

# Juridische bescherming van ‘apps’

## Welke mogelijkheden bieden het auteursrecht, merkenrecht en modellenrecht?

Computerrecht 2019/2

**Apps vormen een product van het digitale tijdperk. Binnen het Intellectuele Eigendomsrecht bestaat de noodzaak te beoordelen welke aspecten van apps juridische bescherming kunnen krijgen en welke vorm van IE daarvoor het meest geëigend is. Met betrekking tot sommige van die aspecten bestaat, op basis van jurisprudentie, inmiddels al enige duidelijkheid. Bepaalde ‘grijze gebieden’ blijven echter aanwezig.**

**Vaststellen welke vorm van IE-bescherming het beste kan worden toegepast voor welke onderdelen van een app, kan lastig zijn voor ontwikkelaars. Rechtspraak heeft hierover nog niet in alle gevallen helderheid geboden. In dit artikel worden diverse relevante aspecten van apps besproken, met het oog op de beoordeling van beschikbare opties voor IE-bescherming. Het gaat om de aspecten ‘broncode’, ‘gebruikersinterface (‘GUI’), ‘bewegingen en transities’ en ‘logo’s, pictogrammen en lettertypen’.**

### 1. Inleiding

‘Apps’, computerprogramma’s speciaal geschreven voor mobiele apparaten als smartphones en tablets, zijn niet meer weg te denken uit de huidige samenleving. We onderhouden contacten via WhatsApp, zoeken een auto via AutoTrack en vinden zelfs onze ware liefde via Tinder. Het is in dit licht dan ook opmerkelijk, dat er in de rechtspraak en doctrine weinig aandacht is voor de intellectueel eigendomsrechtelijke bescherming van apps. Het intellectuele eigendomsrecht (kortweg: “IE-recht”) is daarnaast een rechtsgebied dat door velen wordt gezien als meer ‘grijs’ dan ‘zwart-wit’. Zeker bij nieuwe producten of ontwikkelingen zoeken juristen soms gedurende langere tijd naar een weg om een en ander juridisch te duiden. Bescherming van geestesproducten op grond van de Nederlandse Auteurswet is gebaseerd op regelgeving uit de 19<sup>de</sup> eeuw, maar er zijn ook ontwikkelingen geweest – denk bijvoorbeeld aan het ‘Trademark Reform Package’ uit 2017 – die verband houden met recente technische ontwikkelingen in onze informatiemaatschappij. Deze hervormingen lijken de deur verder open te hebben gezet voor bescherming van non-conventionele merken, waaronder merken in de digitale wereld.

Het vervaardigen van apps kan lucratief zijn, maar er is vaak ook sprake van hevige concurrentie. Toch worden IE-rechtelijke aspecten door veel app-ontwikkelaars nauwelijks serieus genomen. Een reden daarvoor kan zijn de overtuiging dat nabootsing door derden toch niet effectief kunnen worden tegengegaan. Juist om die reden is van belang dat app-ontwikkelaars inzicht hebben in de mogelijkheden die het IE-recht op dit vlak biedt en welke daarvan het meest efficiënt zijn in termen van bescherming en kosten.

### 2. Relevantie en aanpak

In deze bijdrage analyseren wij een drietal vormen van IE-rechtelijke bescherming, in relatie tot verschillende aspecten van apps: het auteursrecht, het merkenrecht en het modellenrecht. Wij laten octrooirechtelijke bescherming in dit geval buiten beschouwing.<sup>2</sup> Om voor een octrooi in aanmerking te komen, is het in Europa noodzakelijk dat sprake is van een uitvinding: een technische oplossing voor een technisch probleem. Software kan octrooieerbaar zijn wanneer het een technische functie heeft, zoals het besturen van een machine of het regelen van de temperatuur in een proces. Er is dan sprake van een computer-gerelateerde (c.q. geïmplementeerde) uitvinding. Veel apps zijn vanwege deze beperking niet octrooieerbaar. Daarnaast is het zo dat, met betrekking tot de meeste apps, de octrooiprocedure langer zou duren dan de economische levensduur van de app in kwestie. Bovendien geldt dikwijls dat het verkrijgen van bescherming op basis van het auteursrecht, merkenrecht en modellenrecht minder tijdrovend en kostbaar is.

Afgaand op de issues die wij in de praktijk tegenkomen, hebben wij deze bijdrage opgedeeld in de bespreking van de meest in het oog springende elementen van een app, te weten (i) de broncode;<sup>3</sup> (ii) de gebruikersinterface (“Graphical User Interface” of GUI); (iii) bewegingen en transities; en (iv) logo’s, pictogrammen en lettertypes. Wij proberen naar een conclusie toe te werken, waarbij we kijken of het beschermen van een bepaald onderdeel van een app onder omstandigheden wellicht al voldoende soelaas kan bieden. Bij elk van de aspecten proberen wij ook de koppeling naar de praktijk te maken.

