

## University of Groningen

### Werkgever en auteursrecht

Paapst, M.H.

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2010

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Paapst, M. H. (2010). *Werkgever en auteursrecht*. Stichting Rechtswetenschap.

#### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

#### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# Werkgever en auteursrecht

## Werkgever en auteursrecht

ISBN: 978-90-367-4472-0

NUR: 163

Copyrightnotice:

Time switch licentie (TS0113/CC-BY)

Alle auteursrechten op dit werk zijn door de auteur voorbehouden tot januari 2013. Na deze datum is op dit werk de volgende licentie van toepassing: Creative Commons, naamsvermelding 3.0

# Werkgever en auteursrecht

# Werkgever en auteursrecht

## Inhoudsopgave

- H1 **Inleiding** 1
  - 1.1 Inleiding 1
  - 1.2 Het auteursrecht 3
  - 1.3 verdeeldheid 7
  - 1.4 Opbouw van dit boek 8
- H2 **Makerschap in dienstverband** 9
  - 2.1 Inleiding 9
  - 2.2 De arbeidsovereenkomst 9
    - 2.2.1 Elementen van de arbeidsovereenkomst 9
    - 2.2.2 Criteria van de Hoge Raad 12
  - 2.3 Bijzondere overeenkomsten 15
    - 2.3.1 Aanneming van werk 15
    - 2.3.2 Overeenkomst van opdracht 16
    - 2.3.3 Freelance overeenkomst 16
    - 2.3.4 Uitzendovereenkomst 17
    - 2.3.5 Detacheren 20
    - 2.3.6 Pay-rolling 23
    - 2.3.7 Pay-rolling en Rariteitenbesluit 24
    - 2.3.8 Oproepcontracten. 24
    - 2.3.9 Thuiswerkovereenkomst en telewerkers 26
    - 2.3.10 Stage-overeenkomst 28
    - 2.3.11 Pseudo werknemer ogv de Wet LB 30
- H3 **De bepaaldheid van het werk of de taak** 32
  - 3.1 Jurisprudentie over het bepaaldheidvereiste 32
    - 3.1.1 Gorter cs/PTT Post 32
    - 3.1.2 Metafoor/Buro beeld 35
    - 3.1.3 Röling/Haarlem 37
    - 3.1.4 Rlu Wageningen/de Kruif 39
    - 3.1.5 Rooijakkers/RU Leiden 41
    - 3.1.6 Van Gunsteren/Lips 42
  - 3.2 Opdrachten buiten de taakomschrijving 47
    - 3.2.1 Inleiding 47
    - 3.2.2 van der Laan/Schoonderbeek 47
    - 3.2.3 Kinders/Amsterdam 48
    - 3.2.4 Neefe/Marxman 49

## Werkgever en auteursrecht

- 3.2.5 Applicatiebeheerder/BZK 51
- 3.3 Tijd en locatie 55
  - 3.3.1 Datastore/Easylon 55
  - 3.3.2 VNU/Speets 55
  - 3.3.3 Rooijackers/Ru Leiden 57
  - 3.3.4 Van der Laan/Schoonderbeek 57
  - 3.3.5 Neefe/Marxman 57
  - 3.3.6 Naval consult/Van den Hondel 58
  - 3.3.7 Van Gunsteren/Lips 58
  - 3.3.8 A contrario 59
- 3.4 bepaaldheidvereiste in 3 stappen 60
- 3.5 Samenvatting. 63
- H4 **Persoonlijksrechten van werknemers** 64
  - 4.1 Inleiding 64
  - 4.2 Onoverdraagbaarheid van persoonlijkheidsrechten 65
  - 4.3 Persoonlijksrechten op software 67
  - 4.4 Jurisprudentie over werknemers en art.25 Aw. 70
    - 4.4.1 Gorter en de Vries/PTT 70
    - 4.4.2 Spaarbankboekje arrest 71
    - 4.4.3 Neefe/Marxman 72
  - 4.5 Samenvatting 72
- H5 **Arbeidsrechtelijke bedingen** 73
  - 5.1 Inleiding 73
  - 5.2 Afwijkend beding 74
  - 5.3 Auteursrechtbeding en algemene voorwaarden 75
  - 5.4 Uitzend- en detacheringovereenkomst. 76
    - 5.4.1 Uitzendbureau 77
    - 5.4.2 Detachering 80
  - 5.5 Geheimhoudingsbeding 83
  - 5.6 Het geheimhoudingsbeding als beperking 85
- H6 **Slotbeschouwing** 87
  - 6.1 Toekomst 87
  - 6.2 Tekstvoorstel voor arbeidsovereenkomst 90
  - 6.3 Stappenplan voor de praktijk 92
  - Bronnen 94

## H1 Inleiding

### 1.1 *Inleiding*<sup>1</sup>

In kennisintensieve bedrijven zitten de hersenen van het bedrijf niet noodzakelijkerwijs in de directiekamer. Het is vaak het uitvoerend personeel dat verstand van zaken heeft en daardoor ook de motor vormt voor innovatie in het bedrijf. Werknemers worden gestimuleerd om creatief te zijn en met nieuwe ideeën te komen. Maar als een werknemer op eigen initiatief nieuwe kennis ontwikkelt, komt die kennis dan wel aan het bedrijf toe? De volgende casus illustreert het probleem:

Nienke Bokma is net afgestuurd in notarieel recht en gaat werken bij notariskantoor ‘Troelstra en Gramsma’ te Stiens. Op het kantoor houdt ze zich bezig met routinematig werk en tijdens haar studie heeft ze geleerd hoe ze hiervoor een kennissysteem zou kunnen ontwikkelen waarmee het werk efficiënter kan worden uitgevoerd. Ze heeft hier al een paar keer over gesproken met notaris Troelstra, maar deze ziet er weinig in: “Allemaal nieuwerwetse onzin. Daar hoort het notariaat zich niet mee bezig te houden.” Maar het idee blijft Nienke intrigeren en op een goede dag maakt ze een projectvoorstel om een simpel kennissysteem te schrijven. Mr. Troelstra toont het voorstel nauwelijks een blik waardig en zegt: “Je doet je beste maar meisje, als het werk waarvoor je hier bent aangenomen er maar niet onder lijdt.”

De maanden daarna werkt Nienke aan het programma. Telkens als haar overige werkzaamheden het toelaten is ze tijdens werktijd aan het programmeren. Na vier maanden is het programma klaar. Als Nienke haar programma gaat gebruiken worden ook de andere medewerkers op het kantoor enthousiast. Al snel wordt het programma een belangrijk hulpmiddel op het kantoor. Ook andere

---

<sup>1</sup> Inleiding gebaseerd op Dijkstra & Paapst 2008.



## Werkgever en auteursrecht

notariskantoren tonen interesse voor het programma. Maar als Nienke besluit om licenties van het kennissysteem aan andere notariskantoren te gaan verstrekken komt dit ook mr. Troelstra ter ore. Hij roept Nienke op zijn kantoor en laat haar weten dat de rechten op het programma niet aan Nienke toekomen, maar aan het notariskantoor Troelstra en Gramsma. Nienke heeft het programma immers in dienst van het kantoor geschreven. Er kan dan ook geen sprake zijn van verkoop van licenties van het computerprogramma aan derden.

In deze casus komt de tegenstelling tussen werkgever en werknemer ten aanzien van de rechten op nieuwe kennis duidelijk tot uiting. De werknemer neemt zelf het initiatief tot het schrijven van een innovatief kennissysteem, op basis van zijn persoonlijke kennis en vaardigheden. Achteraf stelt de werkgever dat dit werk binnen het dienstverband valt en dat daarom de rechten op exploitatie van het programma aan de werkgever toekomen. De werknemer is in dienst genomen om creatief te zijn en de vruchten van die arbeid komen aan de werkgever toe.

De werknemer ziet de innovatie als een persoonlijke inspanning en prestatie. Haast tegen de wil van de werkgever wordt een nieuwe ontwikkeling doorgezet en als het een succes blijkt te zijn wil de werkgever het voordeel opstrijken. Waarom zou de werknemer niet zelf de vruchten van zijn prestatie mogen plukken?

Wie krijgt de rechten op nieuwe kennis? Vroeg of laat krijgt iedere werkgever te maken met dergelijke vraagstukken. Werknemers zullen immers steeds vaker deelnemen aan (communities van) opkomende concepten zoals open source software, open content en open access. Daarbij verlenen zij in een aantal gevallen als “maker” een (kostenloze) licentie waarmee bewerking en verdere verspreiding van het werk toegestaan wordt. Onduidelijk en omstreden is echter of deze werknemers überhaupt wel in auteursrechtelijke zin de “maker” zijn van deze bijdragen.

### 1.2 *Het auteursrecht*

Kort gezegd geeft het auteursrecht bescherming aan de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst.<sup>2</sup> Het auteursrecht geeft aan de maker of diens rechtverkrijgende een tweetal exclusieve rechten waarmee hij kan optreden tegen anderen: exploitatierechten en persoonlijkheidsrechten.

De exploitatierechten bestaan uit het uitsluitende recht om een werk openbaar te maken en/of een werk te verveelvoudigen.

Als verduidelijking van het begrip “openbaarmaking” is in art. 12 Auteurswet (Aw) een opsomming opgenomen van situaties welke als openbaarmakend worden gezien. Daarbij kan ondermeer gedacht worden aan verhuren en uitlenen.<sup>3</sup> Deze wettelijke opsomming is echter niet limitatief. Zodra het werk ter beschikking komt van een publiek is er al sprake van openbaar maken. Door dit ruime begrip is het mogelijk om nieuwe technologische ontwikkelingen onder het bereik van de wet te brengen. Daarom valt ook het aanbieden van een werk via internet hieronder.<sup>4</sup>

Bij het begrip “verveelvoudiging” laat de wet (met uitzondering van de bepalingen inzake software) een opsomming van situaties achterwege. Wel valt uit de artikelen 13 en 14 af te leiden dat het hier bijvoorbeeld gaat om het maken van een kopie of reproductie. Daarnaast valt ook de bewerking en de vertaling van een werk onder dit begrip waarbij ondermeer gedacht kan worden aan de verfilming van een boek. Dat de film op zichzelf een oorspronkelijk werk is, doet niet af aan het feit dat de bewerking een verveelvoudiging van het oorspronkelijke werk is. Art. 12 lid 1 sub 1 Aw geeft aan dat de openbaarmaking van een verveelvoudiging tevens onder het openbaarmakingrecht valt. Hierdoor kan een auteursrechthebbende

---

<sup>2</sup> Vereist is dat het werk een eigen oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijke stempel van de maker draagt.

<sup>3</sup> Art. 12 lid 1 sub 3 Aw.

<sup>4</sup> Zie ook: HR 19 december 2003, *LJN*: AN7253 (concl. A-G Verkade, overweging 5.4).

niet alleen bepalen of er een verveelvoudiging mag worden gemaakt, maar ook of die verveelvoudiging als exemplaar openbaar mag worden gemaakt.

Om rechtmatig gebruik te kunnen maken van deze exploitatierechten, bijvoorbeeld om te publiceren op het internet met behulp van creative commons licenties of om het werk onderdeel te laten uitmaken van een open source project, dient duidelijk te zijn wie in de rechtspraktijk als rechthebbende kan worden beschouwd.

De maker is namelijk niet per definitie tevens de rechthebbende van de exploitatierechten. Zo blijkt uit de tekst van artikel 1 Aw dat er naast de maker ook een andere rechtsverkrijger kan zijn. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan erfgenamen welke voor een periode van 70 jaar na het overlijden van de maker de rechthebbenden zijn van de exploitatierechten. Ook is het mogelijk dat de exploitatierechten door de maker of een andere rechthebbende geheel of gedeeltelijk worden overgedragen aan een nieuwe rechthebbende.<sup>5</sup>

Als maker moet diegene worden aangemerkt die de geestelijke schepping (het corpus mysticum) tot stand heeft gebracht en daarmee de ‘auctor intellectualis’ is. De vervaardiger van het stoffelijk exemplaar (het corpus mechanicum) is daarom in het algemeen niet te beschouwen als maker. Op deze hoofdregel bestaan drie uitzonderingen waarbij de Auteurswet zelf een (fictief) maker aanwijst:

Artikel 6 Aw:

*Indien een werk is tot stand gebracht naar het ontwerp van een ander en onder diens leiding en toezicht, wordt deze als de maker van dat werk aangemerkt.*

Indien een fysiek maker het werk tot stand bracht naar het ontwerp van een ander en onder diens leiding en toezicht, dan wordt deze

---

<sup>5</sup> Artikel 2 Aw.

ander aldus als (fictief) maker aangemerkt. Hierbij gaat het erom dat de persoon die in technische zin de realisatie doet, dit niet had kunnen doen zonder toezicht en zonder de leiding van een andere persoon.<sup>6</sup>

Artikel 7 Aw:

*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.*

Indien de arbeid van een fysiek maker welke in dienst van een ander wordt verricht bestaat uit het vervaardigen van bepaalde werken, dan wordt de werkgever in beginsel als (fictief) maker aangemerkt, tenzij er iets anders is overeengekomen.

Artikel 8 Aw:

*Indien eene openbare instelling, eene vereeniging, stichting of vennootschap, een werk als van haar afkomstig openbaar maakt, zonder daarbij eenig natuurlijk persoon als maker er van te vermelden, wordt zij, tenzij bewezen wordt, dat de openbaarmaking onder de bedoelde omstandigheden onrechtmatig was, als de maker van dat werk aangemerkt.*

Indien een rechtspersoon een werk als van haar afkomstig openbaar maakt zonder daarbij de natuurlijke persoon als maker te vermelden, dan wordt de rechtspersoon in beginsel als de (fictief) maker aangemerkt.

Dit boek zal zich voornamelijk beperken tot artikel 7 Aw. In dat artikel is het zogenaamde werkgeversauteursrecht opgenomen. Het artikel gaat er kort gezegd vanuit dat, tenzij anders is overeengekomen, de werkgever verkrijger is van de exploitatierechten op *werken* welke door zijn personeel binnen een

---

<sup>6</sup> Spoor, Verkade en Visser 2004, p.30.

## Werkgever en auteursrecht

dienstverband zijn gemaakt. De werkgever heeft daarmee het recht op de vruchten van de arbeid.

Naast de exploitatierechten bestaan er ook zogenaamde persoonlijkheidsrechten. Deze uit artikel 25 Aw voortvloeiende rechten geven in zekere zin aan de maker een beperkte zeggenschap over het auteursrechtelijk beschermde werk in gevallen waarbij de exploitatierechten aan een derde zijn overgedragen of toebehoren. Art. 25 lid 1 Aw noemt samengevat de volgende persoonlijkheidsrechten:

- het recht zich te verzetten tegen openbaarmaking zonder naamsvermelding, tenzij dat onredelijk zou zijn (sub a);
- het recht zich te verzetten tegen openbaarmaking onder een andere naam dan de zijne alsmede tegen wijziging in de benaming van het werk (sub b);
- het recht om op te treden tegen wijziging in het werk zelf, tenzij dat onredelijk zou zijn (sub c);
- het recht om op te treden tegen verminking, misvorming of andere aantasting van het werk indien dat nadeel toebrengt aan de naam of eer van de maker (sub d).

Van dit laatste recht en het recht zich te verzetten tegen openbaarmaking onder een andere naam kan men in tegenstelling tot de andere persoonlijkheidsrechten geen afstand doen. Dit maakt dat de persoonlijkheidsrechten na een mogelijke overdracht van de exploitatierechten een beperking vormen op het auteursrecht van een nieuwe rechthebbende.

Zowel de exploitatierechten als de persoonlijkheidsrechten zijn van belang indien de werknemer besluit om een door hem of haar gemaakt werk buiten de werkgever om openbaar te maken en in licentie te geven.

### 1.3 *Verdeeldheid*

Dat het werkgeversauteursrecht - en in haar verlengde de persoonlijkheidsrechten - tot op de dag van vandaag in Nederland tot onzekerheid leidt, vloeit onder andere voort uit de enorme verdeeldheid in de juridische literatuur. Tijdens een symposium in 1992 over het werkgeversauteursrecht kwamen maar liefst vijf verschillende stromingen naar voren.<sup>7</sup> Hoewel alle schrijvers het er op dat symposium over eens waren dat de werkgever bepaalde bevoegdheden diende te hebben ten aanzien van werken die in zijn dienst zijn geschapen, bleek het punt van geschil vooral te maken te hebben met het principe dat het auteursrecht in eerste instantie toe dient te komen aan de feitelijke schepper van een werk.<sup>8</sup> Door een afwijking van dit principe, bijvoorbeeld door te bepalen dat de werkgever de originair auteursrechtelijke schepper is van een werk, ontstaat vervolgens ook de onduidelijkheid over de vraag wie in een dergelijk geval persoonlijkheidsrechten bezit. Voor de beantwoording van deze meer inhoudelijke vragen biedt de Auteurswet weinig aanknopingspunten.

Deze verdeeldheid bestaat niet alleen in Nederland. Ondanks het feit dat de Europese Commissie de afgelopen jaren het algemene auteursrecht op grote onderdelen harmoniseerde, en zij ten behoeve van het auteursrecht op software zelfs met een eigen specifieke Richtlijn betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's kwam<sup>9</sup>, kan de conclusie niet anders zijn dan dat er ten aanzien van het werkgeversauteursrecht geen harmonisatie komt.

---

<sup>7</sup> Mom & Keuchenius 1992.

<sup>8</sup> Mom & Keuchenius 1992, p. 89.

<sup>9</sup> Richtlijn 91/250/EEG (*PbEG* 1991, L 122/42).

### **1.4 Opbouw van dit boek**

In het tweede hoofdstuk van dit boek zal worden beschreven wanneer er vanuit arbeidsrechtelijk oogpunt sprake is van een dienstverband waarop het werkgeversauteursrecht van toepassing kan zijn.

In het daarop volgende hoofdstuk zal met een behandeling en analyse van de jurisprudentie worden besproken wat het bepaaldheidsvereiste voor doorslaggevende rol speelt binnen de taakomschrijving. Daarbij zal een stappenplan worden uitgewerkt om te kunnen bepalen in welke situaties en onder welke condities de werkgever als maker heeft te gelden.

Vervolgens zal in het vierde hoofdstuk het persoonlijkheidsrecht worden besproken en zal aan worden gegeven wat de positie van deze rechten is in het geval artikel 7 Aw op de arbeidsrelatie van toepassing is. Daarna zal in het vijfde hoofdstuk een aantal arbeidsrechtelijke bedingen uitgewerkt worden. Als slotbeschouwing is in het laatste hoofdstuk nog kort aandacht voor de toekomst van artikel 7 Aw en zal het stappenplan nogmaals kort worden toegelicht.

## **H2 Makerschap in dienstverband**

### **2.1 Inleiding**

Al vanaf de invoering van de Auteurswet in 1912 luidt haar artikel 7 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.*

Het in dienst van een ander arbeid verrichten is voor de toepasbaarheid van het artikel 7 Aw altijd een conditio sine qua non geweest. Daarom is allereerst van belang om te constateren dat het om arbeid gaat ter vervulling van een dienstbetrekking. Zonder een dergelijke gezagsverhouding heeft artikel 7 immers geen werking en kan een eventueel beroep hierop door een werkgever, of beter gezegd een vermeende werkgever, niet slagen. In dit hoofdstuk zal daarom aandacht worden besteed aan de vraag wanneer er sprake is van arbeid ter vervulling van een dienstbetrekking waarop artikel 7 toepasbaar zou kunnen zijn. Naast de gewone arbeidsovereenkomst zullen ook een groot aantal bijzondere overeenkomsten besproken worden.

### **2.2 De arbeidsovereenkomst**

#### **2.2.1 Elementen van de arbeidsovereenkomst**

Het bestaan van een gezagsverhouding kan over het algemeen worden afgeleid uit het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Zo is te lezen in de Memorie van antwoord (MvA) uit 1912 dat artikel 7 Aw namelijk niet van toepassing is op personen die niet door een



## Werkgever en auteursrecht

arbeidsovereenkomst met hun wederpartij verbonden zijn.<sup>10</sup> Ambtenaren worden voor de toepassing van art. 7 Aw ondanks het ontbreken van een arbeidsovereenkomst gelijkgesteld met werknemers in dienstverband.<sup>11</sup> Het “in dienst van een ander” was ook blijkens de wetsgeschiedenis al van toepassing op ambtenaren die werken voor de overheid of een publiekrechtelijk lichaam.<sup>12</sup>

Volgens art. 7:610 Burgerlijk Wetboek (BW) moet voor de vraag of een persoon volgens een arbeidsovereenkomst werkzaam is voldaan zijn aan de volgende vier elementen:

1. Gedurende een zekere tijd
2. in dienst van de andere partij
3. verplicht tot het verrichten van arbeid
4. tegen betaling van loon.

Het element “gedurende een zekere tijd” ziet op de duurzaamheid van een prestatie. Dit element speelt volgens Loonstra en Zondag in de praktijk geen zelfstandige rol.<sup>13</sup> Elke tijdsduur voldoet immers in beginsel aan dit element. Zo is een overeengekomen termijn van een half uur ook al te beschouwen als “een zekere tijd”. Het element is door de wetgever opgenomen om daarmee de arbeidsovereenkomst af te kunnen bakenen van de overeenkomst tot opdracht. Duurzaamheid zou bij een overeenkomst tot opdracht in het algemeen ontbreken.<sup>14</sup>

In de rechtspraak wordt overigens door de Centrale Raad van Beroep weldegelijk doorslaggevende waarde gehecht aan dit element. Daarbij ziet men de levering van een incidentele en kortstondige prestatie in het kader van één enkele en eenvoudige opdracht als te marginaal om te kunnen spreken van een

---

<sup>10</sup> De Vries 1989, p. 7.4.

<sup>11</sup> Ambtenarengerecht Amsterdam, 20-12-1989, Cr 1990, p 141.

<sup>12</sup> Wichers Hoeth 2000, p. 322.

<sup>13</sup> Loonstra & Zondag 2006, p. 86.

<sup>14</sup> Bles 1908, p. 321.

arbeidsovereenkomst.<sup>15</sup> De arbeidsovereenkomst met een looptijd van bijvoorbeeld een half uur voldoet niet aan dit element.

Het element “in dienst van de andere partij” ziet op de gezagsverhouding tussen werkgever en werknemer. Daarbij kan gedacht worden aan de bevoegdheid van de werkgever om ten aanzien van de werkzaamheden inhoudelijke instructies te geven. Dit noemt men ook het materiële gezagsbegrip. Bij hoogopgeleide kenniswerkers blijven deze inhoudelijke instructies echter vaak achterwege. Deze werknemers zijn meestal in dienst genomen vanwege hun specialisme. In de jurisprudentie is daarom gekozen voor een aanvullende interpretatie van dit element waarbij er ook sprake is van een gezagsverhouding indien de werknemer vrij is om te beslissen over de inhoud van zijn arbeid.<sup>16</sup> Dit wordt ook wel het formele gezagsbegrip genoemd. Het formele gezag kan daarbij ondermeer afgeleid worden uit een instructiebevoegdheid ten aanzien van werktijden, productie eisen, representativiteit, urenstaten en voortgangrapportages. Zo kan “in dienst van” ook betrekking hebben op bevoegdheid ten aanzien van werkdiscipline.<sup>17</sup>

Ook de verplichting tot het verrichten van arbeid is een indicator van het bestaan van de gezagsverhouding. Wanneer iemand naar eigen goeddunken werkzaamheden kan weigeren dan is niet voldaan aan het verplichtende karakter. Dit element dient tevens ter afbakening van de verderop te bespreken aanneming van werk of de overeenkomst van opdracht.

