

Hoge Raad, 8 februari 2002, GEC v Controls**GESCHRIFTENBESCHERMING****Geschrift dient bestemd te zijn voor openbaarmaking**

- [dat aan geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter slechts auteursrechtelijke bescherming toekomt indien zij zijn openbaar gemaakt of zijn bestemd om openbaar gemaakt te worden](#)

Onderdeel 1 klaagt - onder verwijzing naar het hiervoor genoemde arrest van de [Hoge Raad van 25 juni 1965, nr. 9843, NJ 1966, 116](#) - dat het Hof, door in rov. 6 van zijn eindarrest te overwegen als hiervoor onder 3.3 is vermeld, heeft miskend dat auteursrecht op geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter blijkens de parlementaire geschiedenis in de wet is opgenomen in aansluiting aan het onder de vroegere wetgeving bestaande copy-recht, dat tegen het nadrukken van drukwerken bescherming verleende; dat uit die geschiedenis kan worden afgeleid dat de strekking van het auteursrecht te dezen is om uitsluitend aan de maker van het geschrift het voordeel van het openbaar maken ervan te doen toekomen en dat in overeenstemming hiermee valt aan te nemen dat de wet op geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter slechts dan auteursrecht verleent, indien zij zijn openbaar gemaakt of zijn bestemd om openbaar gemaakt te worden. Het onderdeel is gegrond. De Hoge Raad ziet in de rechtsonwikkeling sedert 1965, in welke periode op het terrein van de "geschriftenbescherming" afzonderlijke wettelijke regelingen zijn getroffen voor achtereenvolgens computerprogramma's en databanken, geen grond terug te komen van zijn in voormeld arrest gegeven oordeel dat aan geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter slechts auteursrechtelijke bescherming toekomt indien zij zijn openbaar gemaakt of zijn bestemd om openbaar gemaakt te worden.

- [De beperkte mate waarin en voorwaarden waaronder tekeningen ter beschikking van derden werden gesteld, kan niet gelden als openbaarmaking](#)

Een ander geschrift als bedoeld in art. 10 lid 1 onder 1e Auteurswet 1912 kan slechts dan gelden als openbaar gemaakt of bestemd om openbaar gemaakt te worden zoals bedoeld in het arrest van 25 juni 1965 indien het op enigerlei wijze ter beschikking van het publiek is gesteld. Dit in aanmerking genomen heeft het Hof terecht geoordeeld dat, gelet op de mate waarin en de voorwaarde waaronder GEC c.s. haar tekeningen ter beschikking van derden stelden zoals omschreven in rov. 6 van het Hof, de tekeningen van GEC c.s. niet konden gelden als openbaar gemaakt en evenmin als bestemd om openbaar gemaakt te worden.

Vindplaatsen: LJN: [AD6093](#); NJ 2002, 515; BIE 2004, nr. 5, m.nt. Quaedvlieg; IER 2002, nr. 17, m.nt. Grosheide

Hoge Raad, 8 februari 2002

(R. Herrmann, J.B. Fleers, A.G. Pos, P.C. Kop en E.J. Numann)

Uitspraak

8 februari 2002

Eerste Kamer

Nr. C00/109HR

SB

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

1. E.P. CONTROLS B.V., gevestigd te Nieuw Roden,
2. [Eiser 2], wonende te [woonplaats], EISERS tot cassatie, voorwaardelijk incidenteel verweerders,

advocaat: mr. T. Cohen Jehoram,

t e g e n

1. REGULATEURS EUROPA B.V., voorheen genaamd GEC ALSTHOM REGULATEURS EUROPE B.V., gevestigd te Roden,
2. MAN B&W DIESEL Ltd, voorheen genaamd GEC ALSTHOM REGULATEURS EUROPE LIMITED, gevestigd te Colchester, Essex, Groot-Brittannië, VERWEERSTERS in cassatie, voorwaardelijk incidenteel eiseressen,

advocaat: mr. R.S. Meijer.

1. Het geding in feitelijke instanties

Verweersters in cassatie - verder te noemen: GEC c.s. - hebben bij exploit van 22 december 1995 eisers tot cassatie - verder te noemen: Controls c.s. en [eiser 2] en tezamen ook Controls c.s. - gedagvaard voor de Rechtbank te Assen. Na vermeerdering van eis hebben zij gevorderd dat de Rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad en op de minuut:

1. Controls en [eiser 2] ieder voor zich zal bevelen direct na betekening van het te dezen te wijzen vonnis het aanbieden, dan wel het anderszins verveelvoudigen en/of openbaar maken van ontwerptekeningen die inbreuk maken op de auteursrechten van GEC c.s., dan wel waarvan de openbaarmaking anderszins onrechtmatig is jegens GEC c.s., en ieder onrechtmatig concurreren, waaronder - maar niet beperkt tot - het benaderen van handelsrelaties van GEC c.s. voor werkzaamheden die ook door GEC c.s. kunnen worden uitgevoerd, te staken en gestaakt te houden;
2. Controls en [eiser 2] ieder voor zich zal bevelen direct na betekening van het te dezen te wijzen vonnis de bij Controls en [eiser 2] nog aanwezige ontwerptekeningen die letterlijke kopieën zijn van, dan wel aanpassingen in gewijzigde vorm van de ontwerptekeningen van GEC c.s., aan de advocaat van GEC c.s. af te geven;
3. Controls en [eiser 2] zal bevelen binnen 7 dagen na betekening van het te dezen te wijzen vonnis de advocaat van GEC c.s. schriftelijk en gedetailleerd opgave te doen:

aan wie Controls en [eiser 2] in binnen- en buitenland de litigieuze ontwerptekeningen hebben aangeboden en/of geleverd met beschrijving van de aldus aangeboden en/of geleverde ontwerptekeningen en met opgave van volledige naam en adres van de afnemers;

aan wie Controls en [eiser 2] in binnen- en buitenland hun diensten hebben aangeboden, voor zover deze diensten in concurrentie staan met, dan wel uitgevoerd kunnen worden door GEC c.s. met opgave van volledige naam en adres, inhoud van de offerte en de eventueel daaruit voortgevloeide overeenkomst;

4. Controls en [eiser 2] zal bevelen binnen 7 dagen na betekening van het te dezen te wijzen vonnis de advocaat van GEC c.s. een door een accountant geaccordeerde opgave te doen van netto- en brutowinst die Controls en [eiser 2] door gebruikmaking van de ontwerptekeningen van GEC c.s., al dan niet in gewijzigde vorm, evenals door onrechtmatig met GEC c.s. te concurreren, hebben genoten en de omzet daarmee behaald;