1 Dr. H. (Helen) Gubby is als senior lecturer verbonden aan de Rotterdam School of Management, Erasmus Universiteit Rotterdam. Mr. J. (Jos) H.A.M. Klaus is als advocaat verbonden aan de sectie Intellectuele Eigendom & Technologie van BarentsKrans N.V. te Den Haag. Mr. dr. C. (Kees) van Noortwijk is als universitair hoofddocent Recht en Technologie verbonden aan Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam.

2 Het handelsnaamrecht speelt in de bescherming van een app als product an sich geen rol.

3 Aangezien de IE-rechtelijke bescherming van broncodes reeds geregeld is besproken, zal hier relatief minder aandacht aan worden besteed.

### 3. Zijn de mogelijkheden tot bescherming beperkt?

De praktijk leert, dat veel app-ontwikkelaars ontsteld zijn wanneer een derde er met hun globale idee voor een app vandoor gaat. Hoe zuur dit ook moge zijn, de conclusie luidt vrijwel altijd, dat dit simpelweg niet te bestrijden is. Ideeën of stijlen worden immers niet op grond van het auteursrecht beschermd, op basis van vaste rechtspraak.<sup>4</sup> Een algemeen idee voor een datingapp of auto-zoek-app kan dus door iedereen worden geïmplementeerd. Slechts wanneer een idee of stijl concreet is uitgewerkt, kan wellicht sprake zijn van auteursrechtelijke bescherming. Daarnaast geldt dat in beginsel de *functies* van een app niet op basis van het auteurs-, merken- en modellenrecht kunnen worden beschermd. Het modellenrecht vereist voorts een concrete uitvoering, vanwege het uiterlijk-van-een-voortbrengsel criterium.<sup>5</sup> In het merkenrecht moet een en ander, kortweg, uit het register kunnen volgen<sup>6</sup> – ook daar moet het dus gaan om een concreet te beschermen voorwerp.

De beschermingsomvang van een (onderdeel van een) app wordt veelal geringer, wanneer er sprake is van puur technische keuzes. Onderliggende techniek of algoritmes kunnen mogelijkwys bescherming vinden in het octrooirecht, maar niet in het auteursrecht, het merken- of het modellenrecht.<sup>7</sup> Wij menen dat onderliggende techniek of een algoritme voorts bescherming kan genieten op basis van de bescherming van bedrijfsgeheimen.<sup>8</sup>

Tot slot: een app is niets anders dan een meer trendy term voor een stuk software. Software kan, als geheel, beschermd worden onder de auteurswet, ex art. 1 Auteurswet jo. art. 10 lid 1 onder 12 Auteurswet ("Aw"). Dat geldt ook als het een complex, samengesteld werk is met meerdere aspecten, zoals grafische elementen en geluidselementen.<sup>9</sup> Het modellenrecht voorziet niet in bescherming van software als geheel, zie art. 3.1 lid 4 Beneluxverdrag inzake de intellectuele eigendom ("BVIE") en art. 3 onder b Gemeenschapsmodellenverordening. Hetzelfde geldt voor het merkenrecht.

### 4. Onderdeel (i): bescherming van de broncode

De 'broncode' van een app, de vorm waarin deze door de programmeur wordt geschreven, kan beschermd zijn op basis van auteursrecht, ex art. 1 Aw jo. art. 10 onder 12 Aw.<sup>10</sup> Dit

auteursrecht ontstaat van rechtswege, registratie is niet nodig. Wil er sprake zijn van een auteursrechtelijk beschermd werk, moet er – volgens vaste rechtspraak<sup>11</sup> – sprake zijn van een werk met een 'eigen oorspronkelijk karakter' en een 'persoonlijk stempel van de maker'. Dat betekent, dat de broncode enerzijds niet mag zijn ontleend aan een ander werk en dat anderzijds het werk het resultaat moet zijn van creatieve keuzes van de maker. Werken waarbij de kenmerkende aspecten alleen datgene betreffen wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect, worden niet beschermd onder het auteursrecht.<sup>12</sup> Ondanks het feit dat broncode toch voornamelijk een technisch karakter lijkt te hebben (het is immers voor leken onbegrijpelijke 'programmeertaal'), kan deze toch onder het auteursrecht beschermd worden.

Het is lang niet altijd meteen duidelijk wie de auteursrecht-hebbende(n) is c.q. zijn en wat de precieze beschermingsomvang is. Vaak wordt, zelfs bij *tailor-made* broncode, voortgebouwd op bestaande programma's. Dit deel aan bestaande broncode kan dan qua intellectuele eigendom toebehoren aan een derde. Er bestaan specialistische ICT-onderzoeksbureaus die op basis van een gelijkheidsanalyse een uitspraak kunnen doen over de mate van originaliteit van bepaalde broncode, hetgeen nuttig kan zijn in een conflictsituatie. Dit biedt geen volledige zekerheid, maar kan wel helpen een bepaalde positie te onderbouwen. Daarnaast geldt dat het bovenstaande ook in acht moet worden genomen bij het overdragen van IE-rechten: je kunt immers niet meer overdragen dan je hebt. Dit alles is dan ook nogal eens een aandachtspunt in een IE-gerelateerde *due diligence* beoordeling.

