

## **HC 5A & 5B Inleiding IT-recht**

<b>HC 5A, 07-12-20, IE-recht (2) Auteursrecht op software en databankenrecht.....</b>	<b>2</b>
Auteursrecht op software.....	2
Handhaving op auteursrecht.....	3
Databankenrecht.....	4
<b>HC 5B, 11-12-20, E-commerce 1: diensten van de informatiemaatschappij .....</b>	<b>5</b>
Vraagstukken privaatrechtelijke regulering .....	5
Privaatrechtelijke regulering .....	5
Reclame .....	6
Aansprakelijkheid tussenpersonen .....	6

## HC 5A, 07-12-20, IE-recht (2) Auteursrecht op software en databankenrecht

Een algoritme is een abstracte analyse van een probleem waarbij stap voor stap, op een preciese en logische manier wordt aangegeven hoe een bepaald probleem tot een bepaalde oplossing kan leiden. De logische manier houdt hierbij in dat het ook gecomputeriseerd moet worden.

### Auteursrecht op software

Software is een werk blijkens art. 10 sub 12 Aw. Over het algemeen zijn software instructies voor een computer. Een software is nodig om een hardware in zijn werking te zetten en zo met de computer te werken. Software als auteursrechtelijk beschermd werk heeft meerdere fasen:

- Een idee, deze is nog niet auteursrechtelijk beschermd.
- Een stappenplan voor de problemen, deze is nog niet auteursrechtelijk beschermd.
- De flowchart (voorbereidend materiaal), deze is nog niet auteursrechtelijk beschermd.
- De computertaal, deze is op zich niet auteursrechtelijk beschermd.
- De code. Hierbij moeten keuzes gemaakt worden: bijvoorbeeld welke taal. Daarnaast moeten keuzes gemaakt worden over hoe de computerinstructies vorm krijgen.

Zodra de code er ligt is sprake er van een **broncode**. Deze kan vervolgens omgezet worden in de computer door een compiler (compileren van de broncode in preciese machine instructies, zodat de computer hier mee aan de slag kan), waarbij de **objectcode** tot stand komt. Deze broncode en objectcode worden als werk gezien en zijn dus auteursrechtelijk beschermd, mits deze voldoende origineel is (toets is tamelijk laag blijkens **Endstra** en **Infopaq** arresten).

De talen kunnen verschillend gebruikt worden en deze kunnen op verschillende manieren geïnterpreteerd worden. Men kan namelijk keuzes maken bij het geven van de instructies om tot het resultaat dat beoogd wordt in het algoritme te komen. Hieruit is te concluderen dat verschillende programmeurs tot eenzelfde algoritme kunnen komen, maar deze op verschillende manieren uitvoeren en dus tot verschillende broncode komen. Door dit originele proces zal software in het algemeen een auteursrechtelijk beschermd iets zijn, waarbij auteursrechtelijk beschermd materiaal gebruikt wordt wanneer codes gekopieerd worden om voor eigen computergebruik te worden gebruikt.

Art. 10 sub 12 Aw stelt dat ook voorbereidend materiaal aangemerkt kan worden als werk, dit moet dan daadwerkelijk materiaal zijn waaruit blijkt dat dit kan leiden tot een programma (vast te stellen door een deskundigen). Geen onderdeel van software maar wel mogelijkheid tot auteursrechtelijke bescherming is de eventuele handleiding die geschreven is voor de software. Dit wordt dan beschermd door de algemene regeling van de Auteurswet. Dit geldt ook voor de grafische user interface.

De rechthebbende en de duur van het auteursrecht op de software is hetzelfde als bij normale werken, zie HC 4B. De inhoud van het auteursrecht op het auteursrecht wordt bepaald in art. 45i-j Aw. Hierbij zijn drie stappen: gebruiken is verveelvoudigen, maar de rechtmatige verkrijger van een kopie heeft minimumrechten. Dit komt omdat bij software men achter de computer gaat zitten en hierbij op een icoon drukt. Met deze actie opent een kopie van de hardschijf naar de ramschijf. Dit is een kopie en het in beeld brengen hiervan wordt als verveelvoudiging gezien, art. 45i Aw. Echter stelt art. 45j Aw dat de rechtmatige verkrijger van deze kopie dus minimumrechten heeft.

Gebruiken is het laden in het werkgeheugen van de computer. De rechtmatige verkrijging is geen **SaaS**, dit is een software as a service (zelf geen beschikking over het exemplaar, maar de toegang tot de site van iemand anders die de software host en dus op afstand toegang wordt verleend). SaaS wordt steeds vaker gebruikt, waardoor de rechten van art. 45j Aw steeds minder belangrijk zijn omdat de positie uitsluitend wordt bepaald door het contract. De minimumrechten staan voor het beoogd gebruik, dus primair in het contract. Maar art. 45j Aw stelt dat 'tenzij anders is overeengekomen'. er is dus een beperkte mogelijkheid voor de auteursrechthebbende om in de licentie het gebruik vast te

stellen (voorbeelden zijn: voor 5 computers, voor 50 werknemers of voor alle studenten). Deze ruimere licenties zullen ook een andere prijs hebben. Ook geeft art. 45k Aw dat men één kopie als back-up mag maken. Tot slot art. 45m Aw waarin het decompileren voor interoperabiliteit staat beschreven. Hier gaat het er om er bij het bouwen van een software gebruik mag worden gemaakt van een andere software om deze te laten werken met anderen (denk aan thuisbezorgd en Google Maps).

De beperkingen op auteursrecht op software. In art. 45n Aw stelt dat geen beperkingen (artikel 16b-c Aw) ten behoeve van eigen gebruik zijn. Echter is voor de uitputting bij download wel een beperkte mogelijkheid, zie art. 12b Aw en het arrest **Usedsoft**.

Uit het **Tom Kabinet** arrest blijkt dat tweedehands verkoop van software onder omstandigheden wel is toegestaan, zoals gezegd in het **Usedsoft** arrest. Een belangrijke voorwaarde die hieraan gesteld is dat de eerste gebruiker aantoonbaar moet maken dat de kopie is verwijderd (dit is vaak erg lastig).

De exploitatie op auteursrecht op software. Deze kan op verschillende manieren, waarbij moet worden gedacht aan licentie: zowel voor gebruik als exploitatie van software. Software kunnen een closed source en een open source hebben. Bij een **closed source** wil men het intellectueel eigendom maximaal inzetten om geld te verdienen. Hierbij worden licenties verkocht en is er sprake van een goede feitelijke en juridische bescherming (Microsoft-methode). Bij een **open source** wil men de software blijven ontwikkelen. Hierdoor stelt men de broncode zo breed mogelijk ter beschikking zodat iedereen hieraan kan werken. Het wordt dus uitgegeven en hierbij kan geld verdiend worden, bijvoorbeeld voor onderhoud. Licenties zijn ook mogelijk, maar deze betreffen niet de geheimhouding van de broncode. Voor een open source zijn transparantie en doorontwikkeling dus van belang, wordt de broncode vrij beschikbaar gesteld en mag de openheid niet stoppen (gebonden aan de juridische voorwaarden: kettingbedingen, een verbintenisrechtelijke verplichting waarbij niet enkel de oorspronkelijke verkrijger de openheid heeft bedongen maar dit ook aan anderen oplegt. De opvolgers moeten dus ook open source handhaven).

Er is een verschil tussen een octrooi en auteursrecht op software. Een octrooi is een uitvinding en een auteursrecht is een bescherming van een origineel werk. De software wordt als product in het verkeer gebracht en de gebruikers hiervan moeten dus een licentie aanschaffen. Bij het octrooirecht wordt de software in een product verwerkt. Hier gaat het om patentstruikgewas, want de concurrenten moeten een licentie aanschaffen als zij het willen toepassen in hun product.

### **Handhaving op auteursrecht**

De privaatrechtelijke handhaving bij een inbreuk op een recht wordt geregeld in art. 6:162 BW, ook wel de onrechtmatige daad. In de Auteurswet staat de specifieke handhaving rondom het auteursrecht. Zo stellen art. 27-27a Aw een schadevergoeding, maar daarnaast ook een winstafdracht voor de misgelopen winst, en stelt art. 28 Aw de opeising of vernietiging van de inbreuk makende exemplaren of toegangsgelden.

De strafrechtelijke handhaving voor het auteursrecht is ook in de Auteurswet geregeld. De opzettelijke inbreuk is een misdrijf en staat in art. 31 Aw. Dit kan leiden tot schadevergoeding, maar kan voor het Openbaar Ministerie ook een reden zijn om vervolging in te stellen (uitsluitend bij zeer ernstige gevallen).

## Databankenrecht

Enkele uitspraken:

1. Ik heb een software ontwikkeld voor databanken.  
*Op dit software ligt een auteursrecht ex art. 1 lid 3 Aw.*
2. Op een website wordt voortdurend data opgenomen.  
*Arrest **PR Aviation/Ryanair**. Ryanair heeft een website en heeft hier interessante en waardevolle informatie opstaan welke openbaar wordt gemaakt voor het gemak van hun klanten (bijvoorbeeld hoe laat de vluchten vertrekken). PR Aviation is een prijsvergelijker en vindt deze data enorm interessant en zou dit wel willen gebruiken voor eigen gebruik waarbij zij een toegevoegde waarde geven aan de data. De vraag was of de informatie van Ryanair wordt beschermd. In beginsel wordt deze feitelijke data niet beschermd door het auteursrecht. In de casus gaat het om pure data, ook al was de verschaffing lastig of is de data waardevol, en is dit als zodanig geen databank.*
3. Aan een databank hebben meerdere auteurs een bijdrage geleverd.  
*Op deze databank ligt een auteursrecht ex art. 2 lid 2 Dw (het databankenrecht en het auteursrecht kunnen goed naast elkaar bestaan).*
4. In de verkrijging, controle en presentatie van de inhoud van de databank is substantieel geïnvesteerd door A.  
*Hierop ligt een databankenrecht ex art. 1 lid 1 sub a Dw. Heleboel data welke als zodanig niet is beschermd door het databankenrecht. Echter gaat A met deze data iets doen, namelijk een bepaalde rangschikking hieraan koppelen (door raadpleging van deze databank krijgt men een beter inzicht of een betere zoekmogelijkheid binnen deze data). Het betreft dus bescherming van een investering en niet zozeer van de intellectuele prestatie.*

De rechthebbende binnen het databankenrecht is de producent of diens verkrijger. De persoon die het economische risico draagt wordt aangemerkt als producent. Ook dit recht is een vermogensrecht en daardoor kan het recht overgedragen worden aan de verkrijger. Wanneer sprake is van een bepaalde aanduiding of een openbaarmaking, dan is er sprake van een vermoeden van een producent (bewijsvermoeden) ex art. 1 sub a Dw.

Het databankenrecht heeft een duur van 15 jaar vanaf 01-01 na de vormvrije productie in welk geval het in het verkeer is gebracht ex art. 6 lid 1-2 Dw. Belangrijk is dat het ook langer kan zijn dan 15 jaar, wanneer een substantiële wijziging in de databank wordt gebracht. Na deze wijziging komt een nieuw termijn van 15 jaar, art. 6 lid 3 Dw, en deze wijzigingen kunnen ervoor zorgen dat het recht voor altijd beschermd is.

De inhoud van het databankenrecht is beschreven in art. 2 lid 1 Dw. Sub a heeft de kernbegrippen opvragen en hergebruiken. Belangrijk is dat dit in kwalitatief of kwantitatief opzicht een substantieel deel van de inhoud van de databank is. Het verplichte arrest is **BHB/William Hill**. William Hill is een boekingskantoor en gebruikt gegevens die BHB ter beschikking stelt in haar databank. Na een tijd koppelt William Hill haar gokdienst aan deze data vast (niet alle data maar een minimum). Hieruit komen twee rechtsvragen naar voren:

1. Telt het creëren van de data, door BHB, als het (substantieel) investeren in de databank?  
*Nee, het creëren van de data op zich is geen beschermbare prestatie. Enkel de investering in het systeem zelf kan beschermd worden.*
2. Heeft William Hill, welke een rechtmatig gebruiker is, het verboden hergebruik gepleegd?  
*De exploitatie mag niet in de weg staan van het gebruik van de databank. In casus heeft William Hill van een minimum deel van de data gebruik gemaakt. Hierbij maakt het niet uit*

*dat de betreffende data essentieel zijn dan wel met veel kosten zijn verzameld om te vallen onder het begrip substantieel. Hierdoor is geen sprake van verboden hergebruik.*

Ook kan er sprake zijn van beperkingen binnen het databankenrecht. In eerste plaats is ook op de databanken een uitputtingsregel van toepassing, art. 2 lid 3 Dw, echter moet hier wel mee opgepast worden omdat databanken zelden als exemplaar op zich worden verhandeld. Verder staan de beperkingen in art. 5 Dw. Voorbeelden hiervan zijn het onderwijs en de wetenschap. De handhaving staat in art. 5a-e Dw.

## **HC 5B, 11-12-20, E-commerce 1: diensten van de informatiemaatschappij**

### **Vraagstukken privaatrechtelijke regulering**

Diensten van de informatiemaatschappij (internet serviceproviders) zijn een bijzondere groep dienstverleners omdat de e-commerce richtlijn verschillende verplichtingen heeft ingesteld over deze groep dienstverleners (Google, Facebook etc.).

#### **Privaatrechtelijke regulering**

De privaatrechtelijke regulering is te vinden in de **e-commerce**. Het doel van deze richtlijn is om regels vast te stellen voor dienstverleners van de informatiemaatschappij. Het is een Europese regeling, waardoor het van belang is dat het vrije verkeer van diensten zoveel mogelijk wordt zeker gesteld en kan men zich overal vestigen. Als dienstverlener dat in het recht van de Europese Unie valt, kan het bedrijf over heel Europa geplaatst worden en mag men niet aan zwaardere eisen worden onderworpen dan aan het land van vestiging. Het zijn van een dienstverlener zijn is dus een wensende kwalificatie want dan heeft men niet te maken met de eventueel zeer strenge plaatselijke regeling. Veel juridische regels worden opgeleefd welke in het Burgerlijk Wetboek terecht zijn gekomen. Neem zo de algemene regels van boek 3 over de entiteiten in het elektronisch wetsverkeer gelden en de aansprakelijkheid van art. 6:196c BW.

De richtlijn van de consumentenrechten is niet perse voor de e-commerce gekomen, maar hierin staan wel specifieke regels met betrekking tot overeenkomst op afstand. Dit kan bijvoorbeeld een telefonische overeenkomst zijn, maar tegenwoordig zijn dit vooral online overeenkomsten. De regels die hierop van toepassing zijn staan ook in het wetboek, namelijk art. 6:230g e.v. BW.

De Europese eIDAS-verordening is als regulering voor de bescherming van communicatie. Dus veel regels over veilig inloggen (denk aan systemen als DigiD) en regelgeving die met name gericht is op communicatie met de overheid en verschillende internationale overheden. Ook hiervan wordt, doordat sprake kan zijn van vormvereisten aan rechtshandelingen, regelgeving in het wetboek neergezet, art. 3:14a-c BW. Hierin staat wanneer zo'n vertrouwensdienst (met name elektronische handtekening) dezelfde gevolgen van rechtswerking heeft als een bijvoorbeeld een gewone handtekening. In de spontane nationale wetgeving staat in art. 156a Rv dat een elektronische handtekening gelijk kan staan met een geschreven handtekening in een akte, echter geen authentieke aktes.

De diensten van de informatiemaatschappij staan centraal bij de e-commerce. De definitie staat in art. 3:15d lid 3 BW en het heeft meerdere elementen: het betreft elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding op afstand op individueel verzoek wordt geleverd. Ook de verkoop van een product online wordt als dienst aangemerkt, waarbij wel onderscheid gemaakt moet worden tussen wat gebeurt als men op de website is in de bestelomgeving en de uitvoering van de overeenkomst. Deze eerste situatie wordt als de dienst van de informatiemaatschappij gezien.

In het arrest **Uber Spain** is voorgelegd of het bestellen van een Uber gezien kan worden als dienst van de informatiemaatschappij. De vraag hierbij is of Uber nu kan profiteren als dienstverlener van de

informatiemaatschappij van het beginsel van vrije vestiging in Europa. Als dit zo is dan hoeven zij niet meer aan de publiekrechtelijke eisen te voldoen en zijn zij vrij van de vergunningen die in ieder land anders geregeld zijn. De andere taxibedrijven zullen hier dus niet blij mee zijn, omdat de traditionele partijen zich veel lastiger kunnen vestigen dan Uber dat dan zou kunnen. Art. 3:15d lid 3 BW stelt meerdere eisen en in r.o. 35 van het arrest wordt ook gesteld dat de app van Uber voldoet aan deze eisen. Echter is dit artikel niet alles en moet men verder kijken naar de nu Uber-test genoemde vraag: Is het onlosmakelijk verbonden met een fysieke dienst? Als dit het geval is dan kan het toch zijn dat er geen sprake is van een dienst van de informatiemaatschappij. De sub vragen in het arrest zijn of de app nodig is voor het maken van de markt en of het bedrijf invloed heeft op de vervoersdienst (in de casus de prijs). Als conclusie voor dit arrest is er geen sprake van een dienst in de informatiemaatschappij, waarbij Uber dus niet kan profiteren van het beginsel van vrije vestiging in Europa.

In het **Airbnb/Ireland** arrest is voorgelegd of Airbnb een dienst van de informatiemaatschappij is. Volgens het Hof is hier wel sprake van omdat het voldoet aan de definitie van art. 3:15d BW en het bestanddeel accommodatie dienstverrichting niet overheersend is. Dit tweede is niet overheersend omdat voldoende alternatieven in de markt zijn (Airbnb is dus niet dusdanig uniek) en dat Airbnb geen beslissende invloed heeft op bijvoorbeeld de prijs (dienstverrichting die tussen de partijen zit, verhuurder beslist de prijs).

Ook staat in de definitie dat het gewoonlijk tegen vergoeding is. Facebook is dan wel gratis maar de gegevens die men geeft zorgen dat er sprake is van een commerciële bezigheid en dit valt onder de definitie gewoonlijk tegen vergoeding. Normaal geldt dat waar economische activiteiten plaatsvinden diensten binnen de informatiemaatschappij kunnen zijn. Daarnaast staat op afstand in de definitie. Denk hierbij aan het principe dat men via een website of een app de bestelling doet voor het product. Tot slot op individueel verzoek. Dit houdt in dat men vrijwillig een handeling maakt om een product te bestellen (dus geen spam vanuit het bedrijf).

## **Reclame**

Art. 3:15e BW stelt dat het herkenbaar moet zijn als er sprake is van reclame, dat de identiteit van de maker duidelijk moet zijn (**Consumentautoriteit/Postgarant**), dat het spelelement duidelijk moet zijn (**Consumentautoriteit/Postgarant**) en spam moet net zo makkelijk weg te krijgen zijn als dat men eraan is gekomen (link 'ik schrijf me uit').

De beoordeling van reclame is beschreven in art. 6:193 jo. 6:149 BW. Het grensgebied hierbij is de vrije meningsuiting en het begin van de reclame. Hierbij moet gedacht worden aan de dubbele maatstaf: is er sprake van aanprijzing, is er sprake van invloed en in welke mate vindt dit plaats.

## **Aansprakelijkheid tussenpersonen**

In het **Sabam/Netlog** arrest worden via Netlog, een sociaal netwerk, beschermde muziek en films gedeeld. Sabam, de Belgische auteursrechtorganisatie, wil dat een filter wordt gecreëerd waarbij alle informatie van alle gebruikers preventief op kosten van Netlog onbeperkt in tijd afvangt. Aldus: zorg voor een filter waardoor alle onrechtmatigheid jegens ons wordt weggehaald. Sabam heeft op grond van art. 17 lid 2 EU-handvest hun beschermde intellectueel eigendom naar voren gehaald, Netlog stelt de vrijheid van ondernemerschap op grond van art. 16 EU-handvest naar voren en de gebruikers van Netlog komen met art. 8 en 11 EU-handvest aan. Deze belangen kunnen enkel bestaan in een afweging van belangen, dit wordt gedaan door het Hof op grond van art. 52 EU-handvest. Het Hof stelt dat een sociaal netwerk een hosting provider is. Daarnaast stelt het Hof dat een preventief filter als gevorderd te ver gaat omdat het intellectueel eigendom niet absoluut wordt beschermd, wat een ernstige aantasting zal zijn voor het vrij ondernemerschap en dat het een aantasting geeft op de privacy en informatie vrijheid. De conclusie is dus dat het filter te ver gaat, maar men zou wel minder vergaande

maatregelen kunnen treffen (art. 6:196c lid 5 BW) zoals een blokkade van de site (Pirate Bay, dit gaat vrijwel enkel over schenden van auteursrecht welke afgesloten moet worden) of een blokkade voor de aanbieder van de informatie of de verplichting om NAW-gegevens te verschaffen. De afweging blijft dus altijd noodzakelijk.

De beperking op de aansprakelijkheid kan voor bepaalde tussenpersonen spelen. Wanneer men enkel toegang verschaft tot internet (**accessprovider**: art. 6:169c lid 1-2 BW) en zich niet bemoeit met de inhoud van internet of het opslaan van de gegevens hiervan, is er geen aansprakelijkheid van de tussenpersoon (Ziggo niet aanspreken wanneer iemand met een abonnement hiervan illegale content deelt op internet). Ook zijn er situaties waarbij mensen naast toegang verschaffen ook gegevens opslaan (**hostingproviders**: art. 6:196c lid 4 BW). Nu moet bij de illegale content voor aansprakelijkheid twee vragen worden gesteld:

- Is de provider actief of passief? Passieve providers vallen onder art. 6:196c lid 4 BW, en dus geen aansprakelijkheid.

*Actieve providers, die zich bemoeien met informatie, zullen aansprakelijk worden gesteld. Een chatroom kan passief zijn als hier geen supervisie op is, maar zodra hier supervisie op komt dan wordt dit actief.*

- Heeft de passieve provider wetenschap van de situatie? Eigen onderzoek of waarschuwing van derden.

*Wanneer bijvoorbeeld illegale beelden worden gedeeld in de chatroom, dan moet de passieve provider hier iets aan doen: notice and take down. Als de provider dit niet weghaalt kan hij alsnog aansprakelijk worden gesteld.*

De wetenschap van de passieve tussenpersoon komt naar voren in het **L'Oreal/eBay** arrest. eBay is een opslagdienst, die niet altijd passief is omdat eBay ook diensten aanbiedt voor het mooier maken van advertenties waardoor zij actief worden. Zij kunnen dus aansprakelijk worden gesteld als zij kennis hebben. Een belangrijk maatstaf wanneer er sprake is van kennis is dat meegewogen wordt wat een behoedzame marktdeelnemer moest vaststellen: dit is een open norm, wat het Hof ook niet anders kan doen want het moet in concreto bij de nationale rechter worden behandeld. De nationale rechter gaat kijken of eBay wist dat er sprake was van een merkenschending waardoor zij aansprakelijk worden gesteld als zij dit niet weghalen. Hier moet serieus ingegaan worden op onderzoek van derden, maar wel aan de voorzichtige kant.

In **De Mol/Facebook** spreekt de rechtbank van Amsterdam uit dat er sprake is van onrechtmatige inhoud, nu op nepadvertenties van de Mol bij Bitcoins op Facebook staan. Facebook is een dienst van de informatiemaatschappij en geen neutrale hoster (actief bezig met modereren van Facebook), echter betekent dit niet dat een algemeen toezicht mag worden opgelegd maar het is technisch niet onmogelijk om de gegevens van de persoon welke de advertentie heeft geplaatst te geven en de advertentie te stoppen.

In praktijk is het belangrijk om te weten dat niet enkel schadevergoeding gevorderd kan worden, maar dat ook de minder vergaande maatregelen getroffen kunnen worden. Hier kan ook specifiek gevraagd worden om bepaalde informatie niet toe te laten, zie **De Mol/Facebook**. Ook kan de hele site of bepaalde aanbieders worden afgesloten en kunnen de gegevens worden verschaft van de persoon die de onrechtmatige daad heeft gepleegd op het internet (belediging op internet, schendig intellectueel eigendom of nepadvertentie). Bij dit laatste moet dan wel een afweging van de partijen worden gemaakt, met name van de privacy en informatievrijheid van de aanbieder van de informatie.