5. Controls en [eiser 2] ieder voor zich zal veroordelen aan GEC c.s. ten titel van dwangsom te beta-len een bedrag van € 10.000,- (zegge: tienduizend Nederlandse gulden) per overtreding van een van de hierboven sub 1. tot, en met 4. genoemde bevelen, dan wel, naar keuze van GEC c.s. voor iedere dag - een gedeelte van een dag daaronder begrepen - dat een van hen in strijd met enig bovengenoemd bevel handelt;

6. Controls en [eiser 2] ieder voor zich, des dat de een betalend de ander bevrijd zal zijn, zal veroordelen om aan GEC c.s. te vergoeden de door GEC c.s. voorafgaand aan het geding gemaakte kosten van rechtsbijstand, voorlopig begroot op een bedrag van € 15.000,- (zegge: vijftienduizend Nederlandse gulden), althans op een door de Rechtbank vast te stellen bedrag, te betalen binnen 14 dagen na betekening van het te dezen te wijzen vonnis;

7. Controls en [eiser 2] ieder voor zich, des dat de een betalend de ander bevrijd zal zijn, zal veroordelen om de schade nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, die GEC c.s. hebben geleden en lijden als gevolg van het in het lichaam van de dagvaarding, en als gevolg van het in de akte houdende vermeerdere van eis, omschreven onrechtmatig handelen te vergoeden, evenals de daarmee genoten winst af te dragen.

8. Controls en [eiser 2] zal veroordelen in de kosten van dit geding met inbegrip van de kosten van het op 12 december 1995 gelegde beslag.

Controls en [eiser 2] hebben de vorderingen bestreden. De Rechtbank heeft bij tussenvonnis van 17 juni 1997 GEC c.s. bewijs opgedragen.

Tegen dit vonnis hebben GEC c.s. hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te Leeuwarden.

Na een tussenarrest 18 november 1998 heeft het Hof bij eindarrest van 13 oktober 1999 het vonnis van de Rechtbank vernietigd, opnieuw rechtdoende Controls en [eiser 2] toegelaten tot het onder rov. 4 van zijn arrest bedoelde tegenbewijs en de zaak ter verdere behandeling en beslissing naar de Rechtbank te Assen verwezen.

Het eindarrest van het Hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het eindarrest van het Hof hebben Controls en [eiser 2] beroep in cassatie ingesteld. GEC c.s. hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. De

cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord met voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor Controls en [eiser 2] toegelicht door hun advocaat alsmede door mr. M. de Cock Buning, advocaat bij de Hoge Raad en voor GEC c.s. door hun advocaat alsmede door mr. L.M. Schreuders-Ebbekink, eveneens advocaat bij de Hoge Raad.

De conclusie van de Advocaat-Generaal F.F. Langemeijer strekt tot vernietiging van het bestreden arrest op het principaal cassatieberoep, tot verwijzing van de zaak naar een ander gerechtshof en voorts tot verwerping van het incidenteel cassatieberoep.

3. Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van het volgende.

(i) GEC c.s. houden zich onder meer bezig met het ontwerpen, de productie en de distributie van (onderdelen van) reguleurs.

(ii) [Eiser 2] is in 1981 in dienst getreden bij GEC B.V., thans geheten Reguleurs Europa B.V. Van 1 maart 1992 tot 16 augustus 1995 was hij daar statutair directeur, nadien sales manager. In september 1995 is [eiser 2] arbeidsongeschikt geraakt en op 15 december 1995 is de dienstbetrekking met onmiddellijke ingang beëindigd.

(iii) Op 10 augustus 1994 is Controls opgericht. Volgens de inschrijving in het handelsregister houdt zij zich bezig met "de ontwikkeling, productie, im- en export, (groot)handel, reparatie en serviceverlening van industriële produkten". Controls is gevestigd op het adres van [eiser 2]. Diens echtgenote is haar statutair directeur.

(iv) In de periode van juni tot november 1995 heeft [eiser 2] offertes aangevraagd voor de productie van onderdelen van reguleurs.

(v) Vanaf 1993 hebben GEC c.s. meermalen contact gehad met hun handelsrelatie APE Belliss India Ltd. over de verwerving van een order. In dat kader heeft [eiser 2] in maart 1994 een bezoek gebracht aan Belliss. Terwijl hij nog in dienst was bij GEC B.V. heeft hij contact gehad met Belliss over het eventueel gunnen van de order aan Controls.

(vi) Op 12 december 1995 hebben GEC c.s. conservatoir beslag tot afgifte en beslag op grond van art. 28 Auteurswet 1912 laten leggen onder Controls c.s., onder meer op diverse tekeningen.

3.2 Aan hun hiervoor onder 1 vermelde vorderingen hebben GEC c.s. ten grondslag gelegd, kort samengevat en voorzover in cassatie van belang, dat Controls c.s. aan verschillende ondernemingen werktekeningen hebben aangeboden die letterlijke kopieën zijn van tekeningen van GEC c.s. alsook werktekeningen die op ondergeschikte punten aanpassingen bevatten ten opzichte van tekeningen van GEC c.s., en dat Controls c.s. door aldus te handelen inbreuk hebben gemaakt op het auteursrecht van GEC c.s. op haar tekeningen.

De Rechtbank was van oordeel dat de tekeningen van GEC c.s. geen auteursrechtelijke bescherming toekwam en dat, anders dan GEC c.s. gesteld hadden, die teke-

ningen ook geen geheime know-how bevatten. Zij droeg GEC c.s. op - in verband met het betoog van GEC c.s. dat Controls c.s. zich ten opzichte van haar hebben schuldig gemaakt aan oneerlijke concurrentie, alsmede dat [eiser 2] wanprestatie jegens GEC B.V. heeft gepleegd, door offertes te doen aan handelsrelaties van GEC c.s. - te bewijzen dat door het handelen van [eiser 2] de order van Belliss aan hen niet is doorgegaan.

3.3 In hoger beroep heeft het Hof voorshands aangenomen dat GEC c.s. door het handelen van Controls c.s. de order van Belliss hebben gemist, en heeft het Controls c.s. op dit punt toegelaten tot tegenbewijs. Daarnaast heeft het Hof geoordeeld dat Controls c.s. onrechtmatig hebben gehandeld door werktekeningen van GEC c.s. met specifieke know-how aan derden aan te bieden en op die manier GEC c.s. te beconcurreren, waarbij het handelen van [eiser 2] tevens wanprestatie oplevert.

Ten aanzien van de in grief V door GEC c.s. aan de orde gestelde vraag of aan haar werktekeningen, waarop aandrijfassen en uitgaande assen van regulatoren zijn getekend, auteursrechtelijke bescherming toekomt, heeft het Hof - na te hebben geoordeeld dat deze tekeningen niet een eigen origineel karakter hebben en niet het persoonlijk stempel van de maker dragen - in rov. 6 van zijn eindarrest het volgende overwogen:

"Naar het oordeel van het hof zijn de tekeningen wel aan te merken als "andere geschriften" als bedoeld in artikel 10 lid 1 onder 1 van de Auteurswet 1912 en komt daaraan auteursrechtelijke bescherming toe, zij het met zekere beperkingen.