De rechtspraktijk leert, dat veel bedrijven (en app-bouwers vormen daar geen uitzondering op) niet altijd aan gedegen versiebeheer doen. Het is daarom soms lastig vast te stellen wanneer een bepaalde versie van een app is ontwikkeld, hetgeen de bewijspositie van de ontwikkelaar minder sterk maakt. Het is aan te raden om solide versiebeheer te verrichten en – bij belangrijke *milestones* – in een ontwikkelproces de betreffende broncode vast te leggen in, bijvoorbeeld, een i-Depot bij het Beneluxbureau voor de Intellectuele Eigendom of bij notariële akte.

### 5. Onderdeel (ii): bescherming van de gebruikersinterface (GUI)

Een GUI bewerkstelligt, kortweg, de communicatie tussen de software en de gebruiker,<sup>13</sup> waarbij grafische beelden, beweging en tekst een rol kunnen spelen. In de Softwarerichtlijn<sup>14</sup> wordt de noodzaak van communicatie en

4 HR 29 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1942 (*Decaux/Mediamax*).

5 Art. 3.1 BVIE.

6 Art. 2.1 lid 1 BVIE en art. 4 onder a Uniemerkenverordening.

7 HvJ EU 2 mei 2012, zaak C-406/10 (*SAS Institute/ World Programming*), r.o.

8 Wet bescherming bedrijfsgeheimen; mits de informatie, kortweg, (i) geheim is; (ii) handelswaarde bezit, omdat zij geheim is; en (iii) er redelijke maatregelen zijn genomen om de informatie geheim te houden. Let wel: een bedrijfsgeheim is geen IE-recht.

9 HvJ EU 23 januari 2014, zaak C-355/12 (*Nintendo/PC Box*).

10 Tevens via art. 10 lid 1 TRIPs-Overeenkomst jo. art. 2 Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst. Zie tevens: HvJ EU 22 december 2010, zaak C-393/06 (*BSA*).

11 HR 4 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0104 (*Van Dale/Romme*).

12 HR 16 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8940 (*Lancôme/Kecofa*). Voor een dergelijk werk kan eventueel octrooirechtelijke bescherming worden overwogen.

13 HvJ EU 22 december 2010, zaak C-393/09 (*BSA*).

14 Richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's.

wisselwerking van een computerprogramma met andere componenten van een computersysteem en met gebruikers besproken. Het begrip interface wordt vervolgens gedefinieerd als:

“onderdelen van het programma die koppeling en interactie tussen componenten van een systeem verzekeren.”<sup>15</sup>

Een interface is een essentieel onderdeel van een app. Gebruikers zouden een app dus kunnen herkennen juist aan de interface.<sup>16</sup> Het is zodoende interessant te bezien welke bescherming een GUI kan genieten.<sup>17</sup>

## 5.1 Modellenrecht

Als eerste zijn er beschermingsmogelijkheden op grond van het modellenrecht. Het gaat daarbij dan vooral om het visuele aspect van een GUI.<sup>18</sup> Een computerprogramma beschermen als geheel is immers niet mogelijk op basis van het modellenrecht (art. 3.1 lid BVIE). Het modellenrecht beschermt immers de ‘uiterlijke kenmerken van een voortbrengsel’. Een GUI die *enkel* technisch bepaald is, kan ook niet beschermd worden (art. 3.2 lid 1 onder a BVIE). Om modelbescherming mogelijk te maken, moet het betreffende model nieuw zijn en een eigen karakter hebben. Aan de eis van nieuwheid kan veelal wel worden voldaan (de kans dat er iets vrijwel identiek op de markt is, is relatief gering), maar het voldoen aan de eis van ‘eigen karakter’ kan lastig zijn. De GUI moet vergeleken worden met het *Umfeld*, datgene wat al op de markt is. Veel apps hebben een standaard interface, die gebaseerd is op hetgeen al bekend is (bv. een indeling die overeenkomt met die van het besturingssysteem of een standaard vormgegeven lijst met resultaten). Dit maakt bescherming lastig. Daar staat wel tegenover, dat er – op basis van Europese jurisprudentie – altijd vergeleken moet worden met één specifiek model (het zogenaamde ‘mozaïeken’ is niet toegestaan).<sup>19</sup> Bovendien zou, in een qua design verzadigde markt als die van apps, wellicht eerder sprake kunnen zijn van een eigen karakter, omdat de geïnformeerde gebruiker meer gewend is te focussen op specifieke, afwijkende details.<sup>20</sup>

Bij een modeldepot moet goed worden bekeken wat het onderwerp van bescherming is. Door een te concreet design van een GUI te laten registreren, wordt de beschermingsomvang verduidelijkt, maar tegelijkertijd wordt die om-

vang minder groot. Immers, een afwijking op detailniveau zal dan sneller leiden tot een andere indruk bij de geïnformeerde gebruiker. Daarentegen zal een te algemeen depot minder gemakkelijk de toets van ‘eigen karakter’ doorstaan – en mogelijk zelfs niet voldoen aan de nieuwheidseis. Het is en blijft daarom balanceren om een optimaal depot te verrichten.