Geheel onomstreden is de rol van de gezagsverhouding als onderscheidend criterium bij het bepalen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst niet. Zo heeft Rood bepleit dat met kenniswerkers en specialisten waarbij er amper sprake zal zijn van een materiële gezagsverhouding, een ander soort arbeidsovereenkomst zal moeten worden afgesloten waarbij de mate

---

<sup>15</sup> Zie ondermeer CRvB 15 december 1993, *RSV* 1994, 169; CRvB 23 oktober 1995, *AB* 1996, 78.

<sup>16</sup> HR 17 juni 1994, *NJ* 1994, 757.

<sup>17</sup> Loonstra & Zondag 2004, p. 83.

van onafhankelijkheid spoort met een omgekeerd evenredige mate van rechtsbescherming.<sup>18</sup> Hoewel Loonstra en Zondag kunnen instemmen met dit voorstel, kennen zij voornamelijk gewicht toe aan de formele gezagsverhouding als onderscheidend criterium. Dit criterium is volgens hen goed bruikbaar in moderne platte organisaties waarbij er een grote mate van onafhankelijkheid en eigen verantwoordelijkheid bestaat voor werknemers.<sup>19</sup>

De tegenprestatie voor de verrichte arbeid bestaat uit loon. Deze tegenprestatie moet meer zijn dan een kostenvergoeding. Hoewel het in vrijwel de meeste gevallen een uitbetaling van een geldbedrag betreft, is dat strikt genomen niet noodzakelijk. Zo werden virtuele werknemers in Second Life betaald met de eveneens virtuele Linden Dollars.<sup>20</sup>

Daarnaast kan de vergoeding ook bestaan uit bijvoorbeeld aandelen, effecten, een lease auto of andere voorzieningen welke voor rekening van de werkgever komen. Ook de manier waarop betaling zal plaatsvinden is in beginsel niet van belang. In het verderop te bespreken arrest Groen/Schroevens bleek echter dat een vergoeding in de vorm van betaalbaar gestelde facturen niet gezien kan worden als loon.<sup>21</sup>

Uit art. 7:659 BW volgt verder dat de werknemer verplicht is om zelf de arbeid te verrichten. Slechts met toestemming van de werkgever is het mogelijk om de uitvoering over te laten aan een derde.

### 2.2.2 Criteria van de Hoge Raad

Lange tijd was in de jurisprudentie van de Hoge Raad de instructiebevoegdheid van de werkgever van doorslaggevend belang

---

<sup>18</sup> Rood 1997, p. 16-17.

<sup>19</sup> Loonstra & Zondag 2004, p. 94.

<sup>20</sup> Welke overigens gedurende lange tijd op het internet omgeruild kon worden voor "echt geld".

<sup>21</sup> HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 149

om te beoordelen of een overeenkomst viel te kwalificeren als arbeidsovereenkomst.<sup>22</sup> Vanaf de tweede helft van de jaren tachtig lijkt de Hoge Raad echter steeds vaker te kijken naar organisatorische omstandigheden in de vorm van een instructiebevoegdheid ten aanzien van bijvoorbeeld werktijden, productie eisen, representativiteit, urenstaten en voortgangrapportages. De Hoge Raad maakte echter geen eenduidige keuze voor toepassing van dit formele gezagsbegrip waardoor in de jaren daarna in de jurisprudentie afwisselende benaderingen worden gebruikt.<sup>23</sup>

Zo keek de Hoge Raad in het arrest Nationale Nederlanden/Woudsend (JAR 1994/214) naast de gezagsverhouding ook naar de bedoeling van partijen en de wijze waarop zij uitvoering geven aan de overeenkomst. Er kan volgens de Hoge Raad sprake zijn van feiten waaruit een “nieuwe partijbedoeling” blijkt.<sup>24</sup>

Aan de enigszins diffuse jurisprudentie kwam met het arrest Groen/Schroevers<sup>25</sup> een abrupt einde. In het arrest heeft de Hoge Raad de rechtsvraag of tussen de strijdende partijen sprake was van een arbeidsovereenkomst nader uitgewerkt in een in onderling verband te volgen stappenplan.

1. Allereerst moet gekeken worden naar de vraag of partijen überhaupt een totstandkoming van een arbeidsovereenkomst hebben beoogd. Daarbij is tevens van belang op welke wijze zij feitelijk uitvoering en inhoud aan de overeenkomst hebben gegeven.
2. Aan de hand van de inhoud van de overeenkomst kan de rechter vervolgens bepalen of de overeenkomst behoort tot de in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten. Daarbij

---

<sup>22</sup> Zie voor een overzicht van jurisprudentie: Boot 2005.

<sup>23</sup> Zie voor een overzicht van diverse arresten en de wijze waarop de Centrale Raad van Beroep tot de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst komt: Jansen & Loonstra 1997.

<sup>24</sup> Boot 2005, p. 100-101.

<sup>25</sup> HR 14 november 1997, NJ 1998/149

kan ondermeer gedacht worden aan de verderop te bespreken overeenkomst van aanneming van werk (art. 7A:1639 BW) en de overeenkomst van opdracht (art. 7:400 ev. BW).

3. Wanneer op basis van de vorige stap geconcludeerd kan worden dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, dan moet als derde stap onderzocht worden of er sprake is van een zodanige gezagsverhouding dat niettemin gesproken moet worden van een arbeidsovereenkomst. Uit het arrest blijkt daarbij dat het enkele bestaan van formeel gezag in de zin van een aanwezigheidsverplichting op vastgestelde tijden en het respecteren van bepaalde richtlijnen daarvoor onvoldoende is.

Tot slot kan in de onderlinge afweging nog rekening worden gehouden met de maatschappelijke positie van partijen en de wijze waarop de betaling van de tegenprestatie tot stand is gekomen.

De Hoge Raad overwoog dat ‘niet één enkel kenmerk beslissend is, maar dat de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden in hun onderling verband moeten worden gezien’.

Met dit arrest is vooral de partijbedoeling centraler komen te staan en heeft de formele en materiële gezagsverhouding aan belang ingeboet. Ook in latere arresten zoals *Van der Male/Den Hoedt* (JAR 2003/263) en *Diosynth/Groot* (JAR 2005/15) lijkt de Hoge Raad voornamelijk belang te hechten aan de bedoeling van partijen en de feitelijke uitvoering van de overeenkomst. De kwalificatie van de rechtsverhouding zoals deze door partijen op papier is gesteld staat daarbij dus niet voorop, hetgeen ook terug is te zien in het arrest *Beurspromovendi* (JAR 2006/244). In dat arrest had de Rechtbank volgens de Hoge Raad geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het standpunt in te nemen dat “er ondanks het feit dat de overeenkomst door partijen als ‘beursovereenkomst’ was aangeduid, gezien de wijze waarop de UvA en de beurspromovendus de overeenkomst feitelijk uitvoerden, sprake was van een arbeidsovereenkomst”.

## **2.3 Bijzondere overeenkomsten**

Naast de “gewone” arbeidsovereenkomst bestaan er diverse andere soorten overeenkomsten en arbeidsverhoudingen waarbij in meer of mindere mate sprake lijkt te zijn van een dienstverband. Zo zijn onder meer te onderkennen:

- Aanneming van werk
- Overeenkomst van opdracht
- freelance overeenkomst
- Uitzendovereenkomst
- Detacheringovereenkomst
- Af- en oproepcontracten
- Thuiswerkovereenkomst
- stageovereenkomst
- Fictieve arbeidsovereenkomst

Deze overeenkomsten zullen hierna kort worden beschreven.

### **2.3.1 Aanneming van werk**

Bij de overeenkomst van aanneming van werk (art. 7A:1639 BW) gaat het om de totstandbrenging van een bepaald werk van stoffelijke aard. Uit het kenmerk “een bepaald werk” vloeit voort dat het werk voldoende bepaald moet zijn. Vooraf moet duidelijk omschreven zijn wat er gedaan moet worden. Deze resultaatsverbintenis maakt volgens de Centrale Raad van Beroep tevens het onderscheid tussen de aanneming van werk en het verderop te bespreken ter beschikking stellen van arbeidskrachten.<sup>26</sup> Het werkgeversgezag berust bij de aannemer. Bij de aanneming van werk is er derhalve geen sprake van een dienstverband tussen opdrachtgever en aannemer waardoor art. 7 Aw in die relatie niet van toepassing is.

---

<sup>26</sup> CRvB 29 april 1992, *RSV* 1993, 107.

### 2.3.2 Overeenkomst van opdracht

De overeenkomst van opdracht (art. 7:400 ev. BW) ziet op het buiten dienstbetrekking verrichten van werkzaamheden.

Uitgezonderd zijn daarbij die gevallen waarvoor een *lex specialis* bestaat. Daarbij kan gedacht worden aan het bewaren van zaken, het vervoeren of doen vervoeren van zaken of personen, het uitgeven van werken, de geneeskundige behandeling en de totstandbrenging van bepaalde werken van stoffelijke aard.

De overeenkomst van opdracht wordt vaak gebruikt door dienstverleners zoals juridische adviseurs, advocaten, notarissen, makelaars, ontwerpers en consultants waarbij vaak gewerkt wordt op uurtarief of tegen een *fixed fee*. De opdrachtgever mag daarbij aanwijzingen geven met betrekking tot de uitvoering van de opdracht, mits deze tijdig worden gegeven en verantwoord zijn (art.7: 402 lid 1 BW).

In tegenstelling tot een arbeidsovereenkomst is het de opdrachtgever toegestaan om zonder opzegtermijn de overeenkomst op te zeggen. Zolang dergelijke overeenkomsten niet te kwalificeren zijn als arbeidsovereenkomst vallen ze buiten de reikwijdte van artikel 7 Aw. Bij de aanneming van werk en de overeenkomst van opdracht komt het intellectuele eigendom dus in beginsel toe aan de opdrachtnemer/maker.

### 2.3.3 Freelance overeenkomst

Een veelvuldig voorkomende overeenkomst van opdracht is de niet in de wet benoemde freelance overeenkomst. Het zijn voornamelijk fotografen en journalisten die van deze vorm gebruik maken.

Daarbij worden ook meestal een of meerdere bepalingen in de overeenkomst opgenomen waarbij auteursrechtelijke gebruiksrechten worden toegekend aan de opdrachtgever. Het heeft in die zin iets weg van een opdracht tot het maken van een werk in de zin van de auteurswet in combinatie met een licentieovereenkomst op dat werk. Hoewel de benaming een synoniem lijkt te zijn voor de overeenkomst van opdracht, lijkt het

op grond van deze auteursrechtelijke aspecten in de overeenkomst verdedigbaar dat de benaming alleen gebruikt zou moeten worden voor werken van creatieve aard.<sup>27</sup>

Waar bij de gebruikelijke overeenkomst van opdracht de dienstverlening volgt op de (stilzwijgende) opdrachtverlening, is dat bij de freelance overeenkomst ook nog wel eens omgekeerd. De freelance fotograaf maakt bijvoorbeeld eerst zonder daartoe een opdracht te hebben gehad zijn foto's waarna deze worden aangeboden bij een krant of persbureau. Ook werkt men bij de freelance overeenkomst vaak tegen een vooraf bekende fixed fee, bijvoorbeeld een vaste betaling per pagina, en minder vaak op basis van uurtarief. Omdat er voor een freelancer geen verplichting bestaat tot het verrichten van de arbeid, is er daarom geen sprake van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW waardoor art. 7 Aw op freelancers toepassing mist.<sup>28</sup>

### 2.3.4 Uitzendovereenkomst

Art. 7:690 BW kwalificeert de uitzendovereenkomst als zijnde een arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze derde aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde. Het is een arbeidsovereenkomst waarop bijzondere voorschriften van toepassing zijn.<sup>29</sup>

Voor een uitzendovereenkomst dient dus altijd te worden voldaan aan de vereisten van art. 7:610 BW, er is een gewone arbeidsovereenkomst, aangevuld met de kenmerken uit art 7:690 BW. Het formele werkgeverschap ligt op basis van deze kenmerken bij het uitzendbureau.

---

<sup>27</sup> Zie ook: Asser-Kortmann-De Leede 1994, nr.278.

<sup>28</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 40.

<sup>29</sup> De bijzondere voorschriften zijn ondermeer te vinden in art. 7: 691 BW.



## Werkgever en auteursrecht

Bij de uitzendovereenkomst is voornamelijk sprake van een formele gezagsverhouding tussen uitzendbureau als werkgever en de uitzendkracht als werknemer. Zo is de uitzendkracht vaak verplicht om wekelijks urenbriefjes in te leveren en kan het uitzendbureau disciplinaire maatregelen nemen. Veelal eindigt de arbeidsovereenkomst op het moment dat de terbeschikkingstelling op verzoek van de inlener stopt. Dit laatste noemt men ook wel het uitzendbeding.

Tussen de inlener en het uitzendbureau wordt een overeenkomst van opdracht gesloten (art. 7: 400 ev. BW). De Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (WAADI)<sup>30</sup> geeft ten aanzien van deze overeenkomst aanvullende voorwaarden. Tussen uitzendkracht en inlener bestaat er in de meeste gevallen een meer materiële gezagsverhouding. Hoewel de uitzendkracht volgens art. 7: 690 BW werkt onder toezicht en leiding van een derde, is in de wetsgeschiedenis geen definitie gegeven voor dat begrip. In de jurisprudentie knoopt men voor de vraag of er sprake is van leiding en toezicht aan bij de vraag of het materiële gezag in de zin van een instructiebevoegdheid bij de inlener ligt.<sup>31</sup>

De inlener heeft op grond van de met het uitzendbureau gesloten overeenkomst van opdracht de bevoegdheid om ten aanzien van de werkzaamheden inhoudelijke instructies te geven. Het enkele bestaan van deze bevoegdheid heeft echter niet tot gevolg dat er door verloop van tijd een arbeidsovereenkomst zal ontstaan tussen de inlener en de uitzendkracht.<sup>32</sup>

Omdat de werkgever, het uitzendbureau, weinig tot geen invloed heeft op de arbeidsomstandigheden van de werknemer, is in de Arbeidsomstandighedenwet opgenomen dat de inlener “werkgever” is in de zin van die wet. Ook die fictie heeft echter volgens de jurisprudentie niet tot gevolg dat deze onderlinge relatie tussen inlener en uitzendkracht als een arbeidsovereenkomst moet worden

---

<sup>30</sup> Stb. 1998, 384.

<sup>31</sup> HR 21 november 1997, *JAR* 1998/16.

<sup>32</sup> HR 5 april 2002, *JAR* 2002/100.

beschouwd.<sup>33</sup>

Deze conclusie kan ook worden getrokken op basis van het in het arrest Groen/Schroevens door de Hoge Raad gegeven stappenplan:

Zo hebben inlener en uitzendkracht in de meeste gevallen geen totstandkoming van een arbeidsovereenkomst beoogd. In tegenstelling tot het uitzendbureau bestaat tussen hen dan ook geen schriftelijke overeenkomst. De uitzendkracht beoogde in de meeste gevallen een arbeidsovereenkomst onder bijzondere voorwaarden met het uitzendbureau. Een uitzondering daarop is het verderop te bespreken “payrolling” scenario.

Als tweede stap kan de rechter bepalen of de overeenkomst behoort tot de in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten. In dit geval is er slechts sprake van een overeenkomst van opdracht welke gesloten is tussen uitzendbureau en de inlener.

Omdat op basis van de vorige twee stappen geconcludeerd kan worden dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen inlener en uitzendkracht, moet als derde stap onderzocht worden of er sprake is van een zodanige gezagsverhouding dat niettemin gesproken moet worden van een arbeidsovereenkomst. Uit het arrest Groen/Schroevens blijkt dat het enkele bestaan van formeel gezag in de zin van een aanwezigheidsverplichting op vastgestelde tijden en het respecteren van bepaalde richtlijnen daarvoor onvoldoende is. Het bestaan van materieel gezag in de relatie tussen inlener en uitzendkracht komt voornamelijk tot uiting in de wijze waarop door de inlener leiding en toezicht wordt gegeven. Daar staat echter tegenover dat het uitzendbureau formeel gezag kan uitoefenen en verantwoordelijk is voor de betaling van het loon. In die afweging moet tot slot nog rekening worden gehouden met de maatschappelijke positie van partijen en de wijze waarop de betaling van de tegenprestatie tot stand is gekomen. Deze betaling komt feitelijk tot stand doordat het uitzendbureau een factuur zal zenden aan de opdrachtgever voor de geleverde diensten.

---

<sup>33</sup> HR 25 oktober 1996, *JAR* 1996/234.

Op grond van het stappenplan zal men over het algemeen niet tot de conclusie kunnen komen dat de opdrachtgever in de plaats kan treden van het uitzendbureau als zijnde werkgever in formele zin. Voor de toepassing van artikel 7 Aw dient daarom het uitzendbureau als werkgever beschouwd te worden.<sup>34</sup>

### 2.3.5 Detacheren

Een overeenkomst welke veel lijkt op de uitzendovereenkomst is de zogenaamde detacheringovereenkomst. Ondanks de benaming valt de arbeidsovereenkomst in beginsel onder het hiervoor beschreven regime van art. 7: 690 BW: de uitzendovereenkomst. In tegenstelling tot de uitzendovereenkomst is het bij detachering veelal gebruikelijk dat de zogenaamde “interim professionals” een arbeidsovereenkomst voor bepaalde dan wel onbepaalde tijd met de detacheerder hebben zonder toepassing van het uitzendbeding van art. 7: 691 lid 2 BW. De arbeidsovereenkomst eindigt daarom niet van rechtswege op het moment dat de terbeschikkingstelling op het verzoek van de inlener eindigt.

De detacheringovereenkomst kwam oorspronkelijk vaak voor in de ICT sector waarbij automatiseringspersoneel van een IT bedrijf wordt uitgeleend aan de opdrachtgever met het doel om in die organisatie specifieke automatiseringswerkzaamheden uit te voeren. Inmiddels komt detachering ook veelvuldig voor op gebied als bouwkunde, Finance, HRM, logistics, marketing en communicatie,

---

<sup>34</sup> Anders: Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 42 alwaar Verkade van mening is dat het auteursrecht, in geval aan de overige voorwaarden van artikel 7 Aw is voldaan, zal moeten toekomen aan de inlener, welke hij de feitelijk werkgever noemt. Daarbij beroept hij zich op de strekking van art. 7 Aw en art. 7: 690 BW en verwijst hij naar artikel 6:171 BW dat aansprakelijkheid van de inlener heeft gevestigd voor onrechtmatige daden van de “niet ondergeschikte, die in opdracht van een ander werkzaamheden ter uitoefening van diens bedrijf verricht”. Om echter te voldoen aan alle voorwaarden van artikel 7 Aw dient tevens voldaan te zijn aan het verderop nog te bespreken bepaaldheidsvereiste. De kans dat dit het geval zal zijn is echter enorm klein.

procurement, sales, werktuigbouwkunde en legal. Meerdere ondernemingen houden zich inmiddels bezig met detachering van hoog opgeleide werknemers.

De opdrachtgevers sluiten met de detacheerder een overeenkomst van opdracht (titel 7.7 BW) waarbij de detacheerder zich verbindt om buiten dienstbetrekking werkzaamheden te verrichten. Deze werkzaamheden bestaan dan uit specialistische taken waarvoor de opdrachtgevers gedurende korte of een langere termijn inhoudelijke ondersteuning nodig hebben omdat zij deze kennis zelf niet (meer) in huis hebben.

De relatie tussen opdrachtgever en interim professional heeft veel uiterlijke overeenkomsten met een gewone arbeidsverhouding. Zo zal de interim professional soms meerdere malen op een “aanbiedingsgesprek” gaan bij de opdrachtgever alvorens de opdrachtgever überhaupt besluit om de opdracht te gunnen. Deze gesprekken zijn sterk vergelijkbaar met een sollicitatiegesprek. Analoog met het voor gewone werknemers geldende art. 7:659 BW is de interim professional verplicht om zelf de arbeid te verrichten. Slechts met toestemming van de opdrachtgever en de detacheerder is het mogelijk om de uitvoering over te laten aan een derde.

Er zijn echter ook afwijkende kenmerken. Zo wordt vaak gewerkt volgens een vast uurtarief en worden alleen de daadwerkelijk gewerkte uren bij de opdrachtgever door de detacheerder in rekening gebracht. Bij ziekte of afwezigheid van de interim professional ligt het risico bij de detacheerder als werkgever. Hij zal het vaste salaris moeten opbrengen, ook indien er voor de gedetacheerde tijdelijk geen projecten zijn en deze als beschikbare medewerker “op de bank zit”. Daarnaast is de detacheerder vaak verantwoordelijk voor studiefaciliteiten, vaktechnische bijeenkomsten en persoonlijke begeleiding van de interim professional. In vergelijking met de uitzendovereenkomst is de detacheringsovereenkomst veel meer gericht op een uitgebreide formele gezagsverhouding.

Bij de inhuur van dergelijke gespecialiseerde kennis is het veelal niet aannemelijk dat de opdrachtgever leiding en toezicht zal geven aan de gedetacheerde. Waar er in die zin slechts een formele gezagsverhouding bestaat tussen de gedetacheerde met zowel de detacheerder alsook de opdrachtgever, lijkt art. 7 Aw geen oplossing te kunnen geven voor de vraag of de opdrachtgever het makerschap toe zal komen. Van Schelven en Struik gaan er vanuit dat in een dergelijk geval in het geheel geen sprake kan zijn van (fictief) makerschap van de opdrachtgever.<sup>35</sup> Zij noemen de verhouding als zijnde nog complexer indien er sprake is van cumulatief formeel gezag. Over het algemeen is daar in de detacheringverhouding zeker sprake van.

Mogelijk kan het door de Hoge Raad het in het arrest Groen/Schroevens gegeven stappenplan helderheid bieden:  
Stap 1: Evenals bij de uitzendrelatie hebben opdrachtgever en gedetacheerde in de meeste gevallen geen totstandkoming van een arbeidsovereenkomst beoogd. In tegenstelling tot het detacheringbureau bestaat tussen hen dan ook geen schriftelijke overeenkomst. Reeds op basis hiervan kan het detacheringbureau als enige werkgever worden beschouwd.

Als tweede stap kan de rechter bepalen of de overeenkomst behoort tot de in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten. In dit geval is er sprake van een overeenkomst van opdracht welke gesloten is tussen het detacheringbureau en de inlener. Tussen opdrachtgever en gedetacheerde bestaat in het geheel geen schriftelijke overeenkomst terwijl dat wel als arbeidsovereenkomst bestaat tussen detacheringbureau en gedetacheerde.

Als derde stap zou nog onderzocht kunnen worden of er sprake is van een zodanige gezagsverhouding dat niettemin in de relatie van de gedetacheerde met de opdrachtgever gesproken moet worden van een arbeidsovereenkomst. Uit het arrest Groen/Schroevens blijkt dat het enkele bestaan van formeel gezag in de zin van een aanwezigheidsverplichting op vastgestelde tijden en het respecteren van bepaalde richtlijnen daarvoor onvoldoende is. Daarnaast is de

---

<sup>35</sup> Van Schelven & Struik 1995, p. 50.

detacheringovereenkomst gericht op een uitgebreide formele gezagsverhouding.

Op grond van het stappenplan zal men over het algemeen niet tot de conclusie kunnen komen dat de opdrachtgever in de plaats kan treden van het detacheringbureau als zijnde werkgever in formele zin. De vraag is dan wie conform artikel 7 beschouwd dient te worden als werkgever. Evenals bij de uitzendovereenkomst ben ik van mening dat het detacheringbureau voor de toepassing van artikel 7 Aw als werkgever heeft te gelden. De opdrachtgever komt daarom geen beroep toe op het werkgeversauteursrecht en zal indien men dit nodig acht aanvullende afspraken moeten maken met het detacheringbureau over het intellectuele eigendom op de auteursrechtelijke werken van de interim professionals.