Daaraan doet niet af dat de tekeningen niet openbaar zijn gemaakt en evenmin bestemd zijn om openbaar te worden gemaakt, een voorwaarde genoemd in het arrest (HR 25 juni 1965, NJ 1966, 116). Het is in overeenstemming met de ratio van het auteursrecht ten aanzien van geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter zoals verwoord door de Hoge Raad in genoemd arrest dat in een geval als het onderhavige, waarin GEC B.V. tekeningen slechts aan bepaalde bedrijven onder de verplichting tot geheimhouding ter beschikking stelt, uitsluitend aan GEC B.V./G.E.C. c.s., als degene(n) die op schrift stelt/stellen, het voordeel van het exploiteren in auteursrechtelijke zin toekomt."

Het Hof heeft vervolgens geoordeeld dat ten aanzien van een drietal door GEC c.s. bij memorie van grieven overgelegde tekeningen (producties 19a, 19b en 19c) sprake is van inbreuk op de in rov. 6 aan de orde zijnde "geschriftenbescherming".

4. Beoordeling van het middel in het principale beroep

4.1 Onderdeel 1 klaagt - onder verwijzing naar het hiervoor genoemde arrest van de [Hoge Raad van 25 juni 1965, nr. 9843, NJ 1966, 116](#) - dat het Hof, door in rov. 6 van zijn eindarrest te overwegen als hiervoor onder 3.3 is vermeld, heeft miskend dat auteursrecht op geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter blijkens de parlementaire geschiedenis in de wet is opgenomen in aansluiting aan het onder de vroegere wetgeving bestaande copy-recht, dat tegen het nadruk-

ken van drukwerken bescherming verleende; dat uit die geschiedenis kan worden afgeleid dat de strekking van het auteursrecht te dezen is om uitsluitend aan de maker van het geschrift het voordeel van het openbaar maken ervan te doen toekomen en dat in overeenstemming hiermee valt aan te nemen dat de wet op geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter slechts dan auteursrecht verleent, indien zij zijn openbaar gemaakt of zijn bestemd om openbaar gemaakt te worden.

4.2 Het onderdeel is gegrond. De Hoge Raad ziet in de rechtsontwikkeling sedert 1965, in welke periode op het terrein van de "geschriftenbescherming" afzonderlijke wettelijke regelingen zijn getroffen voor achtereenvolgens computerprogramma's en databanken, geen grond terug te komen van zijn in voormeld arrest gegeven oordeel dat aan geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter slechts auteursrechtelijke bescherming toekomt indien zij zijn openbaar gemaakt of zijn bestemd om openbaar gemaakt te worden.

4.3 De overige onderdelen van het middel behoeven geen bespreking.

5. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

5.1 Het middel keert zich tegen het oordeel van het Hof dat de werktekeningen van GEC c.s. waarover het in deze zaak gaat niet openbaar zijn gemaakt en evenmin bestemd zijn om openbaar te worden gemaakt zoals bedoeld in eerdergenoemd arrest van 25 juni 1965.

5.2 Het middel klaagt primair dat dit oordeel blijk geeft van een onjuiste opvatting omtrent voormeld begrip "openbaar maken", althans ontoereikend is gemotiveerd. Naar het middel betoogt, is ook het slechts aan bepaalde bedrijven (vaste toeleveranciers) onder de verplichting tot geheimhouding ter beschikking stellen van tekeningen, zoals GEC c.s. gedaan hebben, aan te merken als openbaarmaking in voormelde zin.

5.3 De rechtsklacht faalt. Een ander geschrift als bedoeld in art. 10 lid 1 onder 1e Auteurswet 1912 kan slechts dan gelden als openbaar gemaakt of bestemd om openbaar gemaakt te worden zoals bedoeld in het arrest van 25 juni 1965 indien het op enigerlei wijze ter beschikking van het publiek is gesteld. Dit in aanmerking genomen heeft het Hof terecht geoordeeld dat, gelet op de mate waarin en de voorwaarde waaronder GEC c.s. haar tekeningen ter beschikking van derden stelden zoals omschreven in rov. 6 van het Hof, de tekeningen van GEC c.s. niet konden gelden als openbaar gemaakt en evenmin als bestemd om openbaar gemaakt te worden. De motiveringsklacht kan niet tot cassatie leiden, nu deze zich richt tegen een rechtsoordeel.

5.4 De subsidiaire klacht van het middel komt erop neer dat het Hof in strijd met de eisen van een goede procesorde heeft nagelaten om, alvorens te oordelen dat aan de in voormeld arrest genoemde "openbaarmakings"-voorwaarde niet was voldaan, partijen in de gelegenheid te stellen hun stellingen op dit punt aan te vullen en desgeraden daaromtrent bewijs bij te brengen. Ook deze klacht faalt. Van schending van de eisen van een goede procesorde is jegens GEC c.s. geen sprake omdat het Hof zijn zo-even genoemde oordeel immers

heeft gegrond op door GEC c.s. zelf in dat verband gestelde feiten.

6. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

vernietigt het arrest van het Gerechtshof te Leeuwarden van 13 oktober 1999;

verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar het Gerechtshof te Arnhem;

veroordeelt GEC c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Controls c.s. begroot op € 334,62 aan verschotten en € 1.590,-- voor salaris;

in het incidentele beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt GEC c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Controls c.s. begroot op € 68,07 aan verschotten en € 1.365,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president R. Herrmann als voorzitter en de raadsheren J.B. Fleers, A.G. Pos, P.C. Kop en E.J. Numann, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer A. Hammerstein op 8 februari 2002.

Conclusie Advocaat-Generaal Langemeijer

In dit geschil wordt de vraag voorgelegd, welke eisen gesteld mogen worden voor de bescherming van "andere geschriften" in de zin van art. 10, eerste lid onder 1?, Auteurswet 1912.

1. De feiten en het procesverloop

1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten(1):

1.1.1. GEC Alstom Regulateurs Europa Ltd. en haar Nederlandse dochteronderneming, thans verweersters in cassatie en in navolging van de gedingstukken verkort aan te duiden als GEC c.s.(2), houden zich onder meer bezig met het ontwerpen, de productie en de distributie van reguleurs.