Het BBIE heeft geen richtsnoeren uitgevaardigd wat betreft modeldepots van GUI's, maar in de Convergence Manual van het European Trade Mark and Design Network staan wel handige richtlijnen die een deposant kunnen helpen bij het optimaliseren van een modelaanvraag. Door in het register bijvoorbeeld niet een enkele, maar een reeks afbeeldingen te plaatsen, die elkaar opvolgende of alternatieve posities van schermelementen weergeven, of een animatie bij te voegen, kan ook voor een ontwerp met dynamische aspecten de gewenste duidelijkheid worden verkregen.<sup>21</sup>

Het voordeel van modelrechtelijke bescherming in de snel veranderende wereld van de app, is dat de eerste drie jaren na publicatie een GUI ook ongeregistreerd Europese modelbescherming kan genieten als ‘niet-ingeschreven Gemeenschapsmodel’ op grond van art. 11 lid 1 Gemeenschapsmodellenverordening.<sup>22</sup> Dergelijke bescherming wordt van rechtswege genoten en biedt dus, in beginsel, kosteloze bescherming.<sup>23</sup>

## 5.2 Auteursrecht

Een andere mogelijke bescherming van een GUI vinden we in het auteursrecht. Net als bij de ongeregistreerde modelbescherming geldt hier dat de verkrijging van een recht van rechtswege geschiedt.

De juridische constructie is in dit geval echter in zekere mate complex. Om te beginnen wijzen wij op de Software-richtlijn. Deze expliciteert dat uitsluitend bescherming toekomt aan uitdrukkingwijzen van software, zoals de broncode (zie hierboven), de object code en het voorbereidend materiaal. In het BSA-arrest bepaalt het Hof van Justitie dan ook, dat een GUI – die niet zozeer als een uitdrukkingwijze, maar meer als een ‘effect’ (of serie effecten) van software kan worden beschouwd – niet onder de beschermingsomvang van de Software-richtlijn valt.<sup>24</sup> Hiermee lijkt, op het eerste gezicht, auteursrechtelijke bescherming van een GUI uitgesloten. Het Hof overweegt daarentegen wel, dat een GUI onder het ‘normale’ auteursrechtsregime bescherming kan genieten. Het is dus aan de nationale rechter om daar een oordeel over te vellen. Dat betekent, dat – aan de hand van het Europese criterium van een ‘eigen intellectu-

15 Overweging 10, Software-richtlijn.

16 Dit hoeft natuurlijk lang niet altijd het geval te zijn. Bepaalde interfaces zijn zodanig algemeen, dat, herkenning niet op zal gaan. Voorts zijn er ook andere aspecten van softwareprogramma's die herkenning kunnen oproepen, zoals gameplay, karakters in een spel en geluiden.

17 Bewegingen die toegepast worden binnen een GUI, zoals bijvoorbeeld het aantippen van opties of het vegen ('swipen') over het scherm, komen aan de orde in de volgende paragraaf.

18 European Trade Mark and Design Network, Convergence on graphic representation of designs – common communication, 15 mei 2018. Zie in dit kader tevens de gevoerde discussie in: Rechtbank Den Haag 24 augustus 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR5755 (*Apple/Samsung*).

19 HvJ EU 19 juni 2014, zaak C-345/13 (*Karen Millen*).

20 Gerecht EU 16 februari 2017, zaak T-828/14 en T-829/14 (*Antrax/Vasco*).

21 European Trade Mark and Design Network, Convergence on graphic representation of designs – common communication, 15 mei 2018, p. 5-7 en Example 21.

22 Verordening 2002/6/EG van de Raad van 12 december 2001 betreffende Gemeenschapsmodellen.

23 Afgezien van kosten die worden gemaakt voor versiebeheer en dergelijke ter ondersteuning van de bewijspositie uiteraard.

24 HvJ EU 22 december 2010, zaak C-393/10 (*BSA*), par. 35-38 en 42.

ele schepping van de auteur' (de Infopaq-norm, zie tevens art. 1 lid 3 Software Richtlijn<sup>25</sup>) en de nationale norm uit *Van Dale/Romme* (zie paragraaf 3) – moet worden gezien of een GUI als afzonderlijk 'werk' auteursrechtelijke bescherming geniet. Hoewel het misschien lijkt alsof het Europese Hof ons, door deze lastige afweging, met een kluitje in het riet stuurt, noemt het wel factoren die de beschermingsomvang bepalen: onder meer de schikking van de onderdelen van een GUI en de specifieke configuratie van alle onderdelen van de GUI. Deze handreiking is weliswaar relatief vaag, maar duidt er wel op dat de opbouw en indeling van een GUI van een app (mede) bepalend zijn.

Hoewel apps, als specifieke vorm van software, niet ruim vertegenwoordigd zijn in de jurisprudentie, lijkt de Nederlandse rechter deze criteria in soortgelijke zaken ter hand te hebben genomen. Onzes inziens kan bijvoorbeeld rechtspraak omtrent de layout van een website gebruikt worden om de bescherming van een GUI te duiden. Daaruit blijkt bijvoorbeeld dat de layout van 'verschillende schermen, tabellen en invulvelden', kleurgebruik, lettertypes, wijze van uitlijning, afbeelding en andere graphics een rol spelen,<sup>26</sup> evenals het gebruik van vlakverdeling, de plaats van bepaalde tekstblokken en de vormgeving van de boven- en onderzijde van een beeld.<sup>27</sup>

De grens van de bescherming ligt, net als werd uiteengezet ten aanzien van de broncode, in het eigen, oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel van de maker c.q. de eigen, intellectuele schepping. Nu veel GUI's bepaalde eigenschappen met elkaar gemeenschappelijk hebben (denk aan bepaalde uitklapmenu's of globale indeling), of deze eigenschappen in de branche gemeengoed zijn<sup>28</sup>, zal dit snel leiden tot verminderde beschermingsomvang. Ook moet in ogenschouw worden genomen, of bepaalde aspecten van een GUI functioneel<sup>29</sup> of didactisch<sup>30</sup> bepaald zijn, hetgeen eveneens kan leiden tot verminderde beschermingsomvang. Immers, het auteursrecht beschermt een creatieve prestatie, geen prestatie die door techniek of didactiek wordt gedictieerd.<sup>31</sup> Daarbij geldt uiteraard wel, dat een combinatie van op zichzelf onbeschermd elementen alsnog tot bescherming zou kunnen leiden – mits de combinatie dan aan de 'werk'-toets voldoet.<sup>32</sup> Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn, wanneer bijvoorbeeld een algemene structuur van een huizen-zoek-app gecombineerd wordt met het matching-principe van een dating app, met specifieke items afkomstig uit een gameplay GUI.

25 HvJ EG 16 juli 2009, zaak C-5/08 (*Infopaq I*).

26 Rechtbank Noord-Holland 5 november 2014, HA ZA 12-335 (*Complan/Qsinc*).

27 Rechtbank Utrecht 8 februari 2012, KG ZA 12-4 (*E2MA/Malacor*).

28 Rechtbank Overijssel 6 juni 2017, KG ZA 17-12 (succesvol); en Rechtbank 13 mei 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5598 (*eKidz*) (niet succesvol).

29 HR 16 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8940 (*Lancôme/Kecoja*).

30 Rechtbank Den Haag 9 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:13329 (*GEU/Snappet*).

31 Hierop rust dan immers niet het persoonlijk stempel van de maker, maar het stempel der techniek of didactiek.

32 Hoge Raad 22 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1529 (*Stokke/H3*).

### 5.3 Merkenrecht

Veel GUI's zijn zodanig herkenbaar, dat het publiek mogelijk de link kan leggen met een bepaalde onderneming. Een goed voorbeeld is de GUI van Apple, die door velen herkend worden als afkomstig van de Amerikaanse tech-gigant. Hetzelfde geldt voor het befaamde Start-menu uit Windows 95/98/2000/XP. Daarom kan de vraag worden gesteld of een GUI ook merkenrechtelijk kan worden beschermd. Met de invoering van het Trademark Reform Package, concreet de Uniemerkenrichtlijn<sup>33</sup>, in 2017 is de grens van hetgeen in aanmerking kan komen voor merkenrechtelijke bescherming verruimd. Nu, volgens overweging (10) van de Uniemerkenverordening<sup>34</sup> en overweging (13) van de Uniemerkenrichtlijn, wordt beoogd dat "een teken in elke passende vorm [moet] kunnen worden weergegeven met algemeen beschikbare technologie", is reeds een indicatie gegeven dat de Europese wetgever de bescherming voor digitale merken mogelijk heeft willen maken. Dit volgt ook uit art. 4 onder b Uniemerkenverordening, waarin wordt aangegeven dat Uniemerken moeten worden weergegeven op een wijze die de bevoegde autoriteiten en het publiek in staat stelt het voorwerp van de aan de houder ervan verleende bescherming duidelijk en nauwkeurig vast te stellen. De implementatie van de Uniemerkenrichtlijn dient op het moment van schrijven nog (deels) te worden doorgevoerd in het BVIE, maar dit zal dan dezelfde strekking hebben als de Uniemerkenrichtlijn.

Dit alles betekent, dat er meer mogelijk is op het gebied van merkregistraties. Hoewel met het in het 'oude' merksysteem gehanteerde vereiste van grafische representatie een GUI op zichzelf te registreren viel, is dat met het 'nieuwe' systeem toch wat eenvoudiger geworden. Zo zou een bepaalde werking van een GUI tegenwoordig middels een multimedia-animatie kunnen worden gedeponereerd – waarbij niet alleen strikt visuele aspecten een rol hoeven te spelen.

Er is echter wel een aantal aspecten dat de merkenrechtelijke bescherming van een GUI bemoeilijkt. Laten we voorop stellen dat onzes inziens, als de juridische context wordt weggelaten, bepaalde GUI's gevoelsmatig wel als merk zouden kunnen fungeren. Bij het aanschouwen van een 'homepage' bij het opstarten van een Android-systeem of bij het bekijken van de Funda-huizenapp is het goed denkbaar dat gebruikers een relatie leggen met een bepaalde onderneming. Een GUI kan in principe dus een onderscheidingsteken zijn. Daar staat tegenover, dat er wel vraagtekens kunnen worden gezet bij de functionaliteit en het onderscheidend vermogen. Op basis van vaste Europese rechtspraak is het merkenrecht niet bedoeld om een monopolie op technische of functionele oplossingen te verkrij-

33 Richtlijn (EU) 2015/2436 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2015 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten. En, uiteraard, de Uniemerkenverordening (zie verderop).

34 Verordening (EU) 2017/1001 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 inzake het Uniemerken.

gen.<sup>35</sup> Daarom zal een GUI die op louter didactische wijze is ingestoken (bijvoorbeeld in het geval van de GUI van een onderwijs-app) of op ergonomische wijze is ingekleed (bijvoorbeeld bij een app voor slechtzienden), wellicht de absolute toets niet doorstaan. Daarnaast is het de vraag of een GUI niet te complex is om als merk te worden beschouwd.<sup>36</sup> Een eenvoudige GUI zou die specifieke toets dan wel weer kunnen doorstaan. De keerzijde daarvan is natuurlijk weer het onderscheidend vermogen: het kan dan te simpel, te banaal zijn en zich niet voldoende onderscheiden. Wat betreft inburgering speelt ook een ander aspect een rol. Om een GUI te kunnen beschouwen als 'ingeburgerd', zal vereist zijn langdurig, intensief gebruik aan te tonen. Maar, we weten dat de GUI van apps snel wisselt. Elke paar maanden wordt wel een update doorgevoerd, waardoor een en ander er net iets anders uitziet. Het is kwetsief of de inburgering van de latere versie kan bijdragen aan de inburgering van de eerdere versie waarvoor depot is aangevraagd. Ook hier is en blijft het dus balanceren. Desalniettemin is het ons inziens interessant om, als extra beschermingsmaatregel, een poging te wagen om (aspecten van) een GUI merkenrechtelijk te beschermen. Het grote voordeel daarvan is immers dat een merkenrecht een – in beginsel – eeuwigdurend monopolie kan opleveren (mits het niet vervallen wordt verklaard wegens bijvoorbeeld non-usus of een gebrek aan onderscheidend vermogen). Met name is dit interessant voor specifieke kernelementen van een GUI, waarvan de ontwikkelaar verwacht dat hij deze gedurende vele jaren zal kunnen blijven gebruiken.

## 6. Onderdeel (iii): bescherming van bewegingen en transities

Bij een app speelt beweging een grote rol. Het gaat dan niet alleen om het verrichten van bepaalde handelingen door de gebruiker (bijvoorbeeld om een apparaat te 'unlocken'), maar ook om in de app ingebouwde transities, bijvoorbeeld om van het ene scherm naar het andere te wisselen. Een transitie kan bijvoorbeeld het uitklappen van een menu zijn (zoals het Start-menu in het klassieke Windows), maar ook de overgang naar een nieuw scherm na het ingeven van een opdracht (bijvoorbeeld een lijst met potentiële droomauto's na het ingeven van zoekcriteria). Hoewel bewegingen en transities sterk samenhangen met GUI's, leek het ons nuttig om deze toch gescheiden van elkaar te behandelen. Immers: een GUI als geheel zal door een ontwikkelaar snel worden ge-update, terwijl bepaalde transities wellicht een langere economische levensduur kennen.

### 6.1 Auteursrecht

Een transitie zou, in beginsel, als audiovisueel werk gezien kunnen worden in de zin van art. 1 Aw jo. art. 10 Aw. Er is helaas naar ons weten geen Nederlandse rechtspraak be-

schikbaar die daarover uitsluitsel geeft. Hoe dan ook: hier gelden wederom de vereisten, die wij in het bovenstaande al uiteen hebben gezet. Het is zeer de vraag of een simpele transitie de toets van 'eigen, oorspronkelijk karakter' en 'persoonlijk stempel van de maker' kan doorstaan. Een meer complexe transitie zou die toets wel kunnen halen. Een en ander staat of valt met het unieke karakter van de beweging of transitie.

### 6.2 Modellenrecht

Het modellenrecht lijkt de meest geschikte optie om voor de uiterlijke verschijningsvorm van een bepaalde beweging (met resultaat) of een transitie bescherming te verkrijgen. Het European Intellectual Property Office (EU IPO) geeft hiervoor ook handreikingen. Het BBIE stelt daarentegen geen toelichtingen in deze richting ter beschikking. In de eerdergenoemde EUTMDN Convergence Manual wordt aangegeven, dat (net als bij een GUI) een 'diashow' of een serie 'alternatieve posities' behulpzaam kunnen zijn om een bepaalde transitie te duiden. Ook het uploaden van een bepaalde animatie (zoals een GIF-bestand waarin een bepaalde transitie wordt weergegeven) kan een geschikt middel zijn. Daarnaast kan met een meervoudig modeldepot worden gewerkt, waarin de diverse situaties ('voor en na') worden getoond. Een beschrijving van de transitie zou daarnaast verheldering kunnen bieden.

### 6.3 Merkenrecht

Sinds de invoering van het Trademark Reform Package is, zoals hiervoor al aangegeven, de mogelijkheid om non-conventionele merken te registreren, vergroot. Het register van het BBIE is er op het moment van schrijven nog niet op ingesteld om dergelijke merken te herbergen, maar hier wordt verandering in gebracht. Het EU IPO voorziet, in principe, al wel in dergelijke mogelijkheden, aangezien bewegingsmerken reeds geregistreerd kunnen worden. Uit de EU IPO Guidelines for Examination<sup>37</sup> volgt dat ook hier wordt aangeraden een diashow of digitale animatie in te voegen bij de merkaanvraag. Daarnaast wordt een beschrijving aanbevolen. Het onderscheidend vermogen speelt, net als bij de GUI als geheel, ook hier een essentiële rol. Immers, een simpele transitie van het ene scherm naar het andere, zou deze toets wellicht niet kunnen halen. Het is ons inziens kwetsief of het relevant publiek een bepaalde transitie in beginsel opvat als merk (zoals bv. bij een vormmerk het geval is)<sup>38</sup> – hoewel het publiek steeds meer gewoon raakt aan dit soort kenmerken van apps en die ook weet te koppelen aan een bepaalde onderneming (bv. het dubbelklikken op een pictogram in Windows om een map of programma te openen). Daarnaast zullen banale transities hoogstwaarschijnlijk onderscheidend vermogen missen, maar kunnen complexe transities juist weer te complex zijn als merk en

35 HvJ EU 14 september 2010, zaak C-48/09 (*Lego/Mega Brands*); en HvJ EG 18 juni 2002, zaak C-299/99 (*Philips/Remington*).

36 Beslissing Beneluxbureau voor de Intellectuele Eigendom 26 november 2015 m.b.t. Nachtwacht-depot (BX depot 1320813).

37 Zie: <https://euipo.europa.eu/ohimportal/nl/trade-mark-guidelines>.

38 Met betrekking tot vormmerken wordt immers niet voor niets de eis gesteld dat het op "significante wijze [af moet wijken] van de norm of van wat in de betrokken sector gangbaar is", zie HvJ EG 12 februari 2004, zaak C-218/01 (*Henkel*).

een zekere functionaliteit herbergen die aan (omvangrijke) merkbescherming in de weg staat.

## 7. Onderdeel (iv): bescherming van logo's, pictogrammen en lettertypes

Logo's, pictogrammen en lettertypes zijn geen elementen die alleen voor apps een rol spelen. Immers, in de *offline* wereld bestaan deze fenomenen reeds jaren. Ook in de digitale wereld komen logo's, pictogrammen en lettertypes overal voor. Bescherming hiervan is dan ook relatief eenduidig. Wij zullen dit daarom slechts kort aanstippen.

### 7.1 Auteursrecht

Logo's en pictogrammen kunnen auteursrechtelijke bescherming genieten ex art. 1 Aw jo. art. 10 Aw. Het spreekt voor zich dat wederom moet zijn voldaan aan de vereisten die wij hierboven al vermeld hebben. Simpele logo's en pictogrammen, zoals een afbeelding van een abstract huisje als 'Home' pictogram, zullen deze toets waarschijnlijk niet kunnen doorstaan. Deze missen dan mogelijk een eigen, oorspronkelijk karakter of zijn te eenvoudig om een persoonlijk stempel van de maker te dragen (ex art. 1 Aw jo. art. 10 Aw). Immers, de mogelijkheden voor de maker om zijn creatieve bekwaamheden uit te oefenen zullen dan vaak te beperkt zijn.<sup>39</sup> Lettertypes genieten expliciet bescherming onder het auteursrecht, zie art. 1 Aw jo. art. 10 Aw.

### 7.2 Modellenrecht

Ook het modellenrecht biedt soelaas. Immers, artikel 3.1 lid 4 BVIE voorziet in expliciete bescherming voor grafische symbolen en typografische lettertypen. Dat bepaalde pictogrammen hieronder vallen, lijkt in beginsel eveneens mogelijk.

### 7.3 Merkenrecht

Dat logo's en pictogrammen gebruikt in een app, merkenrechtelijke bescherming kunnen genieten, spreekt feitelijk voor zich. De regels die in de analoge wereld gelden, vinden ook hun toepassing in de digitale wereld. Wel merken wij op, dat – net als in feite ten aanzien van het auteursrecht – bepaalde logo's of pictogrammen onderscheidend vermogen kunnen missen, omdat ze te simpel zijn vormgegeven en daardoor niet als herkomstaanduiding worden opgevat door het relevant publiek. Daarnaast kan een logo of pictogram mogelijk alleen beschrijvend zijn (denk aan het aloude Windows 'Start' logo, in een simpel grijs vlak, voordat het ingeburgerd was). Ook spelen issues als non-usus een rol, wegens de snelheid waarmee logo's en pictogrammen een opvolger kunnen krijgen. De niet-gebruikte merken zijn dan, na vijf jaar, vatbaar voor vervallenverklaring. Een pictogram of logo zal dus gebruikt moeten worden zoals in de inschrijving – of in beperkt gewijzigde vorm

onder voorwaarde dat het onderscheidend vermogen niet wijzigt.<sup>40</sup>

## 8. Afsluitende opmerkingen

Binnen de wereld van apps zijn er diverse mogelijkheden om te voorzien in IE-rechtelijke bescherming. Door het afzonderlijk beschouwen van elementen van een app, is bekeken welke mogelijkheden een app-ontwikkelaar ter beschikking staan.

Wanneer het gaat om de bescherming van de broncode, is het auteursrecht in de meeste gevallen de beste optie. Hoewel het auteursrecht op een originele broncode 'automatisch' wordt verkregen, is wel van belang om te zorgen voor een adequaat versiebeheer, waarbij de bewijspositie kan worden verstevigd door de code bijvoorbeeld te deponeren bij een notaris of bij het BBIE.

Voor de bescherming van een GUI bieden naast het auteursrecht ook het modellenrecht en – met de invoering van het Trademark Reform Package – ook het merkenrecht mogelijkheden. Hoewel een merkenrechtelijk depot mogelijk wat hoofdbreken kan kosten, biedt de in beginsel onbeperkte geldigheidsduur ervan een in bepaalde gevallen wellicht doorslaggevend voordeel.

Voor de bescherming van bewegingen en transities die onderdeel uitmaken van een app biedt het modellenrecht waarschijnlijk de beste mogelijkheden. Door bij het depot gebruik te maken van bijvoorbeeld animaties kan duidelijkheid met betrekking tot de beoogde bescherming worden verkregen. Het merkenrecht vormt, net als bij GUI's, in bepaalde gevallen wellicht een zinvol alternatief beschermingsregime.

Voor logo's, pictogrammen en lettertypen geldt, net als bij GUI's, dat zowel het auteursrecht, het modellenrecht als het merkenrecht mogelijkheden bieden. Al te simpele kenmerken voldoen mogelijk niet aan de criteria voor een beschermd 'werk' (auteursrecht) c.q. missen voldoende onderscheidend vermogen (merkenrecht). Het modellenrecht voorziet expliciet in bescherming van lettertypen en grafische symbolen, en daarmee vrijwel zeker ook van bijvoorbeeld pictogrammen.

Door het op tactische wijze inzetten van IE-rechten voor bepaalde onderdelen, kan een aanzienlijke mate van bescherming worden verkregen. Wellicht lukt het niet voor een GUI in zijn geheel, maar kan toch via afzonderlijke onderdelen ervan voldoende bescherming worden verkregen om een concurrent op afstand te houden. Bovendien biedt een IE-registratie, ongeacht wat de beschermingsomvang hiervan is, een voordeel, zo leert de praktijk; een derde zal in dergelijke gevallen toch eerder geneigd zijn enige afstand

<sup>39</sup> HvJ EG 1 december 2001, zaak C-145/10 (*Painer*).

<sup>40</sup> Hierop is de bekende *Specsavers*-doctrine van toepassing: HvJ EU 18 juli 2013, zaak C-252/12 (*Specsavers*).

te houden. Als een GUI specifieke vormen omvat, kan worden overwogen om juist deze te registreren. Wanneer van de beschikbare mogelijkheden gebruik wordt gemaakt, zijn er ook in de digitale wereld voor bedrijven voldoende mogelijkheden om de zorgvuldig opgebouwde identiteit en waardebestanddelen te beschermen. Gezien de betrekkelijke nieuwheid van apps, althans in de ogen van juristen, zal toch de tijd nog moeten leren welke keuzes daarbij het beste gemaakt kunnen worden.