### **2.3.6 Pay-rolling**

Bij pay-rolling, een bijzondere vorm van de uitzendovereenkomst, is er in de meeste gevallen sprake van werving en selectie van personeel door de opdrachtgever. Men kiest als opdrachtgever voor payroll omdat er bijvoorbeeld een personeelsstop is, omdat men twijfelt aan de capaciteiten van de kandidaat, om budgettaire redenen, ter afdekking van risico's of om administratieve rompslomp te voorkomen. De opdrachtgever is verantwoordelijk voor de contractbesprekingen, de inschaling, de dagelijkse leiding en toezicht, de inroosting en voor het voeren van functioneringsgesprekken. De werknemer komt administratief gezien echter in dienst bij een pay-roll bedrijf dat voor de opdrachtgever ten aanzien van de werknemer ondermeer de loonadministratie verzorgt, de belastingen en premies afdraagt, het pensioen verzorgt, zieke medewerkers begeleidt en de salarisbetaling doet. Vrijwel alle pay-roll bedrijven zien zichzelf als werkgever in juridische zin en noemen de arbeidsovereenkomst veelal een detacheringovereenkomst. Ondanks die benaming kan zich in dit geval echter wel de situatie voordoen waarbij het stappenplan uit het arrest Groen/Schroevens tot de conclusie moet

leiden dat de opdrachtgever wel degelijk de werkgever is.

### 2.3.7 Pay-rolling en Rariteitenbesluit

Artiesten en freelancers die als zelfstandig ondernemer op jaarbasis minder dan 1225 uur werken hebben geen recht op zelfstandigenaftrek. Het kan dan voor de ondernemer financieel interessant zijn om zich op grond van het zogenaamde Rariteitenbesluit<sup>36</sup> als fictief werknemer in te laten schrijven bij een payroll bedrijf. Tussen de “werknemer” en het payroll bedrijf wordt daarbij een overeenkomst van opdracht gesloten en uitdrukkelijk geen arbeidsovereenkomst. Op grond van het rariteitenbesluit ontstaat er een fictief dienstverband. In dat geval zijn automatisch de werknemersverzekeringen als WW, WIA en ziektewet van toepassing. Daarnaast hoeft de werknemer geen administratie te voeren, zich niet in te schrijven bij de Kamer van Koophandel en geen Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) aan te vragen. De werknemer blijft verantwoordelijk voor de acquisitie en uitvoering van zijn eigen opdrachten. Zijn salaris is variabel en rechtstreeks afhankelijk van het aan een opdrachtgever door te berekenen factuurbedrag. Het payroll bedrijf rekent vaak een percentage van 6% van het factuurbedrag.

Uit het ontbreken van een gezagsverhouding kan afgeleid worden dat art.7 Aw niet van toepassing is op de relatie tussen een payroll bedrijf en zijn fictieve werknemers.

### 2.3.8 Oproepcontracten

Kenmerk van de oproepovereenkomst is het wachten van een werknemer op de oproep van een werkgever om arbeid te verrichten gedurende een bepaalde tijd. Daarbij zijn twee typen

---

<sup>36</sup> “Besluit aanwijzing gevallen waarin arbeidsverhouding als dienstbetrekking wordt beschouwd”, 24 december 1986, *Stb* 1986, 655.

oproepovereenkomsten te onderscheiden: de voorovereenkomst en de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht.<sup>37</sup>

### *Voorovereenkomst*

De voorovereenkomst is in tegenstelling tot het verderop te bespreken andere type oproepovereenkomst geen arbeidsovereenkomst, maar slechts een overeenkomst waarin een aantal condities als functie en salaris zijn opgenomen waaronder bij een toekomstige oproep een arbeidsovereenkomst tot stand zal komen.

Na een feitelijke oproep ontstaat in de meeste gevallen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. In het geval er geen sprake is van een objectief einde van de arbeidsovereenkomst dan is de arbeidsovereenkomst te beschouwen als een overeenkomst voor onbepaalde tijd.

Uit een voorovereenkomst kunnen verschillende keren afzonderlijke arbeidsovereenkomsten (voor bepaalde tijd) voortvloeien.

### *Arbeidsovereenkomst mup*

De arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht (mup) is een arbeidsovereenkomst waarbij de omvang van de arbeid niet van tevoren is vastgelegd. Het aantal oproepen en het aantal uren dat gewerkt kan worden is afhankelijk van de hoeveelheid werk bij de werkgever. Waar de werkgever de plicht heeft om de werknemer op te roepen indien er werk beschikbaar is, heeft de werknemer de verplichting om gehoor te geven aan een dergelijk oproep. Daarbij moet de werkgever zich bij het bepalen van de tijd die een werknemer heeft om gehoor te geven aan de oproep wel gedragen als een “goed werkgever”.

Men noemt de arbeidsovereenkomst *mup* ook wel een nul-uren contract.

---

<sup>37</sup> Zie HR 25 januari 1980, *NJ* 1980, 264 met annotatie van P.A. Stein.



In sommige gevallen wordt een minimum of maximum aantal uren in het oproepcontract opgenomen. Over het minimum aantal uren is de werkgever dan verplicht om loon te betalen, ook als er geen werk was. De werknemer is verplicht om in ieder geval voor het minimum aantal uren beschikbaar te zijn voor werk. Voor eventuele extra uren kan de werknemer opgeroepen worden en gelden dezelfde verplichtingen als bij een nul uren contract. Wel kan er aan het aantal uren een maximum worden verbonden.

### **2.3.9 Thuiswerkovereenkomst en telewerkers**

Hiervoor werd al kort aangegeven dat het door middel van bijvoorbeeld internet mogelijk is om betaalde werkzaamheden uit te voeren vanuit huis. Hierbij kan een verschil worden gemaakt tussen telewerkers enerzijds en thuiswerkers anderzijds.

#### *Telewerkers*

Telewerkers zijn werknemers die werkzaam zijn op basis van een gewone arbeidsovereenkomst en die structureel een of meerdere dagen in de week vanuit huis of een andere mobiele locatie kunnen inloggen op het beveiligde bedrijfsnetwerk van de werkgever en daar het werk doen wat ze anders vanachter een bureau bij de werkgever hadden kunnen doen. Men noemt dit ook wel “het nieuwe werken”.

Ondanks het feit dat er sprake is van een formele gezagsverhouding lopen bij telewerkers arbeidstijd en privetijd vaak door elkaar. Zo doet men enerzijds overdag de boodschappen en werkt men anderzijds in de avond nog door aan een rapport.

Telewerkers zijn vaak hoger opgeleide kenniswerkers zoals consultants, beleidsmedewerkers, journalisten en wetenschappers.

#### *Thuiswerkers*

Voor thuiswerkers in de traditionele zin zijn de gevraagde kwalificaties laag. Vaak gaat het bij thuiswerk om eenvoudige

inpakwerkzaamheden of de beantwoording van de telefoon. In veel gevallen bestaat er geen arbeidsovereenkomst tussen de thuiswerker en de opdrachtgever en worden de uitgevoerde werkzaamheden op basis van stukloon vergoed. Aan deze uitvoering ligt dan een overeenkomst van opdracht of de aanneming van werk ten grondslag. De benaming “thuiswerkovereenkomst” zegt ook vooral iets over de locatie waar het werk moet worden uitgevoerd en niets over het juridische kader van de arbeidsverhouding.

Voor de werknemersverzekeringen wordt de arbeidsverhouding tussen opdrachtgever en thuiswerker gezien als dienstbetrekking in de zin van de de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (*Stb.* 1977, 492), de Ziektewet (*Stb.* 1967, 473) en de Werkloosheidswet (*Stb.* 1986, 566) indien volgens het *Rariteitenbesluit* aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- 1) De arbeidsverhouding is aangegaan voor een aaneengesloten periode van ten minste 30 dagen; Indien binnen 30 dagen na het einde van een arbeidsverhouding met dezelfde opdrachtgever een nieuwe arbeidsverhouding wordt aangegaan, geldt dit vereiste niet voor die nieuwe arbeidsverhouding, tenzij de tijdvakken waarvoor de arbeidsverhoudingen zijn aangegaan tezamen korter zijn dan 30 dagen.
- 2) En het bruto-inkomen uit deze arbeidsverhouding per maand doorgaans ten minste 40% van het minimumloon, bedoeld in artikel 8, eerste lid, onderdeel *a*, van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (*Stb.* 1968, 657), zal bedragen; Voor de persoon jonger dan 23 jaar wiens bruto-inkomen uitsluitend in verband met zijn leeftijd op een lager bedrag is vastgesteld, het bruto-inkomen uit deze arbeidsverhouding doorgaans ten minste 40% van het voor zijn leeftijd geldende minimumloon, bedoeld in artikel 7, derde lid, en artikel 8, derde lid, van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, zal bedragen.

Een dergelijke fictieve dienstbetrekking voor de werknemersverzekeringen brengt niet automatisch met zich mee dat er een arbeidsovereenkomst ontstaat als bedoeld in art. 7:610 BW. Het sluit het echter ook niet uit.

Naast de traditionele thuiswerkers valt bijvoorbeeld te onderkennen dat er de afgelopen jaren nieuwe vormen van thuiswerk zijn ontstaan. De avatar in Second life die in opdracht van de virtuele vestiging van een bank rondloopt met een reclamebord, wordt bestuurd door een thuiswerker in zijn rol als poppenspeler. Dit is een vorm van thuiswerk waarbij het bestaan van een materiële of een formele gezagsverhouding alsnog kan leiden tot de conclusie dat er een arbeidsovereenkomst bestaat tussen de poppenspeler en de werkgever.

### 2.3.10 Stage-overeenkomst

Het werk van een stagiair zal in de regel niet worden verricht in het kader van een arbeidsovereenkomst. De werkzaamheden zijn immers veelal gericht op het uitbreiden van eigen kennis en praktijkervaring in het kader van een opleiding.<sup>38</sup> Dit uitgangspunt wordt nog versterkt indien er sprake is van het ontbreken van loon in de zin van een stagevergoeding.

Het ontbreken van een gezagsverhouding is volgens de jurisprudentie ook een reden waardoor niet aan alle elementen van de arbeidsovereenkomst kan worden voldaan.<sup>39</sup> Om dit te beoordelen dient echter niet alleen te worden gekeken naar de bewoordingen van de overeenkomst maar moet ook worden gekeken naar de feitelijke positie van de stagiaire. De Centrale Raad van Beroep gaf in een uitspraak uit 1990 aan die feitelijke positie een doorslaggevende rol van betekenis.<sup>40</sup> Aan de betreffende stagiair werden qua productiviteit en zelfstandigheid dezelfde eisen gesteld

---

<sup>38</sup> Loonstra & Zondag 2006, p. 84.

<sup>39</sup> Zie Rb Middelburg 18 juli 1984, *NJ* 1985, 882; Pres. Rb Breda 22 november 1977, *BIE* 1978,84.

<sup>40</sup> CRVB 31 januari 1990, *RSV* 1991/110.

als voor gewone werknemers. Ook werd na afloop van de stageperiode een getuigschrift uitgereikt welke in strekking overeenkwam met het getuigschrift dat gewone werknemers ontvingen. De Centrale Raad concludeerde daarom dat er sprake was van een op een arbeidsovereenkomst steunende gezagsverhouding. Recent is ook een trend waarneembaar waarbij studenten die stage lopen bij een bedrijf in de ICT hoge stagevergoedingen krijgen waarbij er uitschieters zijn naar een normaal startersalaris.<sup>41</sup> Bedrijven zien daarbij het aannemen van stagiairs als een goedkope manier om personeel te werven.

Mocht er op basis van de feitelijke positie van de stagiair wel tot een dienstverband geconcludeerd worden, dan zou dit nog geen werkgeversauteursrecht kunnen opleveren omdat het verdedigbaar is dat de taakomschrijving in een stage overeenkomst niet gericht is op het vervaardigen van *bepaalde werken* in de zin van de auteurswet maar primair is gericht op het uitbreiden van kennis en ervaring. Een mogelijke uitzondering hierop zou slechts kunnen zijn dat de stagiair een duidelijke opdracht van zijn stagegever heeft gekregen tot het maken van een bepaald werk.<sup>42</sup>

Ook Hugenholtz en Spoor concluderen dat de werkzaamheden van een stagiair zeer vermoedelijk niet onder art. 7 Aw zullen vallen.<sup>43</sup>

Opgemerkt moet echter worden dat er ook opleidingen zijn waarbij in de stagegids is bepaald dat de stagegever op grond van art. 7 Aw de auteursrechten zal verkrijgen op alles wat de stagiair in het kader van zijn stage maakt.<sup>44</sup> Het is maar zeer de vraag of dit daadwerkelijk het geval is en kennelijk voelen de opleidingen dit zelf ook aan. In de stageovereenkomst wordt namelijk contractueel nog eens vastgelegd dat de stagiair geen intellectuele eigendomsrechten zal verkrijgen in het kader van de stage. Het te

---

<sup>41</sup> Stagiair krijgt hoge vergoeding, *Computable*, 9 november 2007, p.1.

<sup>42</sup> Dit bepaaldheidsvereiste wordt verderop meer uitvoerig uitgewerkt.

<sup>43</sup> Hugenholtz & Spoor 1987, p. 41.

<sup>44</sup> Zie onder meer de stagegids van de Willem de Kooning Academie in Rotterdam waar hbo-opleidingen worden gegeven voor kunstenaars, ontwerpers en docenten beeldende kunst en vormgeving.

<<http://wdka.hro.nl/~stagebureau/download/stagegids0607.pdf>>

schrijven stageverslag is in de meeste gevallen uitgezonderd van deze bepaling omdat het niet wenselijk zou zijn dat de stagiair geen rechten zou hebben op een stageverslag. De stagegever zou dan immers op basis van het auteursrecht openbaarmaking en verveelvoudiging buiten het bedrijf kunnen voorkomen. Wel is het gebruikelijk dat een geheimhoudingsbeding wordt opgenomen in de stage overeenkomst op basis waarvan de stagegever een verslag kan controleren op bedrijfsgevoelige informatie. Het akkoord dat een stagegever meestal dient te geven aan een dergelijk verslag vloeit voort uit de afspraken welke tussen het opleidingsinstituut en de stagegever bestaan ten aanzien van de facilitering van de stage.

### **2.3.11 Pseudo werknemer op grond van de Wet LB**

De fictieve arbeidsovereenkomst ontstaat wanneer de belastingdienst een arbeidsverhouding fictief als arbeidsovereenkomst wil zien. Daarbij gaat het veelal om situaties waarbij onduidelijk is of er loonbelasting en premies volks- en werknemersverzekering moeten worden in gehouden en afgedragen.

Er bestaat ook een mogelijkheid om op grond van de Wet Loonbelasting zelf een fictief werknemersschap aan te vragen bij de belastingdienst door middel van opting-in. Daarbij kan een medewerker samen met zijn aanstaande fictief werkgever een aanvraag indienen waarna de fictief werkgever loonbelasting en premies kan gaan inhouden. In tegenstelling tot de Wet LB kennen de werknemersverzekeringen deze mogelijkheid tot pseudowerknemersschap niet.

De keuze voor opting-in heeft daarnaast geen arbeidsrechtelijke gevolgen. Er zijn geen afdrachtverminderingen voor de fictief werkgever en er bestaat geen ontslagbescherming.

## Werkgever en auteursrecht

Om gebruik te maken van opting-in zijn de volgende vier voorwaarden van toepassing:

- De pseudo-werknemer heeft een arbeidsverhouding met de werkgever en geniet daaruit een beloning.
- De arbeidsverhouding kwalificeert niet als een echte of fictieve dienstbetrekking.
- De arbeidsverhouding levert geen belastbare winst uit onderneming op. Zodra dat wel het geval is, moet de pseudo-werknemer dat melden aan zijn inspecteur van de Belastingdienst. Opting-in is dan niet meer mogelijk. De pseudo-werknemer kwalificeert dan als winstgenieter.
- De pseudo-werknemer en de werkgever melden, door middel van een gezamenlijke verklaring, de Belastingdienst dat zij de arbeidsverhouding voor heffing van de loonbelasting/premie volksverzekeringen aanmerken als een dienstbetrekking (hierna: melding). Deze melding moet worden gedaan voor de eerste inhouding van loonbelasting/premie volksverzekeringen.

Kan opting-in leiden tot een (fictief) dienstverband waarop art.7 Aw van toepassing is? Zeer waarschijnlijk is dat niet het geval nu opting-in slechts op fiscale gronden een pseudowerknemersschap in het leven roept. Uit de voorwaarden voor toepassing van de regeling blijkt daarnaast dat de arbeidsverhouding niet kwalificeert als een echte of fictieve dienstbetrekking.

### **H3 De bepaaldheid van het werk of de taak**

#### **3.1 Jurisprudentie over het bepaaldheidvereiste**

Naast het in het voorgaande hoofdstuk behandelde vereiste van het dienstverband moet het bij een mogelijk beroep op het werkgeversauteursrecht ook gaan om “bepaalde” werken. In dit hoofdstuk komt de Nederlandse rechtspraak aangaande dit “bepaaldheidvereiste” aan bod.

##### **3.1.1 Gorter cs/PTT Post**

In 1992 deed de Rechtbank Den Haag uitspraak in het geschil tussen Gorter en de Vries tegen hun oud-werkgever PTT Post.<sup>45</sup> Deze werknemers vervaardigden, na een door de werkgever betaalde cursus “systeemontwerp”, grotendeels op eigen initiatief in de periode maart 1987 tot en met 1 januari 1988 een zogenoemde definitiestudie en vervolgens, daarop voortbordurend, een basisontwerp van een computerprogramma voor de systematische opslag, registratie en verwerking van informatie. Zij deden dit omdat er op het moment van tewerkstelling op de nieuwe afdeling “Ondersteuning en Advisering” nog geen werkaanbod voorhanden was en gedurende enige tijd ook geen leidinggevende.

De werkgever PTT Post heeft het uit het basisontwerp voortgekomen informatiesysteem op 2 september 1988 aan een derde in licentie gegeven. De werknemers vorderden daarop, kort gezegd, PTT Post te verbieden het informatiesysteem te veelevoudigen, openbaar te maken en/of ten verkoop aan te bieden. Zij legden aan hun vordering de stelling ten grondslag dat zij met betrekking tot het informatiesysteem de makers en derhalve tevens de rechthebbenden op de exploitatierechten zijn. Het vervaardigen van de definitiestudie en het daarop gebaseerde

---

<sup>45</sup> Rb. Den Haag 27 mei 1992, *Informatierecht/AMI* 1993, 91/7229, p. 94-96.

basisontwerp kon volgens hen niet tot hun taak gerekend worden. De Rechtbank was echter van oordeel dat het vervaardigen van de definitiestudie en het daarop gebaseerde basisontwerp weldegelijk tot de taak van eisers gerekend moest worden. Eisers werkten namelijk op een nieuw op te starten afdeling waaraan, blijkens een interne nota, nog de nodige vorm en inhoud moet worden gegeven. Uit het vonnis is verder niet af te leiden wat de daadwerkelijke taakomschrijving was van Gorter en de Vries. De nieuwe afdeling zou zich in ieder geval bezig gaan houden met voorlichting, advisering, begeleiding en ondersteuning bij de inzet en het gebruik van automatiseringsapparatuur.

De Rechtbank hechtte veel belang aan het feit dat de betreffende nota opmerkte dat zolang de nieuwe afdeling nog niet is opgestart de werkzaamheden worden uitgevoerd onder verantwoordelijkheid van de afdeling “Systeem en Ontwikkeling” wiens taakvelden verband hielden met het ontwikkelen, invoeren en onderhouden van geautomatiseerde informatiesystemen. Gelet op alle omstandigheden in onderling verband beschouwd kwam de Rechtbank tot het oordeel dat de taak van de werknemers zich niet beperkte tot de in de nota omschreven werkzaamheden maar tevens daarmee nauw samenhangende werkzaamheden omvatten.

Omdat tevens in de definitiestudie door de eisers zelf is opgemerkt dat zij voor dit project verantwoording moesten afleggen aan de chef van het Informatiecentrum Post, kwam de Rechtbank tot de eindconclusie dat eisers deze werkzaamheden zelf ook tot hun taak beschouwden, ze hebben het in die zin aanvaard, en dat de werkgever derhalve op basis van artikel 7 Aw als de maker van de definitiestudie en het basisontwerp dient te worden aangemerkt.

In een lezenswaardige annotatie bij de uitspraak geeft Quaedvlieg aan dat er hier volgens hem een addertje onder het gras schuil gaat. De Rechtbank onderzoekt namelijk niet of het om *bepaalde* werken gaat, maar kijkt slechts naar de vraag of de gemaakte definitiestudie tot de taak behoorde van Gorter en De Vries. Waar echter een materiële gezagsverhouding ontbreekt en het uitsluitend van het eigen initiatief van de werknemer afhangt of en hoe hij zijn taak zal uitvoeren en vormgeven, kan volgens Quaedvlieg geen sprake zijn



van bepaaldheid. Hij verwijst hierbij naar de verderop te bespreken situatie van universitaire wetenschappers waarbij publiceren weliswaar tot hun taak behoort, maar waarbij een opdracht tot de totstandbrenging van een bepaald werk meestal achterwege blijft, waardoor volgens Quaedvlieg het auteursrecht in het algemeen aan de wetenschapper toekomt.

Desondanks heeft hij begrip voor de uitspraak omdat de eis van “bepaaldheid” haar zin grotendeels verliest indien er sprake is van een technisch werk zoals computerprogrammatuur. Deze eis zou volgens hem voornamelijk waken over persoonlijkheidsbelangen welke bij computerprogrammatuur niet of nauwelijks aan de orde zouden zijn.

Ook zou het in het technische domein nauwelijks uitvoerbaar zijn om van de werkgever te eisen dat hij opdracht geeft tot het scheppen van een bepaald werk omdat een technisch idee eerder als een verrassing komt dan als vervulling van een opdracht. Hij stelt daarnaast de economische belangen aan de kaak van PTT Post die zonder aanspraken op de auteursrechten belemmerd zal worden in de innovatie binnen zijn bedrijf. Dit alles gezamenlijk brengt hem tot de conclusie dat het bij technische werken voldoende is dat het werk tot de taak van de werknemer behoorde, zonder bovendien te eisen dat het om een bepaald werk gaat.

Hoewel Quaedvlieg zich hier vooral lijkt te richten op de bepaaldheid van het werk, is het de vraag of dat doorslaggevend is. Moeten alle werken van tevoren al concreet bepaald zijn om überhaupt de toepasselijkheid van art. 7 te kunnen bewerkstelligen? Volgens Schuijt vloeit dat in ieder geval niet voort uit de wetsgeschiedenis en zou het juist meer moeten gaan om het maken van “bepaaldsoortige” werken, hetgeen zou samenhangen met de taakomschrijving.<sup>46</sup> Hij noemt daarbij als voorbeelden: werken van kunstnijverheid, reclametekeningen, journalistieke verslagen en ambtelijke brieven en nota's. Onderwerp, inhoud en stijl van deze bepaaldsoortige werken worden daarbij van geval tot geval bepaald.

---

<sup>46</sup> Schuijt 1999, 107.

Ik ben het met deze redenering van Schuijt eens. Zo zal een computerprogrammeur bij de indiensttreding in de meeste gevallen nog niet weten welke specifieke werken hij gedurende de arbeidsrelatie zal gaan maken, laat staan dat hij weet hoe hij deze werken gaat vormgeven. Wel kan hij weten dat hij in dienst is gekomen om bepaaldsoortige werken, namelijk computerprogramma's, te schrijven. Wanneer de werkgever dit vervolgens in de taakomschrijving opneemt valt niet in te zien waarom daarmee niet voldaan zou kunnen worden aan het bepaaldheidsvereiste van art. 7 Aw. Uit de taakomschrijving vloeit voort dat er "bepaaldsoortige" werken moeten worden gemaakt.

De Rechtbank heeft dus in eerste instantie terecht gekeken naar de vraag of de gemaakte definitiestudie en het basisontwerp tot de taak behoorde van Gorter en De Vries. Aangezien die werkzaamheden zeer vermoedelijk niet uit hun taakomschrijving voortvloeiden<sup>47</sup> en ook de nota over de taken van de nieuwe afdeling niet duidelijk maakte dat software ontwikkeling onder de taken viel, heeft de Rechtbank gekeken naar alle overige omstandigheden.

### 3.1.2 Metafoor/Buro beeld

In het geschil uit 2007 tussen Metafoor en Buro Beeld cs waarbij de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem gevraagd werd om te bepalen wie de auteursrechthebbende was op een door gedaagde deels bij de vorige werkgever Metafoor en deels in de vrije tijd ontwikkelt rekensysteem onder de naam GRAS, kwam ook het door Metafoor gestelde werkgeversauteursrecht naar voren.<sup>48</sup>

Metafoor is een landelijk opererende groep die zich bezighoudt met advisering aan overheden op het gebied van ruimtelijke ordening.

---

<sup>47</sup>Was dat wel het geval geweest dan had de gedaagde zich daar uitdrukkelijk op kunnen beroepen. Nu dat niet is gebeurd en ook de Rechtbank er geen melding van maakt is het zeer aannemelijk dat er uit de taakomschrijving niet voortvloeide dat men software zou gaan ontwikkelen.

<sup>48</sup> Rb. Arnhem, 12 maart 2007, *LJN*: BA2032.

Zij maakt voor haar grondexploitatieberekening gebruik van het rekensysteem GRAS, hetgeen een afkorting is van Grondgebruikanalyse systeem. Het rekensysteem GRAS wordt voornamelijk gebruikt door planeconomen bij (her)inrichting van bepaalde terreinen.

Buro Beeld is een in 2004 opgericht bureau dat zich ook richt op advisering aan de overheid op het gebied van ruimtelijke ordening. Vanaf de oprichting werkt bij Buro Beeld een aantal medewerkers dat voorheen in dienst was bij Metafoor. Onder hen is ook de feitelijk maker van GRAS. Buro Beeld maakt voor de grondexploitatieberekening gebruik van het systeem genaamd FRIS, afkorting van Financieel Ruimtelijk Informatie Systeem. Volgens Metafoor is zij op grond van art. 7 Aw de auteursrechthebbende op GRAS en maakt FRIS inbreuk op deze rechten omdat het een ongeautoriseerde verveelvoudiging is.

Uit de door Metafoor overlegde arbeidsovereenkomsten met gedaagde komt volgens de voorzieningenrechter echter onvoldoende naar voren dat het (door)ontwikkelen van het systeem GRAS tot de taak van gedaagde behoorde en dat Metafoor zeggenschap had over de vorm waarin het systeem tot stand zou komen. Gedaagde was weliswaar in dienst getreden bij Metafoor in de functie van grondexploitatie-deskundige, maar er ontbreekt een taakomschrijving in de arbeidsovereenkomst waardoor niet voldaan kan worden aan het bepaaldheidsvereiste. Metafoor kon derhalve niet op basis van art. 7 Aw als fictieve maker worden aangewezen. Het feit dat de gedaagde oud werknemer ooit in een memo aan de directeur van Metafoor had geschreven dat hij: *"zijn kennis en ervaring beschikbaar wil stellen voor (onder meer) de ontwikkeling, verbreding en verbetering van deze software"*, zegt volgens de voorzieningenrechter in beginsel nog niets over de taakomschrijving.

### 3.1.3 Röling/Haarlem

In een geval waarbij de gemeente Haarlem tegen de zin van voormalig stadsarchitect Röling delen van het door hem ontworpen Haarlems Concertgebouw wilde slopen bleek de taakomschrijving minder van belang voor de toepassing van art. 7 Aw.<sup>49</sup>

Röling was in 1971 door de gemeente aangesteld in de functie van stadsarchitect bij het bedrijf voor openbare werken. Met ingang van 1976 is deze aanstelling gewijzigd in een aanstelling als stadsarchitect in algemene dienst van de Gemeente Haarlem. Per 1 november 1988 heeft de Gemeente Röling op diens verzoek eervol ontslag verleend als stadsarchitect. De taakbeschrijving van de stadsarchitect vermeldt onder meer:

"Organisatie: is verantwoordelijkheid verschuldigd aan de het college c.q. de daartoe aangewezen wethouder.

Werkonderdelen:

(...)

8. kan worden belast met specifieke opdrachten."

De gemeente voerde aan dat niet Röling maar de gemeente zelf als maker moest worden beschouwd omdat Röling de ontwerpen voor het concertgebouw als specifieke opdracht in dienst van de gemeente heeft vervaardigd. Volgens de president van de Rechtbank kon uit de taakomschrijving weliswaar worden afgeleid dat het vervaardigen van ontwerpen voor specifieke projecten tot de taak van Röling behoorde, echter niet dat de gemeente ook zeggenschap had over de vorm van de ontwerpen en bouwwerken. Zij kon met andere woorden geen inhoudelijke instructies geven waardoor de gezagsverhouding zich voornamelijk uitte in formele zin. Het enkele feit dat Röling organisatorisch verantwoording verschuldigd was aan het college van Burgemeester en Wethouders is volgens de uitspraak onvoldoende om aan te nemen dat de gemeente invloed had op de totstandkoming van de werken.

---

<sup>49</sup> Pres. Rb. Haarlem, 18 mei 2001, *IER* 2001, 39.

De president van de Rechtbank hanteert hier het criterium dat wanneer de feitelijke maker vormvrijheid toekomt, hij los van zijn taakomschrijving en los van de vraag of hij bepaaldsoortige werken moet maken, niettemin de auteursrechthebbende is.

De vormvrijheid welke Röling toekwam is in zekere zin vergelijkbaar met de academische vrijheid van wetenschappelijke medewerkers. Ook hierbij heeft de universiteit als werkgever geen zeggenschap over de vorm van de te maken werken, de uitkomsten van het onderzoek, en de opvatting die verdedigd zou moeten worden. De combinatie van het ontbreken van dit materiële gezag en het ontbreken van concrete aanwijzingen heeft volgens sommige rechtswetenschappers tot gevolg dat art. 7 bij wetenschappelijk personeel toepassing mist.<sup>50</sup>

Vormvrijheid is als criterium echter niet erg onderscheidend aangezien vrijheid ten aanzien van de vorm van het werk zich nu juist voordoet in die arbeidsrelaties waarbij geen materiële gezagsverhouding aanwezig is en concrete aanwijzingen ook veelal achterwege blijven.

Is het zonder vormvrijheid überhaupt wel mogelijk om werken te maken welke een eigen oorspronkelijk karakter hebben en het stempel van de maker dragen? Zo verwijzen ook Spoor, Verkade en Visser voor het eigen karakter van een werk naar de manier waarop een auteur zijn onderwerp, zijn materiaal, zijn voorbeelden en woorden kiest.<sup>51</sup> Een maker die dat niet kan kiezen heeft immers geen vormvrijheid.

In het geval waarbij het werk bijvoorbeeld naar het ontwerp van een ander en onder diens leiding en toezicht is gemaakt, zal voor de feitelijke maker geen vormvrijheid aanwezig zijn waardoor hij op grond van art. 6 Aw niet zelf het auteursrecht zal verkrijgen.

Het ligt meer voor de hand om vormvrijheid vooral geen doorslaggevende rol te geven bij de bepaling of de werkgever een

---

<sup>50</sup> Zie vooral: Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 46; Anders: Schuijt 1999, p. 101-109.

<sup>51</sup> Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 68.

beroep kan doen op art. 7 Aw. Zo kan gedacht worden aan de jonge ontwerper die in dienst is van een ontwerp bureau. Deze zal binnen de door zijn werkgever gestelde kaders zeker een mate van inhoudelijke vormvrijheid genieten ten aanzien van de werkzaamheden welke hij krijgt toebedeeld. Dat alleen zou echter niet voldoende moeten zijn om de ontwerper daarmee in plaats van zijn werkgever als auteursrechthebbende te beschouwen.

Het lijkt er op dat de Rechtbank in deze zaak het bepaaldheidsvereiste op enge wijze interpreteert. Ze geeft niet de doorslag aan de bepaaldheid in de overigens zeer brede taakomschrijving, maar richt zich puur en alleen op de bepaaldheid van het gemaakte werk. Nu de werkgever dat werk door de daarvoor benodigde vormvrijheid onvoldoende kon bepalen, is volgens de Rechtbank niet voldaan aan het bepaaldheidsvereiste van art. 7 Aw.<sup>52</sup>

### 3.1.4 Rijkslandbouwuniversiteit Wageningen/de Kruif

In de zaak van de Rijkslandbouwuniversiteit Wageningen tegen promovendus de Kruif door de Arrondissementsrechtbank te Arnhem werd het bepaaldheidsvereiste op enge wijze geïnterpreteerd en werd ook voornamelijk gekeken naar de bepaaldheid van de werken in plaats van de taakomschrijving.<sup>53</sup>

Van 1 maart 1981 tot 1 januari 1985 was De Kruif als wetenschappelijk ambtenaar voor 20 uur per week verbonden aan de vakgroep Plantentaxonomie van de Landbouwuniversiteit. Sinds 1 januari 1984 had hij een fulltime aanstelling welke na 1 januari 1985 niet is verlengd. De Kruif werkte sinds 1981 aan een onderzoek voor

---

<sup>52</sup> Röling had waarschijnlijk via de band van art. 25 Aw ook zijn gelijk kunnen halen, indien de Rechtbank Haarlem niet uit zou gaan van de grammaticale interpretatie van het makerschap waarbij, volgens die interpretatie, een fictief maker ook originair alle persoonlijkheidsrechten bezit. Toewijzing van het makerschap aan de gemeente zou dan met zich meebrengen dat Röling in het geheel geen rechten meer zou kunnen uitoefenen.

<sup>53</sup> Rb. Arnhem, 8 april 1993, *BIE* 1194, 74, p. 264.

een proefschrift op het gebied van plantentaxonomie. In het kader van dit onderzoek heeft De Kruif tekeningen en verspreidingskaarten doen vervaardigen, respectievelijk vervaardigd. Het geschil betreft de vraag wie als eigenaar van de litigieuze tekeningen en verspreidingskaarten is aan te merken. De rechtbank overweegt hierover het volgende:

*7.8. Een werkgever kan slechts in de zin van art. 7 Auteurswet worden aangemerkt als maker van werken van letterkunde, wetenschap of kunst indien de arbeid van de werknemer die het werk (in auteursrechtelijke zin) heeft totstandgebracht, uitdrukkelijk bestond in het vervaardigen van deze werken. Ten processe staat vast dat de tekeningen en verspreidingskaarten zijn vervaardigd in het kader van het promotie-onderzoek van De Kruif. In deze tekeningen en verspreidingskaarten zijn (...) de wetenschappelijke bevindingen van De Kruif zelf verbeeld. Aldus vormen de tekeningen en verspreidingskaarten het directe resultaat van wetenschappelijk onderzoek. Naar het oordeel van de rechtbank kunnen de vruchten van zelfstandige wetenschappelijke arbeid niet worden begrepen onder de "bepaalde werken" waarvan in artikel 7 sprake is. Indien arbeid in dienstbetrekking bestaat in het verrichten van zelfstandig wetenschappelijk onderzoek - waartoe promotie-onderzoek per definitie behoort -, kan niet gezegd worden dat deze arbeid bestaat in het vervaardigen als bedoeld in art. 7 van het resultaat van dit onderzoek.*

De Rechtbank bepaald met andere woorden dat het doen van zelfstandig wetenschappelijk onderzoek weliswaar tot de taakomschrijving behoorde van de Kruif, maar dat daarmee nog niet werd voldaan aan het bepaaldheidvereiste ten aanzien van de resultaten van het onderzoek. Die resultaten zijn immers zowel door de werkgever als de werknemer niet van tevoren te bepalen. Hoewel de Rechtbank in die redenering is te volgen, het resultaat van het wetenschappelijke onderzoek is inderdaad op voorhand niet voldoende te bepalen, denk ik niet dat een dergelijke redenering zich alleen zou kunnen beperken tot wetenschappelijk onderzoek. Er zijn immers een groot aantal beroepen buiten de academische wereld

waar de resultaten van de werkzaamheden niet van tevoren te bepalen zijn en afhankelijk zijn van enige vorm van onderzoek.

### 3.1.5 Rooijackers/RU Leiden

Ook in Rooijackers/RU Leiden<sup>54</sup> speelde het bepaaldheidvereiste een doorslaggevende rol, maar dan weer doordat de rechter het vereiste in brede zin interpreteerde.

Rooijackers werd tijdelijk bij de universiteit als “administratief hoofdambtenaar” aangesteld met als taakomschrijving: “Het voortzetten van een onderzoek naar de kosten en baten van Nederlandse sociaal-wetenschappelijke dissertaties en het vastleggen van de resultaten daarvan in een rapport.” Wanneer met vele jaren vertraging uiteindelijk het rapport verschijnt, claimt Rooijackers daarop het auteursrecht. In eerste aanleg wordt hij door de president van de Arrondissementsrechtbank Den Haag deels in het gelijk gesteld: de naam van Rooijackers stond op het titelblad waardoor hij ingevolge artikel 4 Aw voor de maker kon worden gehouden.<sup>55</sup>

In beroep geeft het Hof echter in haar uitspraak aan dat artikel 4 toepassing mist indien op een andere wijze reeds vaststaat wie de maker is, bijvoorbeeld omdat artikel 6 of 7 toepasselijk is.

Rooijackers voerde ter verdediging aan dat artikel 7 buiten toepassing blijft omdat hij zelfstandig wetenschappelijk werk heeft verricht waarvan het grootste deel buiten dienstverband.

Het Hof was echter van mening dat Rooijackers niet op een lijn mag worden gesteld met hoogleraren en wetenschappelijk medewerkers die aan universiteiten zijn aangesteld voor het geven van onderwijs en/of het doen van onderzoek. Deze hebben volgens het Hof “(...) *in de praktijk in het kader van hun aanstelling een onderzoeksopdracht gekregen die een algemene strekking heeft. Wat onderzocht wordt en op welke wijze dat gebeurd is in beginsel aan de vrijheid van de betrokkenen overgelaten. Persoonlijke interesse en affiniteit, gespecialiseerd zijn in een bepaalde richting binnen een vakgebied*

---

<sup>54</sup> Hof ‘s-Gravenhage, 14 oktober 1987, *Informatierecht/AMI* 1988, p. 16.

<sup>55</sup> Op grond echter van de beginselen van redelijkheid en billijkheid worden de vorderingen van Rooijackers alsnog afgewezen.



*en dergelijke factoren oefenen daarbij een essentiële invloed uit. Op welk moment en op welke wijze de onderzoeksresultaten naar buiten worden gebracht, bijvoorbeeld door voordrachten, door tijdschriftartikelen of door publicatie in boekvorm, staat in het algemeen aan de onderzoekers zelf ter vrije beoordeling. Van de "vervaardiging van een bepaald werk van wetenschap" waarin de in dienst van de universiteit verrichte arbeid "bestaat", is alsdan geen sprake. Immers de aanstelling als zodanig omvat niet de opdracht tot oplevering van een specifiek bepaald en geconcretiseerd wetenschappelijk produkt.(...)"*

In het geval van Rooijackers doet zich dit laatste volgens het Hof wel voor. Rooijackers moest binnen zijn tijdelijke dienstverband een zeer specifieke opdracht uitvoeren welke gericht was op de vervaardiging van een bepaald rapport binnen een reeds lopend onderzoek. Zijn taakomschrijving was dermate specifiek en bepaald dat het daarmee tevens de bepaaldheid van het werk aangaf. Het feit dat Rooijackers in zekere mate het onderzoek mede heeft uitgestippeld en vorm en inhoud heeft gegeven, en dus in de praktijk over vormvrijheid beschikte, doet aan de mate van bepaaldheid zoals opgenomen in de taakomschrijving geen afbreuk. Opgemerkt wordt dat wanneer het Hof in deze zaak een enge interpretatie had gevolgd van het bepaaldheidvereiste de uitkomst zeer waarschijnlijk een andere was geweest.

### **3.1.6 Van Gunsteren/Lips**

In het geschil<sup>56</sup> tussen van Gunsteren en zijn voormalige werkgever Lips BV draaide het om een door van Gunsteren deels onder werktijd gemaakte serie wetenschappelijke publicaties welke betrekking hebben op zijn vakgebied.

Van Gunsteren was als wetenschappelijk medewerker in dienst bij Lips en in zijn taakomschrijving belast met het ontwerpen van

---

<sup>56</sup> Hof Den Bosch, 24 mei 1978, *BIE* 1985, 96 (van Gunsteren/Lips).

schroeven en het daarmee verband houdende onderzoek op hydrodynamisch gebied. Daarbij werd door Lips impliciet verwacht dat van Gunsteren het nodige op schrift stelde, dat hij lezingen zou houden en, als representant van Lips, symposia en congressen zou bezoeken.

Voor zijn publicaties deed hij een beroep op een speciale bonusregeling welke door Lips in het leven was geroepen voor werknemers die met vermelding van Lips als werkgever publiceren. Een deel van de publicaties maakten daarnaast onderdeel uit van een door Van Gunsteren als duaal promovendus te schrijven proefschrift. Lips stelde zijn werknemer hiertoe in de gelegenheid en ondersteunde het onderzoek ondermeer door een handelseditie te laten drukken en deze te verspreiden onder klanten.

In geschil is ondermeer of deze verwachting van de werkgever, de instemming van de werknemer en de vergoeding met zich mee kunnen brengen dat vervaardiging van de publicaties voortvloeide uit de taakvervulling. Van Gunsteren is van mening dat dit niet het geval is ondanks het feit dat hij er mee instemde dat Lips gebruik kon maken van zijn publicaties.

De Rechtbank in eerste instantie en later het Hof overwogen het volgende over de instemming door de werknemer:

*14. O., dat de Rechtbank (...) heeft overwogen dat Lips terecht een beroep doet op artikel 7 van de Auteurswet 1912 indien de vervaardiging van de litigieuze werken door Van Gunsteren heeft gestrekt tot vervulling van zijn verplichtingen uit de dienstbetrekking, hetgeen mede het geval is indien, afhankelijk van de omstandigheden, gezegd kan worden dat Van Gunsteren ermede instemde dat Lips, buiten zijn Van Gunsteren's, eigenlijke functie van de diensten van Van Gunsteren tot het verrichten van die arbeid gebruik maakte;*

Uit de toestemming die van Gunsteren aan Lips heeft gegeven voor het gebruik van het werk volgt in samenhang met de verwachtingen van Lips en het feit dat van Gunsteren een beroep deed op de bonusregeling, een stilzwijgende aanvulling van de oorspronkelijke

taakstelling. Dat van Gunsteren ook de vrijheid had om de publicaties geheel niet te maken doet daar blijkens rechtsoverweging 18 niet aan af.

*18. O., dat dan de Rechtbank in het vervolg van haar vonnis, na tot de conclusie gekomen te zijn dat instemming van Van Gunsteren met gebruik door Lips van het door hem vervaardigde aanwezig is geweest, overweegt - zakelijk samengevat - dat irrelevant is of het schrijven van de publikaties in de oorspronkelijke taakstelling van Van Gunsteren begrepen zou zijn geweest en evenmin dat Van Gunsteren zonder in strijd te komen met zijn arbeidsrechtelijke verplichtingen tegenover Lips de vervaardiging der litigieuze werken ook niet zou kunnen hebben ondernemen, zomede dat niet terzake doet of Van Gunsteren de werken in zijn vrije tijd zou hebben vervaardigd;*

Vervolgens wordt nog door het Hof aangegeven dat het bepaaldheidvereiste ook van toepassing is op dienstbetrekkingen met een meer formele gezagsverhouding en een bredere taakomschrijving waarbij de werknemer een zekere mate van (vorm) vrijheid ten aanzien van de werken toekomt. Volgens het Hof vindt het vereiste zijn begrenzing in het kader van het speciale vakgebied waarop de werknemer uit hoofde van die dienstbetrekking werkzaam is.

*21. O., dat toch blijkens het vorenoverwogene de Rechtbank duidelijk tot uitdrukking heeft gebracht dat het geval dat de arbeid van de in meergenoemd artikel 7 bedoelde werknemer "bestaat" in het maken van "bepaalde" werken, zich ook kan voordoen indien een werknemer die arbeidsrechtelijk uit hoofde van de aard van zijn functie een grote vrijheid heeft met betrekking tot de wijze waarop hij zijn taak vervult, werken vervaardigt omtrent welke vervaardiging van tevoren niets in het bijzonder en uitdrukkelijk met de werkgever is afgesproken, mits die werken niet vallen buiten het kader van het speciale vakgebied waarop de werknemer uit hoofde van de dienstbetrekking werkzaam is;*

In het geval van van Gunsteren hadden de publicaties vrijwel allemaal betrekking op zijn speciale vakgebied. Opgemerkt moet worden dat het Hof hier kennelijk uitgaat van een brede interpretatie van het bepaaldheidsvereiste. Het volgens de taakomschrijving maken van bepaaldsoortige werken wordt hierbij begrenst door het kader van het speciale vakgebied. Indien het Hof enkel en alleen de enge interpretatie had gevolgd dan was het zeer waarschijnlijk tot de slotsom gekomen dat van Gunsteren niet alleen ten aanzien van de gemaakte werken gebruik heeft gemaakt van een zekere mate van vormvrijheid, maar ook dat het resultaat van onderzoek op voorhand niet bepaald kan worden.

Tot slot komt het Hof in navolging van de Rechtbank tot de conclusie dat weliswaar uit elk van de feiten en omstandigheden op zich zelve niet blijkt dat Van Gunsteren de litigieuze werken vervaardigd heeft ter vervulling van zijn dienstbetrekking, doch dat uit die feiten en omstandigheden, in onderling verband en samenhang bezien, wel kan worden afgeleid dat Van Gunsteren ermede instemde dat door Lips van zijn diensten gebruik gemaakt werd tot het verrichten der betreffende publikaties waarmee in casu komt vast te staan dat Van Gunsteren ter vervulling van zijn dienstbetrekking gehandeld heeft.<sup>57</sup>

Hoe verhoudt deze uitspraak zich nu tot de recentere uitspraak in de zaak van de Rijkslandbouwwuniversiteit Wageningen tegen promovendus de Kruif door de Arrondissementsrechtbank te Arnhem? In beide gevallen gaat het immers om een wetenschappelijk medewerker met een taakomschrijving welke globaal aangeeft dat de medewerker zich moet bezighouden met het doen van onderzoek op een bepaald vakgebied en in beide gevallen gaat het om publicaties welke bedoeld waren voor een proefschrift. Evenals bij de zaak tegen promovendus de Kruif kunnen de vruchten van zelfstandige wetenschappelijke arbeid bij navolging van de enge interpretatie niet worden gezien als een voldoende bepaald werk. Vervolgens blijkt dat de bewuste werkzaamheden evenals bij de

---

<sup>57</sup> Aldus rechtsoverweging 31 van het Hof.

zaak tegen de Kruijf ook niet zijn opgenomen in de taakomschrijving van Van Gunsteren. Uitgaande van een brede interpretatie van het bepaaldheidvereiste kan derhalve ook niet voldaan worden aan het bepaaldheidvereiste van art. 7 Aw waardoor de rechtbank en het Hof in het geval van van Gunsteren een kunstgreep toepassen en de taakomschrijving op basis van de omstandigheden van het geval uitbreiden.