1.1.2. [Eiser 2], thans mede eiser tot cassatie, is in 1981 bij GEC B.V. in dienst getreden. Van 1 maart 1992 tot 16 augustus 1995 heeft hij de functie van statutair directeur vervuld, sedert 16 augustus 1995 die van "sales manager". Medio september 1995 is [eiser 2] arbeidsongeschikt geraakt en op 15 december 1995 is de dienstbetrekking tussen GEC B.V. en [eiser 2] met onmiddellijke ingang beëindigd.

1.1.3. Op 10 augustus 1994 is E.P. Controls B.V., thans mede eiseres tot cassatie, opgericht. Volgens de inschrijving in het handelsregister houdt zij zich bezig met de ontwikkeling, productie, im- en export, (groot)handel, reparatie en serviceverlening van industriële producten. E.P. Controls is gevestigd op het privé-adres van [eiser 2]; de echtgenote van [eiser 2] is haar statutair directeur.

1.1.4. In de periode van juni 1995 tot november 1995 heeft [eiser 2] bij diverse machinefabrieken offertes aangevraagd voor de productie van onderdelen.

1.1.5. Vanaf 1993 hebben GEC c.s. meermalen contact gehad met hun handelsrelatie APE Belliss India Ltd. over een eventuele order. [Eiser 2] heeft in dat kader in maart 1994 een bezoek gebracht aan Belliss. [Eiser 2] heeft, terwijl hij nog bij GEC B.V. in dienst was, contact gehad met Belliss over het eventueel gunnen van de order aan E.P. Controls.

1.2. GEC c.s. hebben [eiser 2] en E.P. Controls op 22 december 1995 gedagvaard voor de rechtbank te Assen. Aan hun vordering hebben zij in de eerste plaats ten grondslag gelegd dat [eiser 2] onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld, althans in strijd met zijn verplichtingen ingevolge de arbeidsovereenkomst, door aanbiedingen te doen aan een of meer handelsrelaties van GEC c.s. en hen op een oneerlijke wijze te concurreren. E.P. Controls heeft willens en wetens geprofiteerd van de onrechtmatige daad of wanprestatie van [eiser 2] en op die grond zelf onrechtmatig gehandeld jegens GEC c.s. Deze grondslag van de vordering is in cassatie niet aan de orde. GEC c.s. hebben daarnaast een tweede grondslag aan hun vorderingen gegeven. Zij hebben aangevoerd dat [eiser 2], toen hij de bovengenoemde offertes aanvroeg, ontwerptekeningen(3) heeft meegezonden welke sterke gelijkenis vertonen met tekeningen die aan GEC c.s. toebehoren. GEC c.s. hebben op 12 december 1995 conservatoir beslag onder gedaagden laten leggen. Onder de bij gedaagden inbeslaggenomen goederen bevonden zich werktekeningen met de naam "Regulateurs Europa B.V.", en werktekeningen, op papier van E.P. Controls geplakt, die gelijken op werktekeningen van GEC c.s. GEC c.s. hebben zich beroepen op het auteursrecht t.a.v. deze tekeningen en stellen dat [eiser 2] en/of E.P. Controls op dit auteursrecht inbreuk maken. Bovendien gaat het volgens GEC c.s. om vertrouwelijke bedrijfsgegevens die [eiser 2] niet had mogen meenemen en die [eiser 2] en E.P. Controls niet hadden mogen verveelvoudigen en bekend maken.

1.3. GEC c.s. hebben gevorderd dat aan [eiser 2] en E.P. Controls wordt bevolen zich met onmiddellijke ingang te onthouden van het aanbieden dan wel anderszins verveelvoudigen of openbaar maken van werktekeningen die inbreuk maken op de auteursrechten van GEC c.s. De vordering ging vergezeld van de in i.e.-zaken gebruikelijke nevenvorderingen.

1.4. [Eiser 2] en E.P. Controls hebben betwist dat op de werktekeningen een auteursrecht van GEC c.s. rust: volgens hen bevatten de tekeningen geen eigen en unieke inbreng van de maker. Zij hebben ook bestreden dat in de werktekeningen geheime know-how van GEC c.s. is vastgelegd: de tekeningen zijn volgens hen bij velen bekend omdat GEC zelf de tekeningen placht mee te sturen met offertes(4).

1.5. De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 17 juni 1997 een bewijsopdracht aan GEC c.s. gegeven met betrekking tot de eerste grondslag van de vordering. Met betrekking tot de tweede grondslag stelde de rechtbank vast dat de tekeningen van GEC c.s. geen geheime know-how bevatten. Met betrekking tot het auteursrecht overwoog de rechtbank (rov. 5.4):

"Partijen zijn het er over eens dat op de in de werktekeningen weergegeven reguleatoren geen auteursrecht rust daar de vormgeving grotendeels technisch wordt bepaald en een persoonlijk stempel van de maker ontbreekt. Eiseressen stellen dat op de tekeningen wel een auteursrecht rust daar de wijze waarop de reguleatoren zijn weergegeven subjectieve trekken, zoals arceringen en schaduwwerkingen, vertoont.

De rechtbank is van oordeel dat nu de reguleatoren bij gebrek aan een eigen persoonlijk karakter geen auteursrechtelijke bescherming genieten, niet kan worden aanvaard dat de werktekeningen, waarin wel enige subjectieve trekken aanwezig zijn doch welke tekeningen louter functioneren als werktekeningen, auteursrechtelijk beschermd zijn.

De vordering kan derhalve niet op deze grond worden toegewezen."

1.6. GEC c.s. zijn in hoger beroep gekomen. Hun vijfde grief bestreed de beslissing van de rechtbank dat de vordering niet op basis van auteursrecht kan worden toegewezen. Zij waren van mening dat de tekeningen wel kunnen worden aangemerkt als voortbrengsels met een eigen oorspronkelijk karakter die het persoonlijk stempel van de maker dragen.

1.7. Het gerechtshof te Leeuwarden heeft bij tussenarrest van 18 november 1998 opheldering gevraagd over de vraag aan wie het gepretendeerde auteursrecht toekomt. Bij eindarrest van 13 oktober 1999, NJ 2000, 448, heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd. In rov. 15 kwam het hof tot de slotsom dat [eiser 2] en E.P. Controls onrechtmatig hebben gehandeld door werktekeningen van GEC c.s. met specifieke know-how aan derden aan te bieden en op die manier GEC c.s. te beconcurreren, waarbij het handelen van [eiser 2] tevens wanprestatie oplevert. Het hof heeft de bewijsopdracht aan GEC c.s. geschraapt en in plaats daarvan E.P. Controls toegelaten tot levering van tegenbewijs. Die beslissing wordt in cassatie niet aangevochten. Met betrekking tot het auteursrecht (grief V), vermocht het hof niet in te zien dat de werktekeningen een eigen origineel karakter hebben dat het persoonlijk stempel van de maker draagt(5). In zoverre deelde het hof dus het oordeel van de rechtbank.

1.8. Vervolgens kwam het hof enigszins verrassend met het volgende oordeel (rov. 6):

"Naar het oordeel van het hof zijn de tekeningen wel aan te merken als "andere geschriften" als bedoeld in artikel 10 lid 1 onder 1 van de Auteurswet 1912 en komt daaraan auteursrechtelijke bescherming toe, zij het met zekere beperkingen.

Daaraan doet niet af dat de tekeningen niet openbaar zijn gemaakt en evenmin bestemd zijn om openbaar te worden gemaakt, een voorwaarde genoemd in het arrest HR 25 juni 1965, NJ 1966, 116. Het is in overeenstemming met de ratio van het auteursrecht ten aanzien van geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter zoals verwoord door de Hoge Raad in genoemd arrest dat in een geval als het onderhavige, waarin GEC B.V. tekeningen slechts aan bepaalde bedrijven onder de verplichting tot geheimhouding ter beschikking stelt, uitsluitend aan GEC B.V./GEC c.s., als degene(n) die

op schrift stelt/stellen, het voordeel van het exploiteren in auteursrechtelijke zin toekomt".

Het hof heeft onderzocht of [eiser 2] en/of E.P. Controls op die geschriftenbescherming inbreuk hebben gemaakt. Het hof heeft zijn aandacht gericht op de werktekeningen van GEC en de (beweerde namaak-)tekeningen van E.P. Controls, welke als producties 19a - 19d bij MvG waren overgelegd. Na een gedetailleerde beschouwing daarvan is het hof tot de slotsom gekomen dat inderdaad sprake is van een inbreuk.

1.9. E.P. Controls en [eiser 2] hebben tegen dit arrest - tijdig - cassatieberoep ingesteld. GEC c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het principaal beroep en hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten, waarna E.P. Controls en [eiser 2] hebben gerepliceerd.

2. Bespreking van het principaal en het incidenteel cassatiemiddel

2.1. De wederzijdse klachten lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Het eerste schot in de strijd in cassatie is gelost door E.P. Controls en [eiser 2], die in onderdeel I aanvoeren dat het hof miskent dat de Auteurswet 1912 op geschriften zonder eigen origineel karakter slechts d'n auteursrecht verleent indien ze openbaar zijn gemaakt of bestemd zijn om openbaar gemaakt te worden. Het onderdeel doet een beroep op de parlementaire geschiedenis en - uiteraard - op HR 25 juni 1965, NJ 1966, 116 m.nt. HB, de beslissing waartegen het hof zich heeft afgezet.

2.2. V?r de totstandkoming van de eerste auteurswet bestond hier te lande een copijrecht dat de maker van geschriften bescherming bood tegen nadruk (het bekende: "nadruk verboden"). Met dit recht werd beoogd de prestatie, in het bijzonder de investering, van de drukker of uitgever te beschermen(6). Bezien vanuit dat oogmerk was het onverschillig of het uitgegeven geschrift wel of niet een eigen origineel karakter had en het persoonlijk stempel van de maker droeg. In de tweede helft van de negentiende eeuw is in binnen- en buitenland het besef gegroeid dat auteurs bescherming verdienen voor hun geestelijke schepping. De Auteurswet van 28 juni 1881, Stb. 124, bracht in art. 1 bescherming voor de auteur en schafte in art. 29 het vroegere copijrecht af, zij het met overgangsbepalingen. De omschrijving(7) van het auteursrecht in art. 1 en van het begrip "auteur"(8) in art. 2 van de Auteurswet van 1881 maakten het mogelijk de bescherming van geschriften tegen nadruk te behouden. De dikwijls aangehaalde jurisprudentie uit die tijd toont voorbeelden van de bescherming van een predikbeurtenlijst, een feestwijzer voor de Leidse drie oktoberviering en een schouwburgprogramma.

2.3. Toen Nederland wilde toetreden tot de herziene Berner Conventie(9) en daardoor genoodzaakt werd een nieuwe auteurswet tot stand te brengen, stond de wetgever voor het probleem dat de Berner Conventie uitsluitend oeuvres litt?raires et artistiques beschermt. Door het overnemen van de omschrijving van art. 2 Berner Conventie in de nationale wet zouden geschriften die niet kunnen worden aangemerkt als

voortbrengselen op het gebied van letterkunde, wetenschap of kunst niet langer beschermd worden. De wetgever heeft welbewust gekozen voor een zodanige omschrijving in de Auteurswet 1912 dat "alle andere geschriften" bescherming tegen nadruk zouden kunnen behouden. Volgens de MvT volgt uit de redactie van art. 10, eerste lid, Auteurswet 1912 dat alles wat moet worden aangemerkt als te behoren tot de rubriek "boeken, brochures, nieuwsbladen, tijdschriften en alle andere geschriften", ook al bezit het niet de geringste letterkundige of wetenschappelijke waarde, door wetsduiding geworden is tot een werk van letterkunde, wetenschap of kunst(10). Deze wetsduiding werd destijds al bekritiseerd(11) en is nadien omstreden gebleven(12). De bezwaren richtten zich minder tegen de omstandigheid d?t de wetgever het nadrukken van de "andere geschriften" verbood(13) dan tegen de wijze waarop dit verbod in de Auteurswet 1912 werd ondergebracht. De bijzondere geschriftenbescherming, meermalen aangeduid als een vreemde eend in de auteursrechtelijke bijt, heeft een ander doel, een ander object (het geschrift) en daardoor ook een ander subject(14) dan het "gewone" auteursrecht. Dit leidt tot onzekerheid of de eisen, die de Auteurswet 1912 stelt voor het verlenen van auteursrechtelijke bescherming, gelden voor de bijzondere geschriftenbescherming.

2.4. Het vraagstuk is eerder aan de Hoge Raad voorgelegd. In een strafzaak, HR 1 november 1937, NJ 1937, 1092 (telefoongids), werd geschriftenbescherming verleend onder eenvoudige verwijzing naar de parlementaire geschiedenis. In HR 17 april 1953, NJ 1954, 211 m.nt. DJV (radioprogramma's), HR 27 januari 1961, NJ 1962, 355 m.nt. HB (Explicator) en HR 25 juni 1965, NJ 1966, 116 m.nt. HB (Televizier)(15) ging het telkens om de beladen kwestie of de omroepverenigingen anderen kunnen verbieden hun programmeergegevens af te drukken(16). In het arrest uit 1953 was hoofdzakelijk de vraag aan de orde of, niettegenstaande de parlementaire geschiedenis van de Auteurswet 1912, uit tekst en systeem van deze wet toch niet de conclusie moet worden getrokken dat in het algemeen, dus ook voor de bescherming van "alle andere geschriften", de eis geldt dat in het geschrift een geestelijke schepping tot uitdrukking komt. De Hoge Raad hield vast aan de bedoeling van de wetgever om geschriften, ook die "aan welke met den besten wil geen letterkundige, wetenschappelijke of kunstwaarde is toe te schrijven", onder de bescherming van de Auteurswet 1912 te brengen. In het arrest van 1961 werd de omvang van deze bescherming nader afgebakend: "dat dit meebrengt dat den maker van geschriften die niet een eigen of persoonlijk karakter dragen geen verder reikende bescherming toekomt dan die welke den wetgever bij deze uitbreiding klaarblijkelijk voor ogen heeft gestaan, te weten tegen het, door ontlening aan het geschrift zelf, "overnemen" van deszelfs inhoud; dat met name bij geschriften zonder persoonlijk karakter geen auteursrecht kan worden erkend van hem die het werk op schrift heeft gesteld, op den zakelijken inhoud - los van die opschriftstelling - van het geschrift;"

Deze afbakening is voor de verdere interpretatie belangrijk. In het algemeen bestaat immers geen enkele reden om iemand een alleenrecht te vergunnen op de openbaarmaking of veeleenvoudiging van feitelijke gegevens welke niet zijn aan te merken als een "werk" in auteursrechtelijke zin (bijv. openingstijden van winkels, wedstrijschema's, geografische, historische of macro-economische gegevens enz.(17)). Anders dan bij het "gewone" auteursrecht wordt niet de inhoud (het "werk") als zodanig beschermd, maar wordt de maker van het geschrift alleen beschermd tegen wat in de wandeling wordt genoemd: het klakkeloos overnemen.

2.5. In het arrest van 1965 kwam onder meer de - voor het huidige cassatieberoep relevante - vraag aan de orde of, voor bescherming van "andere geschriften" vereist is dat zij openbaar zijn gemaakt. De Hoge Raad overwoog op het beroep van de omroepverenigingen: "dat het auteursrecht op geschriften die geen eigen of persoonlijk karakter bezitten, blijkens de parlementaire geschiedenis in de wet is opgenomen in aansluiting aan het onder de vroegere wetgeving bestaande copyrecht, dat tegen het nadrukken van drukwerken bescherming verleende; dat reeds de betekenis van het door de wetgever gekozen woord geschrift er zich tegen verzet, het auteursrecht op dit punt beperkt te achten tot werken die in druk zijn verschenen; dat echter wel uit die geschiedenis kan worden afgeleid dat de strekking van het auteursrecht te dezen is om uitsluitend aan de maker van het geschrift het voordeel van het openbaar maken ervan te doen toekomen en daarom de bevoegdheid tot openbaarmaking en veeleenvoudiging aan anderen te onttrekken; dat in overeenstemming hiermede valt aan te nemen, dat de wet op geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter slechts dan auteursrecht verleent, indien zij zijn openbaar gemaakt of zijn bestemd om openbaar gemaakt te worden;"

Televizier sputterde, dat dan ook de beperkingen van het vroegere copijrecht in acht genomen zouden moeten worden, te weten dat het auteursrecht op bedoelde geschriften uitsluitend strekt tot bescherming van het belang van de drukker of uitgever en dat de geschriften slechts dan voor bescherming in aanmerking komen indien ze (in Nederland) zijn gedrukt of uitgegeven. De Hoge Raad verwierp die opvatting: noch het stelsel, noch de parlementaire geschiedenis van de Auteurswet 1912 geeft steun aan de opvatting dat de wetgever "onder de huidige wet ook de bijzonderheden dier vroegere wetgeving heeft willen bestendigen".

2.6. Het gevolg van de Televizier-beslissing is dat geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter die niet openbaar gemaakt zijn en ook niet bestemd zijn om openbaar gemaakt te worden, niet worden beschermd door de Auteurswet 1912. Deze beperking kan knellen wanneer iemand, door ontlening aan het geschrift zelf, de inhoud overneemt van een geschrift dat bestemd was om vertrouwelijk te blijven en juist niet openbaar gemaakt te worden. Te denken valt aan vertrouwelijke bedrijfsgegevens of aan privacygevoelige gegevens(18).

2.7. Het hof stelt vast dat de maker van het geschrift (GEC c.s.) het geschrift telkens en uitsluitend onder de verplichting tot geheimhouding aan bepaalde bedrijven (dus niet aan iedereen) ter beschikking stelt. Het hof ziet dit als een vorm van exploitatie die geen openbaarmaking is, maar wel te begrijpen is onder de ratio van de geschriftenbescherming in de Auteurswet 1912. [Eiser 2] en E.P. Controls maken in onderdeel I bezwaar tegen een uitbreiding van de geschriftenbescherming tot geschriften waarvan vaststaat dat zij niet openbaar zijn gemaakt noch bestemd zijn voor openbaarmaking.

2.8. Achter verscheidene vormen van intellectueel eigendomsrecht steekt de rechtseconomische gedachte dat het ter bevordering van de maatschappelijke welvaart en ontwikkeling wenselijk is dat degene die over bruikbare informatie beschikt (zoals uitvindingen, nieuwe denkbeelden enz.) deze niet voor zichzelf houdt maar aan het publiek ter beschikking stelt. Anderen kunnen dan kennis nemen van die informatie en daarop voortbouwen. De voortdurende uitwisseling van informatie maakt de verdere technische, culturele of maatschappelijke ontwikkeling mogelijk. Echter: moeten inspanningen worden verricht of kosten worden gemaakt om de informatie te ontwikkelen of te vergaren (bijv. onderzoekskosten voor uitvindingen, kosten van opbouw en onderhoud van databanken) of om de informatie te verspreiden, dan zal de betrokkene (uitvinder of maker) niet spoedig tot openbaarmaking willen overgaan. Indien bescherming niet verzekerd is, bestaat immers de kans dat anderen de informatie gaan exploiteren en zelfs de uitvinder of maker concurrentie aandoen (die steeds bezwaarlijk is, omdat die anderen de kosten niet hebben behoeven te maken en daardoor het product voor een lagere prijs op de markt kunnen zetten). Er is dus een prikkel nodig om de uitvinder of maker over te halen om t'ch tot verspreiding over te gaan. Zo'n prikkel kan gelegen zijn in de toekenning van een tijdelijk recht tot exclusieve exploitatie waarmee de uitvinder of maker de kosten kan terugverdienen, eventueel door het uitgeven van licenties. Die oplossing is gekozen in het octrooi-, het kwekers- en het modellenrecht. Het databankenrecht hanteert een enigszins vergelijkbare methode(19).

2.9. Voor de bijzondere geschriftenbescherming is een andere constructie gekozen. De Auteurswet 1912 geeft niet een absoluut recht op de informatie voor een bepaalde tijd waarin de kosten kunnen worden terugverdiend. De Auteurswet 1912 biedt slechts bescherming tegen het klakkeloos overnemen. De maker van het geschrift kan een op commerciële grondslag werkende drukker of uitgever zijn die zijn investering wil terugverdienen, maar een winstoogmerk is m.i. niet noodzakelijk om de bijzondere geschriftenbescherming te genieten(20). Wanneer iemand zonder winstoogmerk de moeite neemt om feitelijke gegevens op schrift vast te leggen zonder dat sprake is van een "werk" waarop het persoonlijk stempel van de maker rust - ik stel mij iemand voor die aan stamboomonderzoek doet of lijsten bijhoudt van waarnemingen van passerende trekvogels, om eens iets anders te noemen dan predik-

beurtenlijsten en feestwijzers -, geldt evenzeer dat de maker zich weerhouden zal voelen om de lijst openbaar te maken indien ieder ander zijn werk zou kunnen exploiteren door de gegevens klakkeloos over te nemen uit het geschrift. De gegevens zelf zijn vrij: iedereen mag een stamboom of vogelwaarnemingen publiceren, maar dan moet hij hetzij toestemming aan de maker vragen voor het overnemen hetzij de benodigde gegevens zelf bij elkaar zoeken.

2.10. De bijzondere geschriftenbescherming is dus een beloning voor het openbaar maken. Kan daaruit a contrario worden afgeleid dat een maker die het geschrift niet openbaar heeft gemaakt noch heeft bestemd voor openbaarmaking - zoals in dit geval -, geen aanspraak kan maken op de geschriftenbescherming? Ik meen dat dit inderdaad de consequentie is. Degene die, om zo te zeggen, "op het geschrift blijft zitten" en anderen niet toestaat de inhoud te verspreiden, draagt niet bij aan de maatschappelijke ontwikkeling die met de toekenning van geschriftenbescherming wordt beoogd. Hij heeft de bijzondere geschriftenbescherming dus niet verdiend. In het onderhavige geval is het niet anders: GEC wil de werktekeningen exclusief voor zichzelf houden en exploiteren.

2.11. Wie niet de openbaarmaking maar de prestatie centraal stelt (de geestelijke schepping of in bovenstaande voorbeelden: het samenstellen van de stamboom of de lijst met vogelobservaties), is geneigd prestaties die niet openbaar zijn gemaakt noch voor openbaarmaking bestemd ook in bescherming te nemen. Dat botst evenwel met een andere grondgedachte, namelijk dat uitsluitend prestaties worden beschermd die aan bepaalde vereisten voldoen (het "werk" in het auteursrecht, de "uitvinding" in het octrooirecht enz.). Ik realiseer me dat een meerderheid van de ter vergadering aanwezige leden van de N.J.V. op 10 juni 1988 heeft gestemd voor een bevestigend antwoord op de vraag: Verdient het aanbeveling de bescherming van gegevens te verbeteren door uitgebreider mogelijkheden van beslag op (...) onrechtmatig gemaakte verveelvoudigingen, door uitbreiding van de zgn. geschriftenbescherming in de Auteurswet 1912 tot niet openbaar gemaakte, noch daartoe bestemde gegevens?(21). Deze meerderheid zal zich hebben laten leiden door preadviseur Verkade, die zich openlijk afvroeg welk motief de Hoge Raad gehad kan hebben om in het Televisier-arrest te eisen dat het geschrift, om beschermd te kunnen worden, openbaar gemaakt of tot openbaarmaking bestemd is. Hij begon met de stelling dat de bedoeling van de wetgever niet bindend is voor de rechter en benadrukte dat de Auteurswet 1912 met zijn mogelijkheid van beslag (in art. 28) de makers van geschriften m??r te bieden heeft dan het algemene onrechtmatige daadsrecht. Het tegenargument dat het laten vallen van dit vereiste kan leiden tot een ongewenst monopolie op feitelijke informatie, wilde hij pareren met het argument dat de bijzondere geschriftenbescherming niet verder gaat dan een verbod van eenvoudige herhaling door ontlening aan het geschrift zelf en dat overigens uitzonderingen denkbaar zijn ten-

einde een, wat de Amerikanen noemen: "fair use" van de informatie toe te laten.

2.12. Het vraagpunt van de N.J.V. ging over een toekomstige rechtsontwikkeling, niet over de uitleg van het geldende recht. In het debat tekende zich een verschil van mening af tussen hen die in de Auteurswet 1912 uitsluitend het "gewone" auteursrecht willen regelen en hen die de Auteurswet 1912 met zijn bijzondere beslagmogelijkheden mede willen gebruiken als een effectief middel om deze vorm van oneerlijke mededinging te bestrijden. In het licht van de in 1988 opkomende automatisering was het voornaamste punt van aandacht de vraag: hoe de bijzondere geschriftenbescherming in de wet te regelen zonder de facto een monopolie op verspreiding van informatie te creëren? Met name Vandenberghe(22) waarschuwde, de eis van "openbaar gemaakt of bestemd voor openbaarmaking" niet te snel te laten vallen: weliswaar kan door het laten vallen van die eis worden bereikt dat geschriften van vertrouwelijke aard worden beschermd, maar de prijs is dat alle geschriften worden beschermd en de facto een monopolie op informatie dreigt te ontstaan.

2.13. Na het NJV-debat is de discussie verlegd naar de (implementatie van de) regelgeving vanuit Brussel(23). Computerprogramma's vallen niet (langer) onder het begrip "geschriften": zie art. 10 lid 5 Aw. Met betrekking tot de databanken, is discussie gevoerd over de vraag of de desbetreffende richtlijn ruimte laat voor toepassing van de bijzondere geschriftenbescherming(24). In dit geding is die vraag niet aan de orde. Inmiddels is ook een richtlijn verschenen betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij(25). Deze richtlijn heeft o.m. betrekking op auteurs met betrekking tot hun "werken" (art. 2). De artikelen 3 en 4 noemen de lidstaten tot regelgeving die de openbaarmaking en distributie van "werken" aan auteurs voorbehoudt, waarbij art. 5 een aantal beperkingen toestaat. Art. 9 bepaalt o.m. dat de richtlijn geen afbreuk doet aan bepalingen m.b.t. oneerlijke concurrentie, handelsgeheimen, vertrouwelijkheid en gegevensbescherming. De richtlijn houdt verband met het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht(26), dat op zijn beurt weer vastknoopt aan de Berner Conventie die werken van letterkunde, wetenschap en kunst beschermt. De discussie over de vraag hoeveel ruimte de lidstaat Nederland overhoudt voor een afzonderlijke wettelijke bescherming van geschriften die geen "werken" zijn, moet nog beginnen. De beslissing in dit geding is daarvan niet afhankelijk, reeds omdat eerst op 22 december 2002 door de lidstaten uitvoering aan de richtlijn dient te zijn gegeven.

2.14. De Europese regelgeving heeft prestatiebescherming gebracht op het terrein van de automatisering, het gebied dat in 1988 in de NJV de meeste aandacht trok. De voornaamste drijfveer tot uitbreiding van de geschriftenbescherming in de Auteurswet 1912 lijkt hiermee te zijn weggenomen. Dan blijft nog de vraag, of de verveelvoudiging van vertrouwelijke gegevens kan worden tegengegaan door middel van de geschriftenbescherming in de Auteurswet 1912 dan wel die

verveelvoudiging langs andere weg zal moeten worden bestreden. Per saldo zie ik onvoldoende reden de eis van openbaarmaking of bestemd voor openbaarmaking uit het Televisier-arrest te laten vallen. Behalve de hierboven geschetste ratio (de beloning voor het openbaarmaken) speelt bij mijn keuze een rol, dat - juist omdat het om onpersoonlijke, feitelijke gegevens gaat - het begrip "vertrouwelijke gegevens" zich niet scherp laat afbakenen en voorkómen moet worden dat als gevolg van een te ruime omschrijving een ongewenst monopolie op feitelijke informatie wordt gevestigd. Mijn slotsom is dat onderdeel I van het principaal cassatiemiddel slaagt.

2.15. Het (voorwaardelijk) incidenteel cassatiemiddel heeft de bui al zien hangen en richt zich tegen de voorafgaande beslissing van het hof dat in dit geval niet is voldaan aan het vereiste van "openbaar gemaakt of tot openbaarmaking bestemd". GEC c.s. zijn van mening dat 's hofs vaststelling blijkt geeft van een onjuiste opvatting van het wettelijk begrip "openbaar maken". GEC c.s. zien het ter beschikking stellen van werktekeningen aan bepaalde derden, op voorwaarde van geheimhouding en op de manier waarop zij dit doen, als een vorm van "openbaarmaking". Subsidiar klagen zij dat het andersluidend oordeel ontoereikend is gemotiveerd.

2.16. Het begrip "openbaar maken" heeft in de Auteurswet 1912 een eigen betekenis. Het auteursrecht wordt in art. 1 immers omschreven als het uitsluitend recht van de maker om het werk openbaar te maken en te verveelvoudigen. Openbaar maken is een overkoepelend begrip voor een groot aantal verschillende handelingen waardoor het werk voor het publiek toegankelijk kan worden gemaakt(27). De wetgever heeft met zijn keuze voor de term "openbaar maken" aansluiting gezocht bij het dagelijkse spraakgebruik(28). De memorie van toelichting vermeldt hierover:

"Wat in de eerste plaats moet worden verstaan onder het openbaar maken waartoe de uitsluitend bevoegdheid een essentiale is van het auteursrecht, behoeft de wet niet te bepalen. Ten aanzien van iedere soort van letterkundig, wetenschappelijk of kunstwerk geeft het woord zijn natuurlijke begrip duidelijk aan."

Artikel 12 Aw geeft een nadere doch niet uitputtende omschrijving. De Hoge Raad gaf de volgende omschrijving:

"Uit de wetsgeschiedenis (...) blijkt dat aan het begrip 'openbaarmaking' in art. 12 weliswaar een ruime betekenis moet worden toegekend, maar dat in elk geval, ook in de afgeleide betekenissen van het begrip, vereist is dat het werk op een of andere manier aan het publiek ter beschikking komt".(29)

Naast de klassieke vormen van openbaarmaking, zoals de uitgifte van een boek, de opvoering van een toneelstuk of het uitspreken van een redevoering in het openbaar, geeft art. 12 een omschrijving die verder gaat dan de taalkundige betekenis van de woorden "openbaar maken". Zo kan de auteur, die een concept-tijdschriftartikel van zijn hand aan een ander heeft overhandigd ter fine van commentaar, tóch op grond van zijn auteursrecht beletten dat die ander het werk

verbreidt (zie art. 12, eerste lid onder 2? Aw). Zo ook wordt de voordracht of tentoonstelling van het werk in een besloten kring mede begrepen onder het "openbaar maken" daarvan, tenzij deze gratis geschiedt in familie- of vriendenkring (art. 12, (thans) vierde lid, Aw).

2.17. Het incidenteel middel gaat uit van de gedachte dat het door GEC ter beschikking stellen van werktekeningen aan bepaalde derden, op voorwaarde van geheimhouding en op de manier waarop zij dit doen, onder het hierboven bedoelde wettelijk begrip "openbaarmaking" valt. Aan de steller van het incidenteel middel kan worden toegegeven dat wanneer de inbreukmaker (in casu: [eiser 2] of E.P. Controls) een auteursrechtelijk beschermd geschrift zou verspreiden op de wijze zoals GEC c.s. dit doen, de auteursrecht-hebbende zich daartegen zou kunnen verzetten. Het ligt voor de hand dat de wetgever het begrip openbaarmaken zo ruim mogelijk heeft willen omschrijven (zelfs ruimer dan de strikt taalkundige betekenis) teneinde de bescherming zo effectief mogelijk te doen zijn. Het middel verliest evenwel uit het oog, dat het hier niet gaat om een beweerdelijke openbaarmaking door de inbreukmaker, maar om de in het Televisier-arrest bedoelde maatstaf van: openbaar gemaakt of bestemd tot openbaarmaking. Bij de hantering van deze maatstaf is er geen reden om het begrip openbaar maken ruimer te zien dan als degene die zijn geschriften voor het publiek ter beschikking stelt, althans daartoe bestemt. Een rechtsoordeel kan niet met vrucht worden aangevallen via een motiveringsklacht. Overigens behoefde het oordeel geen verdergaande toelichting om begrijpelijk te zijn.

2.18. In het subsidiaire gedeelte van het incidenteel cassatiemiddel voeren GEC c.s. aan dat de eisen van een goede procesorde het hof noopten GEC c.s. in de gelegenheid te stellen hun stellingen op dit punt aan te vullen en zo nodig bewijs bij te brengen, alvorens vast te stellen dat niet is voldaan aan de voorwaarde van "openbaar gemaakt of tot openbaarmaking bestemd". GEC c.s. betwisten niet dat het hof gerechtigd was de rechtsgronden aan te vullen en de vordering te beoordelen in het kader van de bijzondere geschriftenbescherming - die aanpak was in het voordeel van GEC -, maar zij menen dat in de bestreden overweging sprake is van een zgn. verrassingsbeslissing die in strijd is met de regel van hoor en wederhoor(30).

2.19. Veronderstellenderwijs ervan uitgaand dat de desbetreffende overweging voor partijen inderdaad als een verrassing is gekomen (vