel op eigen initiatief, de software door ontwikkeld, zodat deze van nut zou zijn voor gedaagde. Eiser heeft deze software uiteindelijk in een testversie geïnstalleerd, dit met medeweten van het management. Voordat het software in een testversie is geïnstalleerd heeft eiser de software in februari 2006 reeds op zijn eigen privé-site geplaatst (www.[REDACTED].info\CAS\Handelingenbank.php). Op voordracht van eiser is hierna het internetdomein "handelingenbank.info" gereserveerd voor gedaagde, waarna de software hierop is geplaatst.

12. Eiser heeft daarnaast "proTEST" ontwikkeld, een controleprogramma dat controleert op de juistheid van de ingevoerde gegevens in de programmatuur ten

behoefte van archiefbewerking. Ook dit programma is door eiser ten behoeve van voornoemde privé doeleinden ontwikkeld en nadien aangepast om van nut te kunnen zijn binnen de dienst van gedaagde."

- het verslag van de bespreking tussen [REDACTED] en [REDACTED] van 23 mei 2006, waarin staat dat gedeelten van de broncode door [REDACTED] in eigen beheer, in privé-tijd zijn ontwikkeld (en zonder het management te informeren zijn toegepast bij de ontwikkeling van applicaties ten behoeve van o.a. de handelingenbank) en dat [REDACTED] aangeeft dat het "copyright" alleen geldt voor de door hem in eigen beheer, in privé-tijd ontwikkelde code (productie 8 bij inleiden dagvaarding).

b) introductie van de applicaties bij CAS

- de verklaring ter comparitie van partijen in eerste aanleg van [REDACTED] dat hij de – volgens zijn stelling op eigen initiatief en voor zichzelf ontwikkelde – software zonder medeweten van zijn superieuren eerst op zijn eigen PC op het werk heeft gezet en later, eveneens zonder medeweten, op het netwerk van CAS, waar het is uitgetest door zijn collega;

- het verslag van het gesprek tussen de heer [REDACTED], directeur van CAS, en [REDACTED] op 6 juni 2006 (onderdeel van prod. 13 bij dagv.), waarin in de eerste alinea door eerstgenoemde wordt aangegeven niet te hebben geweten dat CAS-systemen deels draaiden met gebruik van wat hij noemt: "privé software";

- de ongedateerde brief van [REDACTED] aan Achmea-Arbo (eveneens onderdeel van prod. 13 bij dagv.), waarin wordt gesteld dat [REDACTED] zelf thuis software heeft ontwikkeld die zonder medeweten dan wel instemming van hem als bevoegd gezag wordt toegepast in CAS ICT-applicaties;

- de verklaring van [REDACTED] ter comparitie van partijen in eerste aanleg dat hij verbaasd/verbijsterd was over het feit dat hij niet gekend was in het eigenmachtig op het netwerk plaatsen van applicaties door [REDACTED];

c) verdere gang van zaken binnen CAS; communicatie intern en extern

- een mail van [REDACTED] van 29 september 2005 aan (o.a.) [REDACTED] en [REDACTED] waarin hij meldt " (...) De programmatuur is nog in ontwikkeling. [REDACTED] test op dit moment de mogelijkheden en maakt eventuele wensen en opmerkingen aan mij kenbaar;
Te zijner tijd kan de programmatuur beschikbaar worden gesteld via iCas. (...)" (productie 3 bij memorie van grieven)

- een mail van [REDACTED] van 30 september 2005 aan [REDACTED] waarin hij laatstgenoemde mededeelt dat het erop lijkt dat een zinnig instrument is ontwikkeld om de kwaliteit van CAS-producten te helpen opvoeren. Uit de toelichting op grief V blijkt dat het hierbij om de door [REDACTED] ontwikkelde applicaties gaat (productie 3 bij memorie van grieven);

- een e-mail van [REDACTED] van 13 januari 2006 (bijlage 4 bij het hierna sub d genoemde memorandum), waarin wordt aangekondigd dat (onder meer) [REDACTED]

zich onder leiding van [REDACTED] bezig houdt met het ontwikkelen van nieuwe middelen en dat per 1 januari 2006 ProZoek vervangen wordt door ProTEST en dat men voor vragen terecht kan bij (o.a.) [REDACTED];

- een presentatie van [REDACTED] over de nieuwe applicaties onder de vlag van CAS over het binnen de Handelingenbank ontwikkelde systeem ProTEST op 10 mei 2006 bij het ministerie van Economische Zaken in het kader van een zogenoemde ISP-bijeenkomst (bijlage 5 en 7 bij het memorandum);

d) brede opdracht

- de verklaring ter comparitie van [REDACTED] dat hij erkent dat niet met zoveel woorden specifiek is opgedragen om te gaan programmeren, maar dat de opdracht een bredere strekking had en dit werk eronder valt. Die bredere opdracht hield volgens zijn verklaring in het in eigen beheer via internet ontsluiten van Handelingen;

- het memorandum van een drietal ex-collega's van [REDACTED] aan [REDACTED] van 14 september 2007 (prod. II bij een brief van de Staat van 17 september 2007 aan de rechtbank), waarin de door [REDACTED] gestelde brede opdracht wordt bevestigd.

9. Wat betreft de feitelijke gang van zaken kan, blijkens het voorgaande, als vaststaand worden aangenomen dat [REDACTED] een voor zichzelf in privé ontwikkeld programma heeft doorontwikkeld, "zodat deze van nut zou zijn voor gedaagde" (dagvaarding onder 11) en deze op enig moment, in september 2005 of eerder, in werkzame vorm, zonder medeweten van zijn leidinggevenden, op de systemen van CAS heeft gezet. Na de aanvankelijke boosheid over dat laatste bij zijn leidinggevende [REDACTED] heeft CAS het nut van het initiatief ingezien en het omarmd. [REDACTED] heeft de applicaties vervolgens op het werk en onder de vlag van CAS verder doorontwikkeld, zonder enig voorbehoud te maken ten aanzien van een hem toekomend auteursrecht. Omdat hij erkenning wilde voor zijn initiatief, heeft [REDACTED] met het oog op een functieherwaardering, bij herhaling verzocht schriftelijk bevestigd te krijgen dat het ontwikkelen van de betreffende applicaties hem is opgedragen. Daarbij heeft hij het standpunt ingenomen dat het betreffende werk hem mondeling is opgedragen. Toen honorering van dit verzoek uitbleef, is hij het auteursrecht gaan claimen, onder meer door een copyright-notice in de broncode te plaatsen.
10. Ten aanzien van het betoog van [REDACTED] dat (anders dan de rechtbank heeft beslist) geen sprake is geweest van een opdracht tot het verrichten van de werkzaamheden die hebben geleid tot de applicaties, op de broncode waarvan de gevraagde verklaring voor recht ziet, overweegt het hof als volgt.
11. [REDACTED] doet allereerst een beroep op de omstandigheid dat hij thuis aan het ontwikkelen van de software is begonnen. Blijkens het voorgaande neemt het hof dat als vaststaand aan, evenals het feit dat [REDACTED] de vrucht van zijn arbeid aanvankelijk zonder medeweten van zijn superieuren op de systemen van CAS heeft geïnstalleerd. Deze omstandigheden sluiten evenwel niet uit dat het werk paste binnen het kader van de door [REDACTED] genoemde "bredere opdracht".

12. Het hof acht bewezen dat die brede opdracht, te weten: het (verrichten van werkzaamheden dienstbaar aan het) in eigen beheer via internet ontsluiten van Handelingen, aan onder meer [REDACTED] is gegeven. Het hof onderschrijft in dat verband het oordeel van de rechtbank dat [REDACTED] zijn betwisting daarvan, tegenover de gemotiveerde en gedocumenteerde stellingen van de Staat op dit punt, onvoldoende heeft gemotiveerd. Ook in hoger beroep heeft hij dat niet gedaan, althans is zijn motivering niet steekhoudend. Zo doet [REDACTED] een beroep op het feit dat de opdracht niet op schrift is gesteld. Dat doet echter niet terzake, nu in het kader van artikel 7Aw ook een mondelinge opdracht kan volstaan. Voor zover [REDACTED] betoogt dat geen brede opdracht is gegeven "tot het programmeren van voor CAS essentiële software", ziet hij eraan voorbij dat de door de Staat gestelde opdracht ruimer was, namelijk het (verrichten van werkzaamheden dienstbaar aan het) in eigen beheer via internet ontsluiten van Handelingen. De verwijzing naar de brief waarmee door CAS de overeenkomst met de externe leverancier wordt opgezegd baat [REDACTED] evenmin. Het enkele feit dat daarin wordt aangegeven dat CAS voornemens is de software voor de Handelingenbank en Prozoek aan te schaffen, sluit immers niet uit dat CAS zich ten doel heeft gesteld de Handelingenbank door in eigen beheer te verrichten werkzaamheden via internet te ontsluiten voor andere departementen. Ook de vermelding in de Quick Scan (brief van 17 januari 2003, productie 1 bij memorie van grieven) dat CAS zelf "geen IT ontwikkelingen doet" kan niet tot de door [REDACTED] gewenste conclusie leiden. Immers, het stuk dateert uit 2002. Het sluit geenszins uit dat, zoals ook blijkt uit hetgeen wordt gesteld in het memorandum van 14 september 2007, gaandeweg het besef is ontstaan dat binnen het CAS en meer specifiek de afdeling van [REDACTED] voldoende kennis in huis was om de voor ontsluiting benodigde werkzaamheden zelf te verrichten. Dat [REDACTED], naar hij stelt, "toevallig", c.q. "hobbymatig" over de, voor ontwikkeling van de applicaties benodigde kennis en vaardigheden beschikte, doet daarbij niet terzake. Voorts werden er, naar [REDACTED] zelf stelt, binnen de afdeling ook (IT-) hulpmiddelen als macro's gemaakt. Tenslotte staat ook de door [REDACTED] gestelde omstandigheid dat CAS zich tot begin 2007 (uitsluitend) op het standpunt heeft gesteld dat het ontwikkelen van software behoorde tot zijn taakomschrijving, niet in de weg aan het als vaststaand aannemen van voornoemde brede opdracht. Het ene sluit het andere immers niet uit.
13. De door [REDACTED], naar eigen zeggen ten behoeve van CAS (dagvaarding onder 11), verrichte werkzaamheden pasten binnen de genoemde brede opdracht. Met het doorontwikkelen en aanpassen van de software zijn immers applicaties gemaakt die er uiteindelijk toe hebben geleid dat in eigen beheer Handelingen via internet kon worden ontsloten. Met het uitvoeren van deze werkzaamheden zonder enig voorbehoud heeft [REDACTED] de opdracht ook aanvaard. Aldus heeft CAS met toestemming van [REDACTED] van diens diensten gebruik gemaakt, waarmee is voldaan aan de voorwaarde voor toepasselijkheid van artikel 7 Aw dat de vervaardiging van het werk door de werknemer heeft gestrekt ter vervulling van de dienstbetrekking. Een specifiek op de ontwikkeling van (deze) softwareapplicaties toegespitste opdracht was daartoe niet vereist.
14. De omstandigheid dat [REDACTED] met de werkzaamheden is begonnen in privétijd leidt niet tot een andere conclusie: wanneer overigens aan de daarvoor gestelde voorwaarden is voldaan, staat dat niet aan toepasselijkheid van artikel 7 Aw in de

weg. Dat [REDACTED] daarbij door hem in privé ontwikkelde software (de ontwikkeling van een database met een zoekfunctie voor portretfoto's) als basis heeft gebruikt leidt evenmin tot een andere conclusie. De applicaties op de broncode waarvan [REDACTED] in dit geding het auteursrecht claimt zijn immers ook in de visie van [REDACTED] gelet op de noodzaak tot doorontwikkeling en aanpassing ten behoeve van CAS, niet dezelfde meer als het voor hem in privé ontwikkelde programma. In dat verband is van belang dat de door [REDACTED] gevorderde verklaring voor recht (hoewel hij stelt slechts het auteursrecht te claimen op in privé tijd ontwikkelde software) blijkens de verwijzing naar de als producties 10 en 11 bij dagvaarding overgelegde broncodes en de datering daarvan (respectievelijk maart tot en met juni 2006 en september 2005 tot en met mei 2006), ziet op de ten behoeve van CAS ontwikkelde applicaties.

15. Tenslotte doet, anders dan [REDACTED] stelt, ook de omstandigheid dat hij (en zijn collega's) voor zijn werk cadeaubonnen heeft (hebben) ontvangen niet af aan de juist bereikte conclusie: men kan immers op die wijze waardering tonen voor de wijze waarop aan een opdracht uitvoering is gegeven.
16. Bij die stand van zaken kan in het midden blijven of [REDACTED] zich in zijn e-mails al dan niet onhandig heeft uitgedrukt. Overigens gaat het bij de (herhaalde) vermelding van "de mij mondeling opgedragen taken" veeleer om een feitelijk, dan om een juridisch gegeven.
17. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat met betrekking tot de broncodes ten aanzien waarvan [REDACTED] een verklaring voor recht vordert bewezen moet worden geacht dat aan de voorwaarden voor de toepasselijkheid van artikel 7 Aw is voldaan. Daarbij kan in het midden blijven of de desbetreffende werkzaamheden onder de functieomschrijving van [REDACTED] vielen. De grieven I tot en met V falen derhalve. Dat geldt ook voor de zesde grief. De vorderingen van [REDACTED] dienen, gelet op de bereikte conclusie, immers te worden afgewezen.
18. [REDACTED] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden veroordeeld. Hoewel [REDACTED] zijn vordering heeft ingesteld ter handhaving van het door hem gestelde auteursrecht, heeft de Staat geen aanspraak gemaakt op een vergoeding van zijn proceskosten met toepassing van artikel 1019h Rv. Het hof zal derhalve het liquidatietarief toepassen. Het hof zal de proceskostenveroordeling, overeenkomstig het verzoek van de Staat, uitvoerbaar bij voorraad verklaren en bepalen dat het betreffende bedrag binnen veertien dagen na de datum van dit arrest dient te worden voldaan, bij gebreke waarvan met ingang die datum wettelijke rente verschuldigd zal zijn.

Beslissing

Het hof:

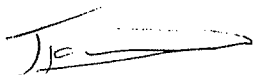
- bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

- veroordeelt [REDACTED] in de kosten van de procedure in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van de Staat begroot op € 313,- aan griffierecht en € 894,- aan salaris, en bepaalt dat

deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW verschuldigd is vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der algehele voldoening;

- verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. T.H. Tanja-van den Broek, R.C. Schlingemann en G.J. Heevel en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 22 februari 2011 in aanwezigheid van de griffier.



Voor grosse aan:

Uitgegeven aan nr.

advocaat app. geint

De griffier van het Gerechtshof

te S-Gravenhage

SM. Kingma