Het is maar zeer de vraag of dat in dit geval wenselijk is. In het hiervoor besproken geschil tussen Metafoor en Buro Beeld bleek immers dat de omstandigheden, bestaande uit de toestemming van de werknemer tot het gebruik van het rekenmodel en de memo waarin de werknemer zijn kennis en ervaring beschikbaar wil stellen voor de ontwikkeling van het rekenmodel, niet voldoende waren om de taakomschrijving als zijnde stilzwijgend aangevuld met deze bepaalde taak te beschouwen. Het had daarnaast veel meer op de weg van Lips als groot en professioneel bedrijf gelegen om in het geval van werknemers waar defacto weinig materieel gezag op wordt uitgeoefend een duidelijke en volledige taakomschrijving in de arbeidsovereenkomst op te nemen, eventueel nog aangevuld met een auteursrechtbeding.

Een aantoonbaar verschil tussen deze zaak en die tegen de Kruijf is het feit dat Lips in tegenstelling tot de Rijkslandbouwuniversiteit Wageningen een commercieel bedrijf is en je dus zou mogen verwachten dat het in de commerciële bedoeling van Lips ligt om de onderzoeksresultaten inclusief de publicaties van haar eigen onderzoekers zelf te gebruiken.

Indien Lips een geheimhoudingsbeding in haar arbeidsovereenkomsten had opgenomen dan zou het zelfs denkbaar kunnen zijn dat het de onderzoekers verboden kan worden om de onderzoeksresultaten op enigerlei wijze openbaar te maken. Het minste wat Lips echter had kunnen doen was de opname in haar arbeidsovereenkomsten van een auteursrechtbeding.

Het lijkt er op dat Lips niet een dergelijk beding had opgenomen in de overeenkomst met Van Gunsteren en daarom geheel moest teruggaan op de regeling van art. 7 Aw.

## **3.2 Opdrachten buiten de taakomschrijving**

### **3.2.1 Inleiding**

Ook indien het werk geheel buiten de taakomschrijving en de normale dagelijkse werkzaamheden valt is het volgens de rechtspraak mogelijk dat voldaan is aan het bepaaldheidvereiste. Zo is dat mogelijk indien het werk op grond van een uitdrukkelijke opdracht<sup>58</sup> van de werkgever is gemaakt, en de werknemer deze opdracht heeft aanvaard waardoor er sprake is van een stilzwijgende en tijdelijke wijziging van de oorspronkelijke taakomschrijving. Artikel 7 Aw brengt niet met zich mee dat het artikel geen toepassing zou kunnen vinden indien de werkgever buiten de eigenlijke functie van de werknemer om gebruik maakt van diens diensten en de werknemer hiermee instemt.

### **3.2.2 Van der Laan/Schoonderbeek**

In het geschil tussen van der Laan en Schoonderbeek was het de directiesecretaris van der Laan die op verzoek van zijn werkgever Schoonderbeek een incidenteel heel concreet bepaald werk, een boek met de titel *In de Amsterdamsche Jordaan*, zou schrijven.<sup>59</sup> Van der Laan stemde hierin toe en schreef het boek grotendeels onder werktijd en met gebruikmaking van gegevens welke Schoonderbeek aan hem ter beschikking had gesteld. Ook de kosten van het voorbereidende werk werden door Schoonderbeek gedragen. Van der Laan heeft verder niet geprotesteerd toen Schoonderbeek na voltooiing van het boek een proefdruk liet maken ter voorbereiding van de uitgave door Schoonderbeek.

De werkgever werd mede gelet op deze omstandigheden door de Hoge Raad als maker in de zin van art. 7 Aw beschouwd. Daar doet

---

<sup>58</sup> Lastig is het om de vraag te beantwoorden wat verstaan moet worden onder een “uitdrukkelijke opdracht”. Verdedigbaar is het dat het daarbij moet gaan om de opdracht tot oplevering van een specifiek bepaald en geconcretiseerd werk.

<sup>59</sup> HR 19 januari 1951, *NJ* 1952, 37 (Van der Laan-Schoonderbeek).

volgens het arrest niet aan af dat de werknemer op het moment dat hij de opdracht kreeg had kunnen weigeren.

Uit dit arrest blijkt dat het werk in beginsel niet voldoende bepaald is geweest. Hoewel de werkgever een aantal kaders had bepaald waaraan het boek zou moeten voldoen, had van der Laan daarbij nog steeds enige vrijheid over de precieze inhoud van het boek. De Hoge Raad kijkt daarom voor de onderbouwing van haar oordeel ook naar de overige omstandigheden van het geval.

### 3.2.3 Kinders/Amsterdam

Dat ook aan uitdrukkelijke en aanvaarde opdrachten bepaalde grenzen zitten is te zien in 1989 in een geschil<sup>60</sup> tussen dhr. Kinders en zijn werkgever de Gemeente Amsterdam voor het ambtenarengerecht Amsterdam.

Kinders was vanaf 1970 werkzaam als boekhouder op de afdeling Onderwijs van de gemeente Amsterdam. In 1986 wordt hij tijdelijk ontheven van zijn “normale” werkzaamheden en belast met het projectmanagement voor de uitrol van een nieuw geautomiseerd boekhoudsysteem, bestaande uit een grootboekstelsel (MSA/GL) en een budgetbewakingssysteem (MSA/BC).

Toen Kinders op 2 oktober 1987 liet weten dat hij per 1 december van dat jaar een functie had aanvaard bij een andere dienst, gaf zijn werkgever te kennen dat de prioriteit de komende weken bij de uitrol lag van het grootboekstelsel en dat Kinders zich strikt zou moeten beperken tot die specifieke taak. Zijn aan zijn werkgever gedane voorstel dat hij in de resterende tijd zelf nog programmatuur kon ontwikkelen voor het budgetbewakingssysteem werd daarbij afgewezen.

Desondanks ontwikkelde Kinders wel zelf het budgetbewakingssysteem waardoor hij er bij zijn vertrek per 1 december 1987 in geslaagd was om zowel het grootboekstelsel operationeel te krijgen alsook de programmatuur te schrijven voor

---

<sup>60</sup> Ambtenarengerecht Amsterdam, 20-12-1989, *Cr* 1990, p 141.

een budgetbewakingssysteem en additioneel nog een debiteurensysteem.

Het geschil ontstaat enige maanden later wanneer de gemeente in een aan Kinders gericht besluit aangeeft dat zij van oordeel is dat het auteursrecht bij de gemeente berust.

De ambtenarenrechter gaf allereerst aan dat art. 7 Aw ook van toepassing is op de ambtelijke dienstbetrekking. Vervolgens kon worden afgewogen of de vervaardiging van het werk had gestrekt ter vervulling van verplichtingen uit het dienstverband. Daarbij speelde als bijzondere omstandigheid mee dat uit de reactie van de werkgever duidelijk bleek dat deze ervoor had gekozen om de software ontwikkeling van het budgetbewakingssysteem buiten de opgedragen arbeidstaak te laten vallen. De werkgever had derhalve geen uitdrukkelijke opdracht gegeven voor die ontwikkeling, terwijl deze ontwikkeling anderzijds niet voortvloeide uit de vervulling van het “normale” dienstverband. Uiteindelijk oordeelde de ambtenarenrechter dat in het geval dit geschil zou worden voorgelegd aan de burgerlijke rechter, deze zeer waarschijnlijk zou oordelen dat het auteursrecht toe kwam aan Kinders als feitelijk maker en niet aan de werkgever.

De ambtenarenrechter kijkt hier dus niet naar de oorspronkelijke taakomschrijving, maar vraagt zich af waar de grenzen liggen van de tijdelijk opgedragen en aanvaarde opdracht, en vervolgens of het gemaakte werk binnen die grenzen valt. En niet geheel verwonderlijk komt de ambtenarenrechter vervolgens tot de conclusie dat systeemontwikkeling geen onderdeel is van de opgedragen taak, sterker nog, de werkgever heeft het uitdrukkelijk buiten willen sluiten.

### **3.2.4 Neefe/Marxman**

In een recenter geschil tussen Neefe en advocatenkantoor Marxman bleek ook sprake van een uitdrukkelijke opdracht welke door de werknemer is aanvaard.



Neefe heeft in de periode van 1 augustus 2002 tot en met 15 november 2004 op basis van een arbeidsovereenkomst bij Marxman gewerkt als advocaat. In november 2003 is Neefe door zijn werkgever benaderd met de vraag of hij samen met zijn collega (het vonnis spreekt over H.) mee wilde werken aan een boek over medische aansprakelijkheid. Na enig overleg over de tijdsbesteding en ondersteuning van de zijde van Marxman heeft Neefe op 26 februari 2004 de opdracht om het boek te schrijven aanvaard. Op 30 november 2004 was het manuscript voltooid en is het naar de uitgeverij verzonden.

Na het vertrek bij Marxman van zowel Neefe en mede-auteur H. is er een geschil ontstaan over achteraf en op verzoek van Marxman in het boek aangebrachte wijzigingen. Deze wijzigingen betreffen met name het voorwoord en de wijze van naamsvermelding. Zowel Neefe als Marxman claimen het auteursrecht op het boek.

De voorzieningenrechter in Utrecht overweegt het volgende over de opdrachtverlening en de aanvaarding daarvan door Neefe:

*4.4. In dit kort geding is onbetwist dat N. zijn deel voor het boek heeft geschreven op verzoek van Marxman en dat N. - op het moment van het verzoek - in dienst was bij Marxman. Voorts is voldoende aannemelijk geworden dat Marxman aan H. en N. ten behoeve van de totstandkoming van het boek de nodige faciliteiten heeft geboden; N. en H. mochten kantooruren besteden aan het boek en ook stond hen een student-stagiare ter beschikking. Of N. het boek binnen de kantooruren van het dienstverband heeft geschreven, dan wel in zijn eigen tijd, is voor de beoordeling van de vraag bij wie het auteursrecht ligt niet relevant. N. was immers vrij in de keuze van de uren waarop hij aan het boek wilde werken (binnen dan wel buiten kantooruren). Voldoende aannemelijk is derhalve dat H. en N. het boek binnen hun dienstverband met Marxman hebben geschreven(...).*

Duidelijk is ook hier dat de voorzieningenrechter bij de beoordeling niet alleen kijkt naar de feitelijke opdrachtverlening en de aanvaarding, maar daarbij ook rekening houdt met de aanvullende

omstandigheden zoals bijvoorbeeld aangeboden en gebruikte faciliteiten.

In dezelfde rechtsoverweging gaat de rechter ook nog in op het standpunt van Neefe dat er gebruik is gemaakt van een stilzwijgend afwijkend beding in de zin van art. 7Aw:

*“Voor zover N. heeft betoogd dat N. en Marxman ten aanzien van aan N. toekomende (auteurs)rechten een afwijkende (stilzwijgende) overeenkomst hebben gesloten kan zulks in het kader van dit kort geding niet worden vastgesteld. Voorshands is echter niet aannemelijk geworden dat op grond van een afwijkende overeenkomst tussen Marxman en N. de auteursrechten op het boek aan N. toekomen. Er moet derhalve van worden uitgegaan dat Marxman auteursrechthebbende is op het boek.”*

Een stilzwijgend afwijkend beding is blijkens deze overweging niet op voorhand onmogelijk. In dit geschil is het bestaan van een dergelijk beding echter niet voldoende aannemelijk gemaakt.

### 3.2.5 Applicatiebeheerder/BZK

De voorzieningenrechter van de sector Bestuursrecht in Groningen zag zich recentelijk geplaatst voor een bestuursrechtelijk geschil met een auteursrechtelijke aanleiding.<sup>61</sup>

Verzoeker in deze zaak is sinds 1 september 2002 werkzaam als specialist digitalisering en applicatiebeheerder bij de Centrale Archief en Selectiedienst (CAS), een agentschap van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties te Winschoten. In zijn vrije tijd heeft hij een aantal computerprogramma's geschreven welke na enige aanpassing tevens als hulpmiddel konden worden ingezet op het bestaande automatiseringssysteem van de betrokken dienst. Omdat de ontwikkeling van computerprogramma's echter

---

<sup>61</sup> Vzr Rb. Groningen, 4 oktober 2007, *LJN*: AWB 07/779 AW.

## Werkgever en auteursrecht

niet onder zijn functieomschrijving viel, heeft verzoeker meerdere malen verzocht tot herwaardering van zijn functie en het verzoek tot bevestiging van de mondeling aan verzoeker opgedragen taken, waaronder de ontwikkeling van de hulpmiddelen. De dienst heeft hier echter geen gevolg aan willen geven .

De verzoeker heeft aan bovenstaande feiten de conclusie verbonden dat hij zelf auteursrechthebbende van de computerprogramma's is en dat de werkgever kennelijk afziet van een door een achteraf door te voeren functiewijziging te creëren aanspraak op het auteursrecht van de aangepaste computerprogramma's. Ook heeft de werkgever niet willen onderhandelen over een vergoeding voor de programmeerwerkzaamheden. Verzoeker heeft om deze redenen onder meer een copyright teken met zijn eigen naam op de computerprogramma's aangebracht.

Vervolgens krijgt verzoeker echter een dienstopdracht welke er op neer komt dat hij de copyright tekens moet verwijderen en de broncode van de computerprogramma's moet overhandigen aan zijn werkgever. Hij weigert hier gevolg aan te geven waarna de zaak escaleert en verzoeker uiteindelijk een onvoorwaardelijk strafontslag krijgt.

De door verzoeker bestreden besluiten worden echter door de voorzieningenrechter geschorst. De niet door verweerder betwiste verdere goede staat van dienst van verzoeker in aanmerking nemende, zijn naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter de verweten gedragingen, ook in samenhang beschouwd, niet van zodanige ernst dat de opgelegde straf van voorwaardelijk ontslag hieraan evenredig kan worden geacht. De voorzieningenrechter is daarom van oordeel dat verweerder met oplegging van een minder zware disciplinaire straf had dienen te volstaan.

Of het CAS daadwerkelijk de auteursrechthebbende was liet de voorzieningenrechter in het midden omdat er bij de Rechtbank Den

Haag gelijktijdig tussen partijen een civiele bodemprocedure<sup>62</sup> aanhangig was gemaakt ter zake van de vraag of de applicatiebeheerder als auteursrechthebbende van de hulpmiddelen kan worden aangemerkt.

De Rechtbank Den Haag kwam tot het oordeel dat in het midden kan blijven of de ontwikkeling van de computerprogramma's tot de taakomschrijving van de functie moet worden gerekend. Volgens de eigen uitingen van de medewerker betreft het immers door zijn werkgever opgedragen taken die hij heeft uitgevoerd en zodoende blijkbaar heeft aanvaard.

De medewerker had meerdere malen per email aangegeven dat hij schriftelijke bevestiging wilde van de hem (mondeling) opgedragen taken. Nu daarmee vaststaat dat het werk op grond van een uitdrukkelijke (mondelling) opdracht van de werkgever is gemaakt, en de werknemer deze opdracht heeft aanvaard, is er sprake van een stilzwijgende en tijdelijke wijziging van de oorspronkelijke taakomschrijving.

De Rechtbank hecht daarnaast nog belang aan enige aanvullende omstandigheden. Zo liggen de gegeven opdrachten volgens de Rechtbank wel degelijk in het bereik van de taken van de medewerker op het terrein van digitaal archiefbeheer. Daarnaast heeft de medewerker over de hulpmiddelen een presentatie gegeven waarbij hij dit uitdrukkelijk deed onder de naam van zijn werkgever.

Toch valt er op deze uitspraak wel het nodige af te dingen. Zo bevat de taakomschrijving een zeer gedetailleerde omschrijving van de uit te voeren werkzaamheden op het terrein van digitaal archiefbeheer. Uit die omschrijving volgt in het geheel niet dat de medewerker programmatuur zal gaan ontwikkelen. Het is daarom maar zeer de vraag of de gegeven opdrachten daadwerkelijk in het bereik liggen van de taken van de medewerker.

Daarnaast lijkt het er sterk op dat de mondeling verstrekte opdracht niet te beschouwen is als een heel concreet bepaalde opdracht. Zo moest de werknemer op verzoek van zijn werkgever zelf een

---

<sup>62</sup> Rb. Den Haag, 20 februari 2008, *Computerrecht* 2008, 68. mn. A.P. Meijboom

## Werkgever en auteursrecht

overzicht maken van de door hem uitgevoerde taken waardoor de indruk ontstaat dat de werkgever geen idee had van de daadwerkelijke inhoud en omvang van de uitgevoerde opdrachten. Ook de Rechtbank zelf geeft in haar uitspraak aan dat hier sprake was van een *brede* mondelinge opdracht aan drie medewerkers. Het valt moeilijk in te zien hoe er met een dergelijk brede opdracht kan worden voldaan aan het vereiste dat het werk voor toepassing van art. 7 Aw voldoende bepaald moet zijn.

### **3.3 Tijd en locatie**

Indien het maken van het bepaalde werk tot de taken van de werknemer gerekend kan worden dan is over het algemeen niet van belang op welke locatie of in wiens tijd het werk is gemaakt.<sup>63</sup> De jurisprudentie lijkt hierover behoorlijk eensgezind te zijn.

#### **3.3.1 Datastore/Easylon**

In het geschil uit 1997 tussen Datastore en Easylon was bijvoorbeeld sprake van een programmeur van Datastore die, terwijl hij zich officieel ziek had gemeld en thuis zat, een eerder door hem voor zijn werkgever ontworpen computerprogramma uitvoerig bewerkte en deze vervolgens als zelfstandige doorverkocht aan Easylon.<sup>64</sup> Ondanks het feit dat de bewerking dusdanig toereikend was dat er een nieuw oorspronkelijk programma was ontstaan, stelde de rechter vast dat de bewerkingen zijn uitgevoerd gedurende de periode dat de werknemer in loondienst was en dat op grond daarvan het auteursrecht van beide producten bij Datastore berust.

#### **3.3.2 VNU/Speets**

In VNU/Speets cs<sup>65</sup> draait het om een geschil tussen VNU en een oud-werknemer die onder de naam Adsellers zijn voormalig werkgever beconcurrereerd. VNU is ondermeer uitgeefster van het computertijdschrift PCM. Ten behoeve van de exploitatie van PCM

---

<sup>63</sup> Aldus ook: Hugenholtz & Spoor 1987, p. 41.

<sup>64</sup> Pres. Arrondissementsrechtbank Den Haag, 15 dec. 1997, Computerrecht 1998/2, p.77-79. Ook sprekend zijn de in de uitspraak opgenomen conclusies van het deskundigenonderzoek waarin de deskundige niet alleen rapporteert over de mate van gelijkheid tussen de broncodes, maar zich tevens laat ontvallen dat de gedragingen van de werknemer jegens zijn werkgever, naar in de branche gangbare gebruiken en maatstaven, als onbehoorlijk en onaanvaardbaar gekwalificeerd dienen te worden.

<sup>65</sup> Pres. Rb. Haarlem, 5 december 1989, *BIE* 1992/66.

bestaat een databank die de namen, adressen en woonplaatsen van alle adverteerders in PCM bevat. Oud werknemer Speets was in de functie van verkoopleider/acquisiteur verantwoordelijk voor de advertentie-exploitatie en acquisitie van PCM. Speets heeft gedurende zijn dienstverband thuis en in zijn vrije tijd het databestand gemaakt op zijn eigen computer. Tezamen met een bevriende computerprogrammeur heeft hij tevens een programma ontwikkeld waardoor gegevens in het databestand gemakkelijker toegankelijk werden. Bij zijn vertrek naar zijn nieuwe werkgever heeft hij zijn eigen computer meegenomen waarop het databestand stond. Van het databestand was daarbij een reserve bestand aangemaakt voor verder gebruik door VNU. Deze laatste is echter van mening dat het originele databestand niet meegenomen had mogen worden door Speets omdat zij, VNU, op grond van art. 7 Aw de auteursrechthebbende zou zijn.

De president overweegt ten aanzien het verweer van Speets dat het databestand thuis en in de vrije tijd door hem is gemaakt het volgende:

*3.13. (...). Hoewel het voorshands aannemelijk is dat het Speets is geweest die de reeds aanwezige gegevens zoals visitekaartjes van relaties, ringbanden met adressen e.d. gestructureerd in de PCM-databank heeft opgeslagen en het gegevensbestand verder heeft uitgebreid, brengt dit niet met zich dat de eigendom van die gegevens aan Speets toekomt. Immers Speets verrichtte die arbeid tijdens zijn dienstverband bij VNU en in zijn functie van verkoopleider/acquisiteur van PCM zodat de eigendom van die gegevens ingevolge artikel 7 van de Auteurswet bij VNU berust. Hieraan doet niet af dat Speets de PCM-databank in de avonduren en in het weekend thuis zou hebben opgezet.*

Opmerkelijk genoeg kwam de president even daarvoor nog tot de conclusie dat het databestand niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt omdat het niet te beschouwen is als werk in de zin van art. 1 Aw of als “geschrift” op grond van art. 10 Aw, waardoor VNU uiteindelijk ook in het ongelijk wordt gesteld.

### 3.3.3 Rooijakkers/Ru Leiden

In het geschil tussen Rooijakkers en de Ru Leiden<sup>66</sup> bleek dat het doorwerken aan een rapport na afloop van het dienstverband niet kon leiden tot het auteursrecht voor Rooijakkers omdat de vervaardiging en aflevering van dat rapport tot de arbeidstaak behoorde.

### 3.3.4 Van der Laan/Schoonderbeek

In het hiervoor in §3.2.2 besproken arrest Van der Laan-Schoonderbeek<sup>67</sup> overweegt het Hof Amsterdam over het verrichten van geestelijke arbeid dat:

*“(...)het toch niet ongewoon is , dat iemand, die in dienst van een ander geestelijken arbeid verricht, dezen arbeid niet strikt tot min of meer vastgestelde uren (bijvoorbeeld kantooruren) beperkt, doch dezen ook wel buiten die uren voortzet, zonder dat hij daarvoor extra beloond wordt, en zonder dat dit buiten de gewone uren verrichte werk , indien dit zich naar zijn aard van het overige werk laat onderscheiden, wordt beschouwd als de uitvoering van een buiten de dienstbetrekking staande opdracht”.*

### 3.3.5 Neefe/Marxman

Ook in het geschil tussen Neefe en Marxman gaat de voorzieningenrechter in op het werken door Neefe buiten kantoor tijden:

*“4.4. (...). Of N. het boek binnen de kantooruren van het dienstverband heeft geschreven, dan wel in zijn eigen tijd, is voor de beoordeling van de vraag bij wie het auteursrecht ligt niet relevant.*

---

<sup>66</sup> Hof ‘s-Gravenhage, 14 oktober 1987, *Informatierecht/AMI* 1988, p. 16

<sup>67</sup> HR 19 januari 1951, *NJ* 1952, 37 (van der laan/Schoonderbeek).



*N. was immers vrij in de keuze van de uren waarop hij aan het boek wilde werken (binnen dan wel buiten kantooruren).*

### 3.3.6 Naval consult/Van den Hondel<sup>68</sup>

In dit geschil gaat het om een thuis en in de vrije tijd ontwikkelde multi-user interface welke volgens de werknemers toevalligerwijs al gereed was voordat de werkgever überhaupt aan hen een opdracht had gegeven tot het ontwerpen van het software programma Regtime, waarvan deze interface een onderdeel van zou gaan uitmaken. De Rechtbank Rotterdam gaat aan dit toeval volledig voorbij en overweegt:

*“ (...) wanneer die multi-user interface nadien door van den Hondel en De Boer in huisvlijt is ontworpen, (moet) worden aangenomen dat hetgeen zij aldus in huisvlijt ontwierpen aan Navcon als werkgever auteursrechtelijk toebehoort, nu Navcon juist tot het vervaardigen van de Regtime had besloten en Van den Hondel en De Boer had aangewezen om dat product, waarvan de multi-user interface een onmisbaar deel uitmaakte, te ontwerpen (...).*

### 3.3.7 Van Gunsteren/Lips

Het Hof Den Bosch overwoog in het geschil tussen van Gunsteren en Lips BV<sup>69</sup> het volgende over in de vrije tijd uitgevoerde werkzaamheden:

*“32. O., dat evenzeer met juistheid door de Rechtbank geen gewicht is toegekend aan de vraag of Van Gunsteren de litigieuze werken al dan niet in zijn vrije tijd heeft gecomponeerd; dat het immers aankomt op de inhoud van het vervaardigde; dat dit laatste te meer zo is nu Van Gunsteren in dienst van Lips wetenschappelijk werk verrichtte en van iemand wiens werk in*

---

<sup>68</sup> Pres. Rb. Rotterdam, 23 december 1988,

<sup>69</sup> Hof Den Bosch, 24 mei 1978, BIE 1985, 96 (van Gunsteren/Lips).

*dienstbetrekking expliciet wetenschapsbeoefening omvat, niet pleegt te worden geveerd dat hij de vruchten zijner studien steeds binnen bepaalde kantoor- of werkuren zal verkrijgen en op schrift stellen doch de aard zijner betrekking met zich brengt dat hem de ruimte wordt gelaten een en ander ook buiten zodanige uren voor te bereiden, te vergaren en uiteindelijk op schrift te stellen.”*

Uit deze rechtsoverweging volgt dus dat het voor de beoordeling van het bepaaldheidsvereiste ten aanzien van werknemers niet uitmaakt of de werken in de vrije tijd en op het bedrijf zijn gemaakt. Het komt daarbij volgens het Hof aan op de inhoud van het vervaardigde.

### **3.3.8 A contrario**

Andersom lijkt het voor de hand te liggen dat het auteursrecht van tijdens werktijd of op de bedrijfslocatie gemaakte werken welke niet de taken van de werknemer gerekend kunnen worden en waarvoor niet een expliciete opdracht is gegeven en aanvaard, altijd toekomt aan de werknemer. De buschauffeur die tijdens een rit op eigen initiatief een boek schrijft zal buiten de scope van art. 7 blijven. Dit is zelfs niet anders indien hij besluit de rit niet uit te gaan voeren zodat hij zijn aandacht volledig kan richten op het te schrijven boek. Dat hij hiermee een arbeidsrechtelijke inspanningsverplichting niet na is gekomen is daarbij uit auteursrechtelijk oogpunt niet relevant.

### **3.4 bepaaldheidvereiste in 3 stappen**

Wanneer we de uitspraken in de rechtspraak nader bezien valt een bepaalde rode lijn te ontdekken. Deze lijn is te vatten in de volgende drie stappen waarbij we er vanuit gaan dat er al een positieve beantwoording is van de basisvraag of er überhaupt sprake is van een dienstverband.

1) Als eerste stap dient gekeken te worden naar het bepaaldheidvereiste in brede zin.

Bij deze stap gaat het er om dat er volgens de taakomschrijving “bepaaldsoortige” werken moeten worden gemaakt en wordt er getoetst of het opgeleverde werk binnen het in de taakomschrijving vastgelegde kader valt van het speciale vakgebied van de werknemer.

Eenzijds komen we bij deze stap de situatie tegen van zeer gedetailleerde taakomschrijvingen.<sup>70</sup> Indien een gemaakt werk onder een gedetailleerde taakomschrijving valt dan wordt daarmee voldaan aan het bepaaldheidvereiste. Op dergelijke werken zal de werkgever de exploitatierechten onmiddellijk originair kunnen verkrijgen op grond van art. 7 Aw. Anders is dat bij weinig gedetailleerde taakomschrijvingen. Denk hier aan het voorbeeld van de slagersknecht waarbij de taakomschrijving “uitvoeren van vleesverwerking” is. Een door de knecht gemaakt kunstwerk van worstjes valt zeer waarschijnlijk ook onder deze taakomschrijving te brengen. Werkzaamheden van de knecht buiten de taakomschrijving waarvoor door de werkgever geen uitdrukkelijke opdracht is gegeven, vallen daarmee in beginsel buiten het bereik van art. 7 Aw waardoor het in zijn vrije tijd bijgehouden weblog over vlees niet onder de rechten valt van de werkgever. *In beginsel* omdat de volgende stappen mogelijk toch nog tot een andere uitkomst kunnen leiden.

---

<sup>70</sup>Zoals bijvoorbeeld in het hiervoor besproken geval van Rooijackers.

Door het Hof Den Bosch is in van Gunsteren/Lips<sup>71</sup> aangegeven dat het bepaaldheidvereiste ook van toepassing is op dienstbetrekkingen met een meer formele gezagsverhouding en een bredere taakomschrijving waarbij de werknemer een zekere mate van (vorm) vrijheid ten aanzien van de werken toekomt. Volgens het Hof vindt het vereiste zijn begrenzing in het kader van het speciale vakgebied waarop de werknemer uit hoofde van die dienstbetrekking werkzaam is.

De werknemer van wie blijkens de taakomschrijving verwacht wordt dat hij publicaties doet en advieswerkzaamheden verricht op het gebied van computercriminaliteit, zal zijn in de avonduren geschreven publicaties op een weblog over een onderzocht computervirus slechts met toestemming van zijn werkgever mogen openbaren omdat de inhoud van de publicatie binnen de kaders valt van het specifieke vakgebied. Daarmee wordt voldaan aan het bepaaldheidvereiste in brede zin en heeft de werkgever te gelden als maker. Dit ondanks het feit dat zowel werkgever als werknemer vantevoren niet wisten hoe de publicaties er inhoudelijk uit zouden zien of in welke vorm de adviezen zouden plaatsvinden. Het is in dit geval voldoende dat duidelijk was dat het gaat om het maken van “bepaaldsoortige” werken in het kader van een vakgebied.<sup>72</sup>

Indien de taakomschrijving zich echter zou beperken tot “het schrijven van publicaties en het geven van advies” zonder toevoeging van een vakgebied, dan kan verdedigd worden dat de taakomschrijving dermate onbepaald is dat daarmee de werknemer in beginsel als auteursrechthebbende op de in dienstverband gemaakte werken moet worden gezien. Er is immers geen herkenbare begrenzing in de taakomschrijving aangebracht waardoor niet aan het bepaaldheidvereiste kan worden voldaan. Slechts uitdrukkelijk gegeven opdrachten<sup>73</sup> of in detail bepaalde werken<sup>74</sup> zouden in dit geval deze begrenzing nog kunnen

---

<sup>71</sup> Hof Den Bosch, 24 mei 1978, *BIE* 1985, 96 (van Gunsteren/Lips).

<sup>72</sup> Vgl. Schuijt 1999, 107.

<sup>73</sup> Zie hiervoor de verderop te bespreken stap 3.

<sup>74</sup> Zie hiervoor de verderop te bespreken stap 2.

## Werkgever en auteursrecht

aanbrengen waardoor de daarop gemaakte werken onder het auteursrecht vallen van de werkgever.

In het geval van een promotie onderzoeker met als taakomschrijving “het verrichten van zelfstandig wetenschappelijk onderzoek en het daarover publiceren” zou op basis van deze stap de conclusie moeten zijn dat de taakomschrijving te breed is waardoor de werken welke hij zal maken, oftewel de op schrift gestelde resultaten van het onderzoek, van tevoren onvoldoende bepaald zijn.

Bij zowel van Gunsteren als Rooijackers is daarentegen te zien dat hun respectievelijke taakomschrijvingen gedetailleerder waren en tevens kaders aangaven waarbinnen het onderzoek uitgevoerd zou moeten worden.

2) Als tweede stap dient gekeken te worden naar het bepaaldheidsvereiste in enge zin.

Mocht de eerste stap niet leiden tot de conclusie dat de werkgever de maker is in de zin van art. 7 Aw, dan kan als tweede stap gekeken worden of het bewuste werk door de werkgever voldoende bepaald is. Dit kan richting de werkgever uitkomst bieden voor die gevallen waarbij het werk weliswaar onder de taakomschrijving valt, maar de taakomschrijving daarentegen te algemeen is (en daarmee onvoldoende bepaald).

Hierbij kan gedacht worden aan de bedrijfsjurist wiens taakomschrijving slechts bevat: “het verrichten van alle voorkomende juridische werkzaamheden”. Wanneer deze bedrijfsjurist van zijn manager de uitdrukkelijke en voldoende bepaalde opdracht krijgt om een juridisch advies te schrijven, dan zou verdedigbaar zijn dat het werk daardoor voldoende bepaald is. Daar staat tegenover dat een werk van deze jurist waarvoor geen uitdrukkelijke en voldoende bepaalde opdracht is gegeven hier niet onder te vangen is.

Opgemerkt moet worden dat uit de jurisprudentie blijkt dat er door rechters ten aanzien van het bepaaldheidsvereiste vaak alleen een keuze wordt gemaakt voor enerzijds de eerste stap, de brede

interpretatie, en anderzijds de tweede stap, de enge interpretatie. Hierdoor ontstaat echter rechtsonzekerheid omdat niet van tevoren duidelijk is welke interpretatiemethode gevolgd zal worden.

3) Indien het bewuste werk buiten de taakomschrijving valt dient als derde stap gekeken te worden of het werk ontstaan is doordat de werkgever daartoe een uitdrukkelijke opdracht heeft gegeven welke tevens door de werknemer is geaccepteerd. Daarbij spelen ook de overige omstandigheden een rol.

De slagersknecht met als taakomschrijving “vleesverwerking”, die in zijn vrije tijd en zonder uitdrukkelijke opdracht van zijn werkgever een weblog schrijft over vleesverwerking zal daarop zelf de auteursrechthebbende zijn. Indien hij hiertoe een uitdrukkelijke en voldoende bepaalde opdracht heeft gekregen van zijn werkgever en hij deze heeft geaccepteerd dan valt daarentegen te verdedigen dat zijn werkgever als maker heeft te gelden omdat de taakomschrijving van de knecht door de uitdrukkelijke opdracht ongeschreven aangevuld is. Temeer indien als bijkomstige omstandigheid zou blijken dat hij het logo van zijn werkgever op zijn weblog heeft geplaatst. In dat geval maakt het ook bij de slagersknecht niet meer uit of er sprake is van werkzaamheden in zijn vrije tijd of thuis.

Ook in Neefe/Marxman bleek bijvoorbeeld sprake te zijn van een uitdrukkelijke opdracht welke door de werknemer is geaccepteerd. Daarnaast waren er ook in dat geval aanvullende omstandigheden waardoor het nog duidelijker werd dat in dit geval de werkgever de exploitatierechten had verkregen.

## H4 Persoonlijkheidsrechten van werknemers

### 4.1 Inleiding

In Europa wordt het auteursrecht vanuit historisch perspectief gezien als een gevolg van de innige band tussen de schepping en zijn werkelijke maker.<sup>75</sup> De maker ontvangt wegens deze band naast de niet-persoonsgebonden overdraagbare exploitatierechten een aantal niet-overdraagbare persoonsgebonden rechten. Deze rechten worden ook wel de persoonlijkheidsrechten genoemd. Naast deze auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten bestaan er ook persoonlijkheidsrechten welke vooral zien op de persoon en op fundamentele vrijheden. Vanwege dit verschil wordt bij auteursrechtelijk gebaseerde rechten ook wel gesproken over “morele” rechten.

In 1912 deden de morele rechten hun intrede in de Auteurswet. Deze rechten beschermen de auteur en zijn reputatie voornamelijk tegen vormen van misbruik in die gevallen waarbij de exploitatierechten bij iemand anders liggen. In het kader van dit onderzoek is het natuurlijk interessant om de vraag te beantwoorden of deze rechten toekomen aan de werkgevers of aan de werknemers.

De huidige tekst van artikel 25 Aw luidt als volgt:

*Lid 1:*

*De maker van een werk heeft, zelfs nadat hij zijn auteursrecht heeft overgedragen, de volgende rechten:*

*a. het recht zich te verzetten tegen openbaarmaking van het werk zonder vermelding van zijn naam of andere aanduiding als maker, tenzij het verzet zou zijn in strijd met de redelijkheid;*

---

<sup>75</sup> Zie voor een uitvoerig verslag over de geschiedenis van het auteursrecht: Haeck 1998, p. 21-40.

*b. het recht zich te verzetten tegen de openbaarmaking van het werk onder een andere naam dan de zijne, alsmede tegen het aanbrengen van enige wijziging in de benaming van het werk of in de aanduiding van de maker, voor zover deze op of in het werk voorkomen, dan wel in verband daarmee zijn openbaar gemaakt;*

*c. het recht zich te verzetten tegen elke andere wijziging in het werk, tenzij deze wijziging van zodanige aard is, dat het verzet zou zijn in strijd met de redelijkheid;*

*d. het recht zich te verzetten tegen elke misvorming, vermindering of andere aantasting van het werk, welke nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of de naam van de maker of aan zijn waarde in deze hoedanigheid.*

*Lid 2:*

*De in het eerste lid genoemde rechten komen, na het overlijden van de maker tot aan het vervallen van het auteursrecht, toe aan de door de maker bij uiterste wilsbeschikking aangewezenen.*

*Lid 3:*

*Van het recht, in het eerste lid, onder a genoemd kan afstand worden gedaan. Van de rechten onder b en c genoemd kan afstand worden gedaan voor zover het wijzigingen in het werk of in de benaming daarvan betreft.*

*Lid 4:*

*Heeft de maker van het werk het auteursrecht overgedragen dan blijft hij bevoegd in het werk zodanige wijzigingen aan te brengen als hem naar de regels van het maatschappelijk verkeer te goeder trouw vrijstaan. Zolang het auteursrecht voortduurt komt gelijke bevoegdheid toe aan de door de maker bij uiterste wilsbeschikking aangewezenen, als redelijkerwijs aannemelijk is, dat ook de maker die wijzigingen zou hebben goedgekeurd.*

## **4.2 Onoverdraagbaarheid van persoonlijkheidsrechten**

Persoonlijkheidsrechten zijn in tegenstelling tot de exploitatierechten onoverdraagbare rechten. Dit volgt uit de aanhef van artikel 25 lid 1 Aw: “De maker heeft, zelfs nadat hij zijn



auteursrecht heeft overgedragen, de volgende rechten (...).” Deze onoverdraagbaarheid is daarom voor het Hof Amsterdam aanleiding voor haar hierna te bespreken systematische interpretatie van het makerschap in dienstverband.

In de systematische interpretatie maakt men een duidelijk onderscheid tussen een fysieke maker en een fictieve maker. Men gaat er vanuit dat het persoonlijkheidsrecht door de wetgever aan de fysieke maker van een werk is toegekend vanwege de hoogst persoonlijke betrekking die ontstaat tussen maker en werk doordat de eerste aan het laatste een eigen en persoonlijk karakter schenkt. De wetgever zou deze betrekking zo nauw geacht hebben dat hij bepaald heeft dat, ook bij algehele overdracht van het auteursrecht door de maker, deze laatste zijn persoonlijkheidsrecht niettemin behoudt en dat met dit wettelijk systeem niet verenigbaar is de originele toekenning van het persoonlijkheidsrecht aan een op grond van art. 7 of 8 Aw aangemerkte fictieve maker. Een belangrijke uitzondering hierop lijkt artikel 6 Aw te zijn. Indien een fysiek maker het werk tot stand bracht naar het ontwerp van een ander en onder diens leiding en toezicht, dan wordt deze ander volgens artikel 6 Aw als (fictief) maker aangemerkt. De creatieve inbreng is in dit geval duidelijk toe te schrijven aan de fictief maker waardoor verdedigbaar lijkt te zijn dat in dit bijzondere geval zowel de exploitatierechten als de persoonlijkheidsrechten originair toebehoren aan de fictief maker.

Aanhangers van de grammaticale interpretatie zullen er daarentegen vanuit gaan dat alleen *de maker* van een werk originair rechthebbende kan zijn op zowel het exploitatierecht als op het persoonlijkheidsrecht. Wanneer de wet in een bepaalde situatie de werkgever aanwijst als zijnde *maker* dan ontstaan de originele rechten volgens deze interpretatiemethode bij deze werkgever en is er simpelweg geen ruimte meer om deze rechten toe te kennen aan een ander. Het merendeel van de lagere rechtspraak is vooralsnog aanhanger van deze interpretatie.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> Seignette 1994, p. 48.

Volgens van Lingen zou een aanspraak op persoonlijkheidsrechten door een fictief maker als bedoeld in de artikelen 7 en 8 Aw tot onaanvaardbare consequenties leiden.<sup>77</sup> Artikel 2 lid 3 Aw bepaald dat het auteursrecht (dus zowel de exploitatierechten alsook de persoonlijkheidsrechten) niet vatbaar is voor beslag ‘zolang het toekomt aan de maker’. Deze bepaling strekt voornamelijk tot bescherming van de persoonlijke band van de “maker” met zijn geestesproduct. In geval van een fictief maker is er echter geen sprake van een dergelijke persoonlijke band met het werk terwijl die fictief maker zich bij het onverkort volgen van de grammaticale interpretatie als “maker” wel kan beroepen op het beslagverbod. Volgens van Lingen zou daarmee een faillerend softwarebedrijf de rechten op waardevolle programmatuur buiten de boedel kunnen houden en daarmee vermogensbestanddelen kunnen onttrekken aan verhaal door crediteuren.

### **4.3 Persoonlijkheidsrechten op software**

Hoewel men dus afhankelijk is van de door de rechter gevolgde interpretatie, lijkt de Europese wetgever met betrekking tot software in ieder geval een voorkeur te hebben voor de systematische interpretatie. Deze voorkeur valt te lezen uit de leden twee en drie van art. 2 van de Softwarerichtlijn.<sup>78</sup>

Artikel 2 van de Richtlijn:

1. (...)
2. Indien een computerprogramma door een groep van natuurlijke personen gezamenlijk gemaakt is, zijn deze personen gezamenlijk houder van de *exclusieve rechten* .
3. Indien een computerprogramma gemaakt is door een werknemer bij de uitoefening van zijn taken of in opdracht van zijn werkgever, is de werkgever bij uitsluiting bevoegd de *economische rechten* met betrekking tot het programma uit te

---

<sup>77</sup> Mom & Keuchenius 1992, p. 63.

<sup>78</sup> Richtlijn 91/250/EEG

oefenen, tenzij bij overeenkomst anders werd bepaald.

Waar lid 2 nog spreekt van de “exclusieve rechten” blijkt in lid 3 dat de werkgever slechts bevoegd is tot uitoefening van alleen de “economische rechten”, tenzij bij overeenkomst anders bepaald. Voormalig staatssecretaris van Justitie Kosto was daarom van mening dat uit de richtlijn blijkt dat voor een computerprogramma alleen de exploitatierechten bij de werkgever liggen en dat daarom de persoonlijkheidsrechten in beginsel bij de werknemer blijven.<sup>79</sup>

Er valt door deze richtlijnbevestiging moeilijk in te zien waarom de Europese wetgever in het geval van het toch vrij technische computerprogramma wel uitgaat van de persoonlijkheidsrechten welke bij de werknemers blijven terwijl dat bij andere auteursrechtelijk beschermde werken niet het geval zou zijn. Het had voor de hand gelegen om ook dit onderdeel van het auteursrecht te harmoniseren.

Een aantasting welke schadelijk is voor de reputatie van de auteur kan een aantasting van de persoonlijkheidsrechten opleveren. Volgens Hugenholtz en Spoor zal deze situatie zich niet snel voordoen bij software omdat software veelal het produkt van samenwerking is en bovendien vrij zelden de naam van de maker bekend zal zijn.<sup>80</sup> Volgens Quaedvlieg zal men in het algemeen aan een computerprogramma alleen zakelijke wijzigingen aanbrengen waarvan objectief te beoordelen valt of het om een verbetering gaat.<sup>81</sup> Het “droit au respect” zou derhalve geen enkele rol spelen. De meningen van deze schrijvers moeten uiteraard worden gezien door een bril van die tijd waarbij open source projecten zoals wij die heden ten dage kennen nog niet bestonden. Juist bij die projecten zijn de namen van de makers van de afzonderlijke modules wel degelijk bekend en zijn het niet alleen zakelijke wijzigingen welke door worden gevoerd. Juist over deze wijzigingen en het zijn van een “verbetering” ontstaan in open source communities vaak heftige

---

<sup>79</sup> Mom & Keuchenius 1992, p. 6.

<sup>80</sup> Hugenholtz & Spoor 1987, p. 55.

<sup>81</sup> Quaedvlieg 1983, p. 150-151.

geschillen waarbij in het uiterste geval een splitsing zal plaatsvinden waarbij er twee afzonderlijke communities verder gaan en de verdere ontwikkeling van het product uit elkaar zal groeien, ook wel “forking” genoemd.

In die gevallen waarbij de naam van een bepaalde ontwerper wel verbonden is aan een computerprogramma kunnen Hugenholtz en Spoor zich overigens wel voorstellen dat de reputatie geschaad zou kunnen worden door bepaalde wijzigingen in het programma. Zij noemen daarbij als voorbeeld het geval dat de exploitatierechten op een bekend programma worden overgedragen aan een softwarehuis, dat vervolgens met een nieuwe maar onvoldoende geteste versie op de markt komt. Door de fouten (bugs) in de nieuwe versie krijgt het programma een slechte naam, hetgeen door de gebruikers in verband gebracht kan worden met de oorspronkelijke ontwerper, waardoor deze een slechte naam krijgt.<sup>82</sup> Het is voorstelbaar dat een programmeur van een open source module zich om deze reden kan keren tegen een zogenaamde “fork” van een project waar de desbetreffende module onderdeel van uitmaakt.

Het ‘droit a la paternite’, oftewel het recht op naamsvermelding als erkenning voor het auteurschap, kan volgens Quaedvlieg wel voor iedere geestelijke prestatie gelden.<sup>83</sup> Ook voor auteurs van onbeschermd fenomeen als methoden en technieken ziet Quaedvlieg mogelijkheden om zich op dit persoonlijkheidsrecht te beroepen.<sup>84</sup> Hij denkt daarbij ondermeer aan een situatie waarbij er sprake is van ontlening van methode of techniek door een ander. Naamsvermelding van de oorspronkelijke auteur zou daarbij een “algemene regel van maatschappelijk behoren” zijn.<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> Hugenholtz & Spoor 1987, p. 55.

<sup>83</sup> Quaedvlieg 1983, p. 151.

<sup>84</sup> Quaedvlieg 1983, p. 152.

<sup>85</sup> Quaedvlieg 1983, p. 152.

## **4.4 Jurisprudentie over werknemers en art.25 Aw.**

### **4.4.1 Gorter en de Vries/PTT**

In het eerder aangehaalde geschil tussen Gorter en de Vries tegen hun oud-werkgever PTT Post<sup>86</sup> beschuldigden eisers PTT Post subsidiair van inbreuk op de hun als makers van het informatiesysteem toekomende persoonlijkheidsrechten, als bedoeld in artikel 25 Aw. Aangezien dit artikel echter volgens de rechtbank zonder enige nadere aanduiding spreekt over de maker van een auteursrechtelijk beschermd werk, en daarbij geen onderscheid maakt tussen de feitelijke maker enerzijds en de fictieve maker als bedoeld in artikel 7 Aw anderzijds, moest het er naar het oordeel van de rechtbank voor worden gehouden dat de werkgever, die als de maker in auteursrechtelijke zin van het door eisers vervaardigde werd aangemerkt, tevens de in artikel 25 Aw bedoelde persoonlijkheidsrechten dienaangaande bezit. Ook op dit punt werden de oud-werknemers derhalve in het ongelijk gesteld.

Voor de beantwoording van de vraag of het auteursrecht van in dienstverband vervaardigde werken op grond van art. 7 Aw bij de werkgever komt te berusten is voor de Haagse rechter maatgevend geweest of de vervaardiging van het programma heeft gestrekt ter vervulling van de verplichtingen uit het dienstverband. Op basis hiervan kon de rechtbank vervolgens zonder al te veel uitweidingen ook de persoonlijkheidsrechten toekennen aan de werkgever. Het was een logisch gevolg van een grammaticale interpretatie van de wet. Impliciet gaat de rechter er in dit geval overigens vanuit dat er ook op computerprogrammatuur persoonlijkheidsrechten kunnen rusten.

Het was waarschijnlijk anders afgelopen voor de twee oud-

---

<sup>86</sup> Rb. Den Haag 27 mei 1992, *Informatierecht/AMI* 1993, 91/7229

werknemers indien de rechter gebruik had gemaakt van een meer systematische interpretatie. Deze methode van rechtsvinding treffen we vooral aan bij het Hof Amsterdam. In een arrest van 31 juni 2003 komt het Amsterdamse Hof in een geval waarbij het auteursrecht op basis van artikel 8 Aw wordt toegekend aan de openbaarmaker van een werk, tot de conclusie dat de wetgever het persoonlijkheidsrecht aan de fysieke maker van een werk heeft toegekend vanwege de hoogst persoonlijke betrekking die ontstaat doordat de maker aan het werk een eigen en persoonlijk karakter schenkt.<sup>87</sup> Aan art. 8 Aw ligt de opzet van de wetgever ten grondslag om door wetbepaling tot maker van een werk iemand aan te merken die zelf aan de eigenlijke schepping daarvan vreemd is (de fictieve maker). Naar geldend recht staat volgens het hof vast dat bij toepasselijkheid van art. 8 Aw de auteursrechtelijke exploitatierechten van de fysieke maker op de fictieve maker zijn overgegaan. De wetgever heeft volgens het Hof in art. 25 lid 1 aanhef Aw bepaald dat de -fysieke- maker van een werk, zelfs nadat hij zijn auteursrecht heeft overgedragen, zich kan beroepen op zijn persoonlijkheidsrechten. Niet is bepaald dat, indien art. 8 Aw van toepassing is, het persoonlijkheidsrecht ook aan de fictieve maker toekomt. Het Hof komt daarom tot het oordeel dat de fysieke maker de persoonlijkheidsrechten uit art. 25 Aw blijven toekomen.

Daarmee houdt het Hof vast aan een lijn welke reeds in 1970 ingezet lijkt te zijn toen men in het spaarbankboekje arrest tot een vergelijkbaar oordeel kwam.<sup>88</sup>

### 4.4.2 Spaarbankboekje arrest

In het Spaarbankboekje arrest gaf het Hof Amsterdam voor het eerst aan dat zij van mening was dat het niet met het wettelijke systeem verenigbaar is dat het persoonlijkheidsrecht zou worden toegewezen aan degene die niet de feitelijk schepper is van het werk maar slechts wordt aangemerkt als “maker”. Zij gaf daarbij tevens aan dat een fictief maker ook geen belang zou hebben bij een beroep op het

---

<sup>87</sup> Hof Amsterdam, 31 juli 2003, *IER* 2004, 43.

<sup>88</sup> Hof Amsterdam, 10 februari 1970, *NJ* 1971, 130 (spaarbankboekje).

persoonlijkheidsrecht indien deze zich ook zou kunnen beroepen op een schending van het auteursrecht waardoor de daaruit voortvloeiende schade moet worden vergoed. Ook daadwerkelijk geleden onstoffelijke schade komt hiervoor in aanmerking.

### 4.4.3 Neefe/Marxman

Met verwijzing naar het arrest uit 2003 van het Hof Amsterdam kwam de Utrechtse voorzieningenrechter op 12 mei 2005 in het geschil tussen oud advocaat Neefe en zijn voormalig werkgever advocatenkantoor Marxman tot het oordeel dat de voormalig werkgever op grond van artikel 7 Aw weliswaar het auteursrecht heeft op een boek over medische aansprakelijkheid<sup>89</sup> maar dat zijn oud-werknemers nog steeds de persoonlijkheidsrechten hebben ten aanzien van hun bijdragen.<sup>90</sup> Het stond Marxman derhalve niet vrij om naamsvermelding van de oorspronkelijke auteurs achterwege te laten.

Hier is ook een duidelijk verschil zichtbaar ten opzichte van de casus Gorter en De Vries / PTT Post.

## 4.5 Afronding

Met deze weinige uitspraken op het gebied van werknemers en persoonlijkheidsrechten lijkt er sprake te zijn van een voorzichtige verschuiving in de rechtspraak richting systematische interpretatie ten aanzien van persoonlijkheidsrechten van een werknemer.

---

<sup>89</sup> Hoevenaars 2005.

<sup>90</sup> Voorzieningenrechter Utrecht, 13 mei 2005, *LJN*: AT5424.

## **H5 Arbeidsrechtelijke bedingen**

### **5.1 Inleiding**

Indien er sprake is van een arbeidsovereenkomst, dan staan de werkgever een aantal bedingen ter beschikking welke hij in die overeenkomst kan opnemen. Zo zijn te onderscheiden:

1. Het auteursrechtbeding of intellectueel eigendomsbeding
2. Het geheimhoudingsbeding
3. Het concurrentiebeding
4. Het relatiebeding
5. Het nevenactiviteitenbeding.

In dit hoofdstuk worden het auteursrechtbeding en het geheimhoudingsbeding besproken. De overige bedingen kunnen weliswaar relevant zijn voor de bescherming van kennis, maar zijn minder relevant voor vraagstukken inzake het werkgeversauteursrecht.

Het auteursrechtbeding roept ondermeer de vraag op of met een dergelijk beding het eventuele niet voldoen aan het bepaaldheidvereiste aangevuld kan worden. Er wordt immers op voorhand door middel van de arbeidsovereenkomst een zekere plicht overeengekomen tot overdracht van auteursrecht op werken welke nog niet bestaan. Het geheimhoudingsbeding roept de vraag op of het een werknemer is toegestaan om zijn eigen werken in auteursrechtelijke zin openbaar te maken indien hier kennis in is gebruikt welke is opgedaan bij de werkgever. Hoe ver reikt het beding in een dergelijk geval? Allereerst zal echter de mogelijkheid worden besproken om ten aanzien van art. 7 een zogenaamd afwijkend beding overeen te komen.



## 5.2 *Afwijkend beding*

Art. 7 geeft de mogelijkheid aan partijen om met betrekking tot de aanwijzing van de werkgever als fictief maker van een auteursrechtelijk werk een vormloos afwijkend beding overeen te komen. Een beding waarmee de werknemers op de door hen gemaakte auteursrechtelijke werken, welke normaal gesproken onder het auteursrecht van de werkgever zouden kunnen vallen, zelf originair de auteursrechten verkrijgen. Daarmee is art. 7 een bepaling van regeland recht en een bepaling waarvan het kennelijk van meet af aan duidelijk was dat er van de hoofdregel af moest kunnen worden geweken. Het afwijkend beding moest daarbij gezien worden als vluchtroute in de gevallen waarbij toepassing van art. 7 tot vreemde verhoudingen zou leiden of niet gewenst is.

Uit de rechtsontwikkeling blijkt echter dat het beding zich binnen arbeidsovereenkomsten amper serieus heeft ontwikkeld.<sup>91</sup> Wel is te zien dat er in geschillen nog al eens een beroep wordt gedaan de op stilzwijgende toepassing van het beding. Omdat het beding in die gevallen echter vormloos tot stand kan komen rust de bewijslast dan vaak op de werknemer. Hij dient aan te geven dat er omstandigheden zijn waardoor de aanvaarding van het beding door de werkgever is af te leiden. Volgens artikel 3:37 lid 1 BW kunnen verklaringen in iedere vorm geschieden en ook in een gedraging besloten liggen. Daarbij gaat het dus om aanvaarding welke besloten ligt in de gedraging.

Het beding kan ook met terugwerkende kracht worden gesloten.

Met betrekking tot universitaire onderzoekers wordt ook wel verdedigd dat er sprake is van een dergelijk stilzwijgend afwijkend beding.<sup>92</sup> Zo lieten de universiteiten hun medewerkers vanaf de inwerkingtreding van de Auteurswet dusdanig vrij in de uitoefening van de auteursrechten dat uit die gedraging de aanvaarding van een

---

<sup>91</sup> Schuijt 1992.

<sup>92</sup> Schuijt 1999, 107, p. 109.

stilzwijgend beding kan worden afgeleid.<sup>93</sup> Volgens Quadvlieg is het behoud van het auteursrecht zo ingeburgerd en met de academische professie verbonden dat de universiteiten er niet op mogen vertrouwen dat de universitaire werknemer die geen uitdrukkelijk afwijkend beding maakt daarmee afstand doet van deze rechten.<sup>94</sup>

### **5.3 Auteursrechtbeding en algemene voorwaarden**

Hiervoor werd reeds duidelijk dat art. 7 Aw in sommige arbeidsrelaties niet tot resultaat heeft dat een werkgever de exploitatierechten op een werk verkrijgt. Bijvoorbeeld indien de taakomschrijving of het te maken werk onvoldoende bepaald zijn. Dit werpt de vraag op wat in dergelijke gevallen de positie is van een contractueel beding waaruit ogenschijnlijk het tegendeel zou kunnen voortvloeien.

De overdracht van auteursrecht aan een derde geschiedt volgens art. 2 Aw door een daartoe bestemde onderhandse akte. Een dergelijke akte moet door beide partijen worden ondertekend en moet bij voorkeur het woord “overdracht” bevatten. Deze akte is niet hetzelfde als de arbeidsovereenkomst waarin mogelijk iets is opgenomen over intellectueel eigendomsrechten.

Wel staat soms in een arbeidsovereenkomst opgenomen *dat de werknemer voor alsdan mee zal werken aan overdracht van eventuele auteursrechten welke verband houden met de te verrichten werkzaamheden*. Voor een dergelijk beding is het echter noodzakelijk om vooraf in voldoende mate te kunnen bepalen om wat voor werkzaamheden het zal gaan. De werknemer zal immers bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst nog niet in voldoende mate kunnen inschatten voor welke nog te maken werken hij op voorhand zijn medewerking tot overdracht zal verlenen. Daartoe

---

<sup>93</sup> Schuijt 1999, 107, p. 107.

<sup>94</sup> Quaedvlieg 1992, p. 52.

dient hij bijvoorbeeld te beschikken over een uitvoerige taakomschrijving. Daarnaast spelen hier over het algemeen vrijwel dezelfde problemen als bij de toepassing van art. 7 Aw.

In dienstverbanden waarbij weinig tot geen inhoudelijk instructies worden gegeven en derhalve voornamelijk sprake is van een formele gezagsverhouding, denk daarbij aan de hoogopgeleide gedetacheerde of aan de wetenschappelijk medewerker, zal minder snel duidelijk zijn of het maken van een werk onder de arbeidstaak valt of dat er sprake is van een uitdrukkelijk gegeven en aanvaarde opdracht. Daarom komt in dergelijke gevallen meer gewicht toe aan de omstandigheid of de werkgever voldoende bepaald heeft aan welke randvoorwaarden het werk moet voldoen. Daarbij is het niet relevant of het werk in de vrije tijd is gemaakt of tijdens kantoortijden op de bedrijfslocatie. Het komt aan op de inhoud van het vervaardigde hetgeen in ieder geval zijn begrenzing vindt binnen het kader van het specifieke vakgebied.

Een tweede aandachtspunt is dat de daadwerkelijke overdracht van de auteursrechten vaak vergeten wordt waardoor de werknemer ook na beëindiging van de arbeidsovereenkomst nog auteursrechthebbende zou kunnen blijken te zijn.

### **5.4 Uitzend- en detacheringovereenkomst.**

De overeenkomsten waarbij overdracht van auteursrecht van een werknemer richting ander een bijzonder grote rol van betekenis speelt zijn de uitzendovereenkomst en de detacheringovereenkomst. In beide gevallen zal er sprake zijn van een opdrachtgever welke een duidelijk belang kan hebben bij deze rechten. Er is daarom bij twee grote werkgevers op dit gebied, Randstad en Yacht, onderzocht hoe zij omgaan met deze materie.

### 5.4.1 Uitzendbureau

Uit de algemene voorwaarden van uitzendbureau Randstad valt af te lezen dat de inlener zelf actie moet ondernemen als hij de auteursrechten op werkzaamheden van uitzendkrachten wil veiligstellen.

#### ***Artikel 19: Intellectuele en industriële eigendom***

- 1. De uitzendonderneming zal de uitzendkracht op verzoek van de opdrachtgever, een schriftelijke verklaring laten ondertekenen teneinde – voorzover nodig en mogelijk – te bewerkstelligen c.q. bevorderen, dat alle rechten van intellectuele en industriële eigendom op de resultaten van de werkzaamheden van de uitzendkracht toekomen, respectievelijk (zullen) worden overgedragen aan de opdrachtgever. Indien de uitzendonderneming in verband hiermee een vergoeding verschuldigd is aan de uitzendkracht of anderszins kosten dient te maken, is de opdrachtgever een gelijke vergoeding c.q. gelijke kosten verschuldigd aan de uitzendonderneming.*
- 2. Het staat de opdrachtgever vrij om rechtstreeks een overeenkomst met de uitzendkracht aan te gaan of hem een verklaring ter ondertekening voor te leggen terzake van de in lid 1 bedoelde intellectuele en industriële eigendomsrechten. De opdrachtgever informeert de uitzendonderneming over zijn voornemen daartoe en verstrekt een afschrift van de terzake opgemaakte overeenkomst/verklaring aan de uitzendonderneming.*
- 3. De uitzendonderneming is jegens de opdrachtgever niet aansprakelijk voor een boete of dwangsom, die de uitzendkracht verbeurt of eventuele schade van de opdrachtgever als gevolg van het feit dat de uitzendkracht zich beroept op enig recht van intellectuele en/of industriële eigendom.*

Uit bovenstaande voorwaarden zou men ten onrechte de conclusie kunnen trekken dat Randstad er vanuit lijkt te gaan dat de uitzendkracht in beginsel zelf rechthebbende is. In de Werkwijzers voor Uitzendkrachten resp. Gedetacheerden (personeelsgidsen) die

binnen Randstad onderdeel uitmaken van de uitzend-/arbeidsovereenkomst staat namelijk de volgende paragraaf:

### ***Intellectuele eigendom***

*Medewerkers van Randstad werken onder leiding en toezicht van de opdrachtgever. Dat betekent dat wanneer je tijdens het werk bij een opdrachtgever iets bijzonders maakt of ontdekt, de zogenoemde rechten van 'intellectuele eigendom' (bijvoorbeeld auteursrecht, octrooirecht) toekomen aan de opdrachtgever, net zoals die rechten bij werknemers in een regulier dienstverband toekomen aan hun werkgever. Het kan gaan om geschreven teksten, tekeningen en ontwerpen, maar ook om uitvindingen of bijzondere ontdekkingen. Het feit dat deze rechten toekomen aan de opdrachtgever betekent dat - uitsluitend - die opdrachtgever bepaalt wat er met die rechten gebeurt. Schending van die rechten kan leiden tot een verplichting om de schade te vergoeden die hierdoor ontstaat. Sommige opdrachtgevers hechten erg aan deze intellectuele eigendomsrechten en vragen medewerkers van Randstad om voor aanvang van het werk een verklaring te ondertekenen waarin nog eens wordt bevestigd dat die rechten aan de opdrachtgever toekomen.*

Door in de werkwijzer te verwijzen naar leiding en toezicht van de opdrachtgever kan op z'n minst de suggestie worden gewekt dat artikel 6 Aw op deze relatie van toepassing is. Dat is echter niet zonder meer het geval.

Volgens artikel 6 wordt, indien een werk naar het ontwerp en onder leiding en toezicht van een ander tot stand is gebracht, die ander aangemerkt als maker.

Het artikel valt uiteen in twee elementen: *ontwerp* en *leiding en toezicht*. Allereerst moet er sprake zijn van het ontwerp van een ander. Indien een ontwerp dusdanig bepaald is dat de uitvoering daarvan nog slechts een technische vervaardiging is zonder dat er enige creatieve ruimte aanwezig is voor de uitvoerder, dan volgt al uit artikel 1 Aw dat de ontwerper als maker heeft te gelden.

Beslissend is immers wie de ‘auctor intellectualis’ is en niet wie het stoffelijke exemplaar maakt.

Artikel 6 is daarom voornamelijk van belang in situaties waar het ontwerp ruimte laat voor eigen creatieve inbreng door uitvoerende medewerkers. Dit zou mogelijk een auteursrecht kunnen opleveren voor de ontwerper en de uitvoerder. Het tweede element “leiding en toezicht” zorgt er echter voor dat een ontwerper die door leiding en toezicht zijn medewerkers dusdanig heeft weten te inspireren dat in hun opzicht niet van een eigen schepping kan worden gesproken, toch als enige het auteursrecht kan verkrijgen.<sup>95</sup>

Het enkele uitvoeren van leiding en toezicht door de opdrachtgever zonder dat er sprake is van een ontwerp is derhalve niet voldoende om de opdrachtgever als auteursrechthebbende aan te merken.

De werkwijzer spreekt ook van het toekomen van rechten aan de opdrachtgever op een zelfde wijze als waarop “die rechten bij werknemers in een regulier dienstverband toekomen aan hun werkgever”. Men lijkt daarmee niet alleen te verwijzen naar artikel 7 Aw maar tevens aan te geven dat het uitzendbureau zelf op basis van het afwijkende beding niet als fictief maker kan worden gezien. Artikel 7 is immers van toepassing *tenzij tussen partijen anders is overeengekomen*. In dit geval kan het bepaalde in de tussen uitzendkracht en uitzendbureau geldende “Werkwijzer” worden gezien als een schriftelijk overeengekomen afwijkend beding. Toch gaat het nog een stap verder. Partijen komen niet alleen overeen dat het uitzendbureau in zijn rol als werkgever niet als fictief maker wil worden aangewezen, maar tevens dat een derde, in dit geval de inlener, de rechten originair zal verkrijgen. Daarbij gaat men kennelijk uit van de vooronderstelling dat artikel 7 op de uitzendovereenkomst van toepassing is en dat het uitzendbureau zonder het afwijkend beding in alle gevallen als maker kan worden beschouwd. Of dit een juist uitgangspunt is zal in ieder geval afhangen van de vraag of voldaan kan worden aan het bepaaldheidsvereiste. Zo bestaat de arbeid volgens de taakomschrijving bij uitzendkrachten over het algemeen niet uit het

---

<sup>95</sup> Aldus: HR 28 juni 1940, *NJ* 1941, 61 (Fire over England 1)

vervaardigen van werken maar uit het uitzenden naar het inlenende bedrijf.<sup>96</sup>

Daarnaast kan men zich afvragen of het afwijkend beding überhaupt gebruikt kan worden om een buitenwettelijke categorie fictieve makers in het leven te roepen. De opdrachtgever wordt immers nergens in de auteurswet genoemd als fictief maker.

Een opdrachtgever kan er op zijn beurt op grond van de algemene voorwaarden, welke onderdeel uitmaken van de overeenkomst van opdracht, vanuit gaan dat de uitzendkracht door zijn werkgever, het uitzendbureau, verzocht wordt om mee te werken aan een overdracht van intellectuele eigendomsrechten. Mocht hij hier zekerheid over willen dan staat het hem vrij om hier met de uitzendkracht aanvullende afspraken over te maken. Daarbij is het wel de vraag wat te doen indien de uitzendkracht niet wil meewerken.

Ondanks de ietwat onnatuurlijk aanvoelende constructie waarbij een werkgever door middel van een arbeidsrechtelijk beding een ander tot fictief maker wil aanwijzen, lijkt het probleem in de praktijk overigens niet erg relevant te zijn.<sup>97</sup> Uitzendkrachten verrichten over het algemeen geen werkzaamheden waarbij zelfstandig auteursrechtelijke werken worden geschapen. Dat is echter anders bij de hierna te bespreken detacheringovereenkomst.

### 5.4.2 Detachering

Detacheringbureau Yacht heeft in haar personeelsgids, welke deel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst, het volgende beding<sup>98</sup> opgenomen:

---

<sup>96</sup> Van Eck 2002, p. 4.

<sup>97</sup> Het hoofd juridische zaken van Randstad Nederland mr. P. van der Herberg heeft desgevraagd aangegeven dat hij vanaf 1990 nog geen enkel geschil is tegengekomen tussen inleners en uitzendkrachten over intellectuele eigendom.

<sup>98</sup> Personeelsgids IP 2007; artikel 2.1 onder 6.

### ***Intellectuele eigendom***

*Voor de werknemer geldt dat al hetgeen voorwerp is of kan zijn van industrieel of intellectueel eigendom en dat in samenhang met of voortvloeiende uit het dienstverband met werkgever, direct of indirect, wordt gecreëerd, tot stand gebracht of vervaardigd, al is het niet voltooid, onvoorwaardelijk eigendom is en blijft van de werkgever of de werkgever daarover het vrije beschikkingsrecht heeft.*

De detacheerder maakt hier duidelijk dat zijzelf in haar rol als werkgever de originair rechthebbende is en blijft op onder andere de auteursrechten. Zij ziet zich dus als fictief maker in de zin van art. 7Aw. Zij stelt daarbij als voorwaarde dat de werken direct of indirect moeten samenhangen met of voortvloeien uit het dienstverband. A contrario volgt hieruit dat zowel de werknemer alsook de opdrachtgever geen rechthebbende zouden kunnen zijn op de auteursrechten.

Het beding lijkt echter in deze vorm en zonder een goede functieomschrijving voor de werknemer op voorhand te breed te zijn. Er kan met andere woorden niet voldaan worden aan het bepaaldheidsvereiste. In de huidige vorm zou het er immers op neer komen dat de gedetacheerde de kennis welke wordt opgedaan tijdens het dienstverband en bij opdrachtgevers op geen enkele wijze zouden kunnen gebruiken zonder dat de detacheerder daarop rechten zou verkrijgen. De werknemer die op zijn persoonlijke weblog zijn dagelijkse belevenissen opschrijft heeft daarop ineens geen rechten omdat er mogelijk een indirecte samenhang is met zijn dagelijkse werkzaamheden.

Het uitgangspunt van Yacht dat zijzelf in plaats van de opdrachtgever de originair rechthebbende zijn miskent tevens de bijzondere positie van de opdrachtgever in het geval van een detachering. De opdrachtgever zal immers in vrijwel alle gevallen gebruik willen maken van de werken welke de gedetacheerde in het kader van de opdracht op zal leveren. Hij heeft derhalve een duidelijk belang bij het exploitatierecht.

Hugenholz en Spoor achten het voor de toekenning van het



exploitatierecht beslissend wie bevoegd is om de opdracht te verstrekken tot het maken van bepaalde werken. Zij denken daarom dat dit in de meeste gevallen het opdrachtgevende bedrijf zal zijn.<sup>99</sup>

Om haar opdrachtgevers enigszins tegemoet te komen heeft detacheerder Yacht met betrekking tot de intellectuele eigendomsrechten de volgende bepaling opgenomen in haar algemene voorwaarden<sup>100</sup>:

### *Artikel 12*

*1. Yacht zal, indien nodig en mogelijk, zijn medewerking verlenen om te bewerkstelligen c.q. te bevorderen, dat alle rechten van intellectuele en industriële eigendom op de resultaten van de werkzaamheden, waaronder onder meer begrepen verslagen, rapporten, begrotingen, tekeningen, schetsen, bestekken en andere bescheiden; modellen en computerbestanden die de professional in het kader van de opdracht heeft vervaardigd, toekomen respectievelijk (zullen) worden overgedragen aan opdrachtgever. Tenzij uitdrukkelijk anders in de opdrachtbevestiging is overeengekomen. Indien Yacht in verband hiermee een vergoeding verschuldigd wordt aan de professional, wordt opdrachtgever van rechtswege een gelijke vergoeding verschuldigd aan Yacht.*

*2. Alle door Yacht aan de opdrachtgever geleverde zaken blijven eigendom van Yacht totdat de opdrachtgever zijn verplichtingen uit de overeenkomst alsmede alle vorderingen van Yacht wegens niet nakoming van de overeenkomst door de opdrachtgever volledig heeft voldaan.*

*3. Onverminderd het bepaalde in artikel 12.1 worden de intellectuele en industriële eigendomsrechten op de resultaten van de opdracht aan opdrachtgever verleend of overgedragen op het moment dat de opdrachtgever al zijn betalingsverplichtingen jegens*

---

<sup>99</sup> Hugenholz & Spoor 1987, p. 41.

<sup>100</sup> Artikel 12 van de algemene voorwaarden van Yacht Group Nederland bv, gedeponeerd bij de Kamer van Koophandel te Amsterdam op 19 april 2007 onder nummer 33183177.

*Yacht is nagekomen.*

Opmerkelijk genoeg blijkt juist uit deze voorwaarden dat Yacht er hier vanuit gaat dat de rechten op de resultaten van de werkzaamheden in sommige gevallen bij de werknemer liggen, waarvoor zij blijkens haar voorwaarden een vergoeding aan die werknemer verschuldigd kan worden, en dat deze rechten overgedragen kunnen worden op het moment dat de opdrachtgever voldaan heeft aan zijn betalingsverplichting.

De praktische uitwerking van dit beding is dus compleet anders dan de uitwerking zoals aangetroffen bij uitzendbureau Randstad. Anders dan bij de uitzendovereenkomst verrichten gedetacheerden over het algemeen wel werkzaamheden waarbij zelfstandig auteursrechtelijke werken worden geschapen. Om daarbij de werkgever in de positie te stellen om deze rechten over te kunnen dragen aan de opdrachtgever is het noodzakelijk dat het beding voldoet aan het bepaaldheidsvereiste. Een te brede functieomschrijving maakt dit lastig, zo niet onmogelijk.

### **5.5 Geheimhoudingsbeding**

Hoewel veel van de informatie die een onderneming genereert door middel van intellectuele eigendomsrechten beschermd kan worden, bestaat er binnen het bedrijfsleven ook de behoefte om bepaalde informatie geheim te houden. Daarbij kan vooral gedacht worden aan informatie welke de onderneming een voorsprong geeft ten opzichte van de concurrentie.

In Note 6.16 van de WIPO Model Provisions valt te lezen wat er onder geheime informatie kan worden verstaan:

“Secret information may consist of manufacturing or commercial secrets; it may include production methods, chemical formulae, drawings, prototypes, sales methods, distribution methods, contract forms, business schedules, details of price arrangements, consumer

profiles, advertising strategies, list of suppliers or clients, computer software and databases.”

Uit artikel 39 lid 2 van de Overeenkomst inzake de Handelsaspecten van de Intellectuele Eigendom<sup>101</sup> volgt dat natuurlijke en rechtspersonen de mogelijkheid moeten hebben om te beletten dat informatie waarover zij rechtmatig beschikken zonder hun toestemming wordt openbaar gemaakt aan, verworven door of gebruikt door anderen op een wijze die strijdig is met eerlijke handelsgebruiken, zolang deze informatie geheim is, handelswaarde bezit vanwege deze geheimhouding en is onderworpen aan redelijke maatregelen om deze informatie geheim te houden. Uit dit artikel volgt naast het vereiste dat de geheime informatie handelswaarde bezit en het vereiste dat het verdere gebruik niet strijdig is met eerlijke handelsgebruiken, de eis dat men rechtmatig kan beschikken over de informatie. Overigens heeft het verdrag geen directe werking.<sup>102</sup>

De bescherming van geheime informatie wordt in het algemeen vormgegeven door middel van een geheimhoudingsbeding. Overtreding van een geheimhoudingsbeding zou in ieder geval op grond van art. 7:678 lid 1 sub i BW een reden kunnen zijn voor ontslag op staande voet. Daarnaast maakt dit artikel het mogelijk om zelfs zonder specifiek geheimhoudingsbeding over te gaan tot ontslag op staande voet. Gielen is hierbij van mening dat het gebruik van het bedrijfsgeheim bij een nieuwe werkgever als onrechtmatig te beschouwen is.<sup>103</sup> Het probleem van dit artikel is echter dat door een rechter moet worden vastgesteld dat het gaat om gegevens waarvan de werknemer had moeten begrijpen dat hij deze geheim had moeten houden.<sup>104</sup> In deze geheimhouding is het grootste verschil met de bescherming door rechten van intellectuele eigendom gelegen. Zo moet hetgeen dat door intellectuele eigendomsrechten wordt

---

<sup>101</sup> Ook bekend als het TRIPs-agreement.

<sup>102</sup> Zie uitspraak HvJ EG 14 december 2000, *NJ* 2001, 403.

<sup>103</sup> Gielen 1999, p. 34.

<sup>104</sup> Gielen 1999, p. 37.

beschermd in het algemeen gepubliceerd oftewel geopenbaard worden en zijn daarbij de verkregen rechten beperkt in tijdsduur. Geheime informatie is echter slechts beschermd door een geheimhoudingsbeding zolang deze informatie niet openbaar is gemaakt. Indien een werknemer de informatie openbaar maakt en hierop het auteursrecht kan claimen dan vervalt daarmee de bescherming die het geheimhoudingsbeding had willen opleggen. Er is dan weliswaar sprake van schending van een beding uit de arbeidsovereenkomst, maar dit zal er niet voor kunnen zorgen dat de werknemer zijn auteursrecht op het betreffende werk verliest. De balans valt uiteraard anders uit wanneer niet de werknemer maar de werkgever de auteursrechten bezit. Dan is er immers niet alleen sprake van een inbreuk op het geheimhoudingsbeding en de auteursrechten van de werkgever, maar tevens kan deze de verdere verspreiding voorkomen op grond van datzelfde auteursrecht.

### **5.6 Het geheimhoudingsbeding als beperking**

Het geheimhoudingsbeding kan als een beperking van het recht op vrije arbeidskeuze worden gezien wanneer een ex-werknemer in een nieuwe werkomgeving of als zelfstandige de kennis wil inzetten welke onder dit beding valt. Het Hof Arnhem overwoog in de zaak *Vredestein/Siemens en Thijssen* over de kennis van de ex-werknemers Siemes en Thijssen dat:

*“van een fabrieksgeheim dat Siemes en Thijssen niet mochten schenden alleen sprake kan zijn voor zover een dergelijk geheim niet kan worden gelijkgesteld met de know-how die Siemes en Thijssen als hun persoonlijke kennis en ervaring mochten toepassen...”*<sup>105</sup>

Gielen heeft moeite met deze uitspraak. Aan de ene kant is hij het eens met de constatering van het Hof dat een ex-werkgever zich niet kan verzetten tegen het gegeven dat persoonlijke kennis en ervaring welke in de voormalige werkkring is opgedaan door de ex-

---

<sup>105</sup> Hof Arnhem 14 juli 1982, *BIE* 1983, 179.

werknemer verder kan worden gebruikt. Aan de andere kant denkt hij dat het enkele feit dat de geheime informatie door de werknemer is ontwikkeld, waarbij deze weet van het belang van de geheimhouding, nog niet met zich mee brengt dat deze de persoonlijke kennis elders mag gebruiken.<sup>106</sup>

Dit is echter een behoorlijk dilemma omdat toch vooral de persoonlijke kennis en ervaring aspecten zijn waarop een nieuwe werkgever zijn selectie voert. De werknemer in de informatiemaatschappij is immers in de meeste gevallen een kenniswerker. Zijn kennis heeft in die zin altijd handelswaarde. Indien deze niet te gelde kan worden gemaakt dan is de uitwerking van het geheimhoudingsbeding sterk vergelijkbaar met het concurrentiebeding. Gielen is daarbij op basis van de jurisprudentie<sup>107</sup> van mening dat de omstandigheid dat er geen concurrentiebeding bestaat een reden kan zijn om te oordelen dat een ex-werknemer niet onrechtmatig zal handelen door bij een concurrerende onderneming te gaan werken en daar gebruik te maken van de know-how die bij de ex-werkgever is verkregen.<sup>108</sup> Dit is echter geen oplossing voor de situatie waarbij een werknemer zijn kennis als inspiratiebron gebruikt voor een auteursrechtelijk werk zonder dat er sprake is van een andere werkgever. Denk daarbij ondermeer aan open source projecten.

---

<sup>106</sup> Gielen 1999, p. 35.

<sup>107</sup> Zie ondermeer: Pres. Rb. Dordrecht 10 juli 1991, *KG* 1991, 261.

<sup>108</sup> Gielen 1999, p. 37.

## H6 Slotbeschouwing

### 6.1 Toekomst

In het inmiddels gedateerde rapport uit 1992 van de Studiecommissie “Artikel 7 Auteurswet 1912” van de Vereniging voor Auteursrecht<sup>109</sup> werden ten aanzien de toekomst van art. 7 Aw een vijftal stromingen onderscheiden:

1. Artikel 7 Aw is een praktische en billijke regeling. Er is geen noodzaak aanwezig het artikel te wijzigen.

In hoofdzaak berust hierbij de argumentatie op de mogelijkheid in artikel 7 Aw om anders overeen te komen. Eventuele principiële bezwaren tegen de bestaande regeling kunnen hiermee door een werknemer omzeild worden. Andere genoemde argumenten hebben een meer bedrijfseconomische achtergrond. Zo zijn de middelen om het werk mee te maken vaak door de werkgever ter beschikking gesteld en ligt het risico dat een werk niet verkoopt of zelfs schade aanricht bij de werkgever. En hoewel Nederland op het Europese continent met dit artikel een afwijkende regeling heeft, zal het daarentegen binnen de Angelsaksische landen geen opgetrokken wenkbrauwen opleveren.

2. Artikel 7Aw behoeft geen wijziging, maar ten aanzien van het persoonlijkheidsrecht moet in de wet worden opgenomen dat deze bij de feitelijk maker berusten en niet bij de werkgever.

De tweede stroming is van mening dat de aard van het persoonlijkheidsrecht zich verzet tegen toekenning aan een fictief maker die geen bemoeienis heeft gehad met het eigenlijke scheppen van het werk.

---

<sup>109</sup> Mom & Keuchenius 1992, p. 89 ev.

3. De feitelijk maker dient de persoonlijkheidsrechten te verkrijgen en ten aanzien van de exploitatierechten dient er een wettelijk vermoeden van overdracht te komen waar de werkgever een beroep op kan doen. Niet ieder resultaat van arbeid moet echter toebehoren aan de werkgever.

Deze derde stroming is evenals de voorgaande stroming van mening dat het persoonlijkheidsrecht hoort toe te komen aan de feitelijk maker. Ook vinden ze het redelijk dat de werkgever binnen bepaalde grenzen de exploitatierechten mag uitoefenen. De werkgever moet zich daartoe kunnen beroepen op een wettelijk vermoeden van overdracht. Die overdracht beperkt men vervolgens op twee punten: Zo kan het alleen gelden voor de normale bedrijfsactiviteiten van de werkgever en dient de werkgever bij nieuwe, niet eerder voorziene exploitatievormen een redelijke vergoeding te betalen aan de werknemer.

4. De feitelijk maker zal de exploitatie- en persoonlijkheidsrechten originair verkrijgen, waarbij een werkgever een economisch gebruiksrecht dient te krijgen op basis van een wettelijke of dwanglicentie.

De vierde stroming wil de feitelijk maker het blote eigendom van het werk laten behouden en de werkgever via een licentie op het exploitatierecht in staat stellen om het werk te exploiteren. Evenals de derde stroming vindt een dergelijke regeling zijn beperking in het kader van de normale bedrijfsuitoefening.

In die gevallen waarbij de werkgever belang zou hebben bij de handhaving van persoonlijkheidsrechten zou de wet de mogelijkheid moeten bieden om de werkgever een procesvolmacht te geven.

5. Schrap art. 7 Aw.

De vijfde stroming is van mening dat art. 7 Aw geschrapt kan worden zonder dat er een nieuwe bepaling voor in de plaats komt. Bij deze mogelijkheid bestaat er geen enkele onduidelijkheid over wie de rechthebbende is op de exploitatie en

## Werkgever en auteursrecht

persoonlijksrechten. Volgens deze stroming zal het gevolg van de schrapping namelijk zijn dat werkgevers afspraken moeten gaan maken in de arbeidsovereenkomst over het verkrijgen van exploitatierechten.



## 6.2 **Tekstvoorstel voor arbeidsovereenkomst**

Ondanks het bestaan van art. 7 en 25 Aw kan het geen kwaad om ook in de arbeidsovereenkomst een uitdrukkelijke bepaling op te nemen over de wijze waarop partijen wensen om te gaan met het intellectueel eigendom. Een mogelijk tekstvoorstel zou er als volgt uit kunnen zien:

*Een werknemer wordt niet als maker beschouwd van werken waarvoor door of namens de werkgever een uitdrukkelijke opdracht is gegeven of welke direct verband houden met de daadwerkelijk uit te voeren arbeidstaak volgens de functie omschrijving.*

Hierbij moet voor ogen worden gehouden dat deze functieomschrijving voldoende bepaald moet zijn. Zie hiervoor tevens het stappenplan in §6.3. A contrario volgt uit deze bepaling dat in geval er geen sprake is van een uitdrukkelijke opdracht of indien de werken niet een direct verband houden met de uit te voeren arbeidstaak de werknemer zelf als maker is te beschouwen.

Ook inzake de persoonlijkheidsrechten zou het aan te bevelen zijn om hierover iets op te nemen in de arbeidsovereenkomst. Gedacht zou kunnen worden aan de volgende tekst:

*Indien een werknemer bij de openbaarmaking als maker van een werk is vermeld of bekend gemaakt, wordt zij, tenzij bewezen wordt dat de openbaarmaking onder de bedoelde omstandigheden onrechtmatig was, voor de uitoefening van de (persoonlijkheids)rechten als maker van dat werk aangemerkt.*

Door bovenstaande bepaling is het duidelijk in welke gevallen een werknemer een beroep kan doen op persoonlijkheidsrechten. Bij naamsvermelding van een natuurlijke persoon mag men er namelijk over het algemeen vanuit gaan dat deze persoon kennelijk een bepaalde band heeft met het werk. In gevallen waarbij die naamsvermelding of bekendmaking van de naam achterwege is

## Werkgever en auteursrecht

gebleven kan juist uit worden gegaan van het tegenovergestelde.

### **6.3    *Stappenplan voor de praktijk***

Het in 3.4 beschreven stappenplan voor de beoordeling in welke situatie de werkgever zich kan beroepen op art. 7 Aw geeft voor de praktijk de volgende handvatten:

Bij de eerste stap wordt gekeken naar het bepaaldheidsvereiste in brede zin. Bij deze stap gaat het er om dat er volgens de taakomschrijving “bepaaldsoortige” werken moeten worden gemaakt en wordt er getoetst of het opgeleverde werk binnen het in de taakomschrijving vastgelegde kader valt van het speciale vakgebied van de werknemer.

Art. 7 Aw is van toepassing indien de werkgever een zeer gedetailleerde functieomschrijving beschikbaar stelt aan de werknemer. Tevens is het artikel van toepassing bij brede (en dus niet gedetailleerde) taakomschrijvingen waarbij er in de taakomschrijving een duidelijk afgekaderd vakgebied is aangegeven. Indien er sprake is van een brede dan wel niet gedetailleerde taakomschrijving zonder duidelijk afgekaderd vakgebied zal art. 7 Aw niet toepasbaar zijn. De werkgever kan in dat geval proberen zich te beroepen op de tweede stap, het bepaaldheidsvereiste in enge zin.

Bij het bepaaldheidsvereiste in enge zin wordt er gekeken naar de vraag of er binnen die brede taakomschrijving sprake is van een opgedragen werk wat tevens in voldoende mate bepaald is. De uitkomst van deze afweging kan echter van geval tot geval verschillen. Art. 7 Aw is hierbij van toepassing indien de werkgever een gedetailleerde opdracht geeft aan de werknemer.

Bij de derde en laatste stap is er sprake van opdrachten welke buiten de taakomschrijving vallen. Art. 7 Aw is hierbij van toepassing indien de werkgever een uitdrukkelijke opdracht geeft aan de werknemer tot oplevering van een specifiek bepaald en geconcretiseerd werk en deze de opdracht accepteert. Daarbij spelen ook de omstandigheden van het geval een rol. Denk daarbij aan de

## Werkgever en auteursrecht

situatie dat de werkgever faciliteiten ter beschikking stelt.

## Bronnen

### *Literatuur*

#### **Asser-Kortmann-De Leede 1997.**

C. Asser, S. C. J. J Kortmann en L. J. M. De Leede, *Overeenkomst van opdracht, arbeidsovereenkomst, aanneming van werk*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994.

#### **Bles 1908.**

A.E. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst Deel I*, 's-Gravenhage: Belinfante 1908.

#### **Boot 2005.**

G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijk bescherming*, Den Haag: Sdu uitgevers 2005.

#### **Dijkstra & Paapst 2008.**

J.J. Dijkstra en M. Paapst, *Wie krijgt de rechten op kennis: werkgever of werknemer?* (elektronische publicatie) ManagementSite, 2008.

#### **Van Eck 2002.**

M.van Eck, *De creatieve werknemer en zijn (auteurs)rechten*, Arbeidsrecht 2002/12.

#### **Gielen 1999.**

C. E. F. M. Gielen, *Bescherming van bedrijfsgeheimen*, W. E. J. Tjeenk Willink: Deventer 1999.

#### **Haeck 1998.**

J. F. Haeck, *Idee en programmaformule in het auteursrecht*, Kluwer: Deventer 1998.

#### **Hoevenaars 2005.**

M. Hoevenaars, *Medische aansprakelijkheid*, Inmerc: Wormer 2005.

**Hugenholtz & Spoor 1987.**

P. B. Hugenholtz & J. H. Spoor, *Auteursrecht op software*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 1987.

**Jansen & Loonstra 1997.**

C. J. H. Jansen en C. J. Loonstra, *Functies onder spanning*. Deventer: Kluwer 1997.

**Loonstra & Zondag 2006.**

C. J. Loonstra en W. A. Zondag, *Arbeidsrechtelijk themata*, Den Haag: Boom 2006.

**Loonstra & Zondag 2004.**

C. J. Loonstra en W. A. Zondag, *Arbeidsrechtelijk themata*, Den Haag: Boom 2004.

**Mom & Keuchenius 1992.**

G. J. H. M. Mom en P. J. Keuchenius (red), *Het werkgeversauteursrecht. Kan de werkgever het maken?* Kluwer: Deventer 1992.

**Quaedvlieg 1987.**

A. A. Quaedvlieg, *Auteursrecht op techniek: de auteursrechtelijke bescherming van het technisch aspect van industriële vormgeving en computerprogrammatuur*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1987.

**Quaedvlieg 1992.**

A. A. Quaedvlieg, *Auteur en aantasting, werk en waardigheid*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1992.

**Rood 1997.**

M.G. Rood, *Naar een nieuw sociaalrechtelijk denkraam*, Den Haag: centrum voor arbeidsverhoudingen overheids personeel 1997.

**Van Schelven & Struik 1995.**

P.C. van Schelven & H. Struik, *Softwarerecht*, Deventer: Kluwer 1995.

**Schuijt 1999.**

G. A. I. Schuijt, *Nogmaals artikel 7 Auteurswet en de wetenschappelijke werknemers*, Informatierecht/AMI 1999.

**Schuijt 1992.**

G. A. I. Schuijt, Schrap artikel 7 Auteurswet, p. 28, in G.J.H.M. Mom & P.J. Keuchenius (red.), *Het werkgeversauteursrecht. Kan de werkgever het maken?*, Deventer: Kluwer 1992.

**Seignette 1994.**

J. M. B. Seignette, *Challenges to the creator doctrine : authorship, copyright ownership and the exploitation of creative works in the Netherlands, Germany and the United States*, Kluwer Law and Taxation Publishers: Deventer 1994.

**Spoor, Verkade en Visser 2004.**

J. H. Spoor, D. W. F. Verkade en D. J. G. Visser, *Auteursrecht; auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Kluwer: Deventer 2004.

**Spoor, Verkade & Visser 2005.**

J. H. Spoor, D. W. F. Verkade & D. J. G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

**De Vries 1989.**

L. de Vries, *Parlementaire geschiedenis van de Auteurswet 1912 zoals sedertdien gewijzigd*, losbladige editie SDU, Den Haag 1989.

**Wichers Hoeth 2000.**

L. Wichers Hoeth, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 2000.

***Jurisprudentie***

HvJ EG 14 december 2000, *NJ* 2001, 403

HR 19 december 2003, *LJN*: AN7253

HR 5 april 2002, *JAR* 2002/100

HR 21 november 1997, *JAR* 1998/16

HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 149

HR 25 oktober 1996, *JAR* 1996, 234

HR 17 juni 1994, *NJ* 1994, 757

HR 25 januari 1980, *NJ* 1980, 264

HR 19 januari 1951, *NJ* 1952, 37

HR 28 juni 1940, *NJ* 1941, 61

CRvB 23 oktober 1995, *AB* 1996, 78

CRvB 15 december 1993, *RSV* 1994, 169

CRvB 29 april 1992, *RSV* 1993, 107

CRvB 31 januari 1990, *RSV* 1991, 110

Hof Amsterdam, 31 juli 2003, *IER* 2004/43

Hof 's-Gravenhage, 14 oktober 1987, *Informatierecht/AMI* 1988

Hof Arnhem 14 juli 1982, *BIE* 1983, 179

Hof Den Bosch, 24 mei 1978, *BIE* 1985, 96

Hof Amsterdam, 10 februari 1970, *NJ* 1971, 130

Rb. Den Haag, 20 februari 2008, *Computerrecht* 2008, 68

Rb. Arnhem, 12 maart 2007, *LJN*: BA2032

Rb. Arnhem, 8 april 1993, *BIE* 1194, 74

Rb. Den Haag 27 mei 1992, *Informatierecht/AMI* 1993, 91/7229

Rb. Middelburg 18 juli 1984, *NJ* 1985, 882

Pres. Rb. Haarlem, 18 mei 2001, *IER* 2001/39

Pres. Rb. Den Haag, 15 dec. 1997, *Computerrecht* 1998, 2

Pres. Rb. Haarlem, 5 december 1989, *BIE* 1992, 66

Pres. Rb. Dordrecht 10 juli 1991, *KG* 1991, 261

Pres. Rb. Rotterdam, 23 december 1988

Pres. Rb. Breda 22 november 1977, *BIE* 1978, 84



## Werkgever en auteursrecht

Vzr Rb. Groningen, 4 oktober 2007, *LJN*: AWB 07/779 AW

Vzr Rb. Utrecht, 13 mei 2005, *LJN*: AT5424

Ambtenarengerecht Amsterdam, 20-12-1989, *Cr* 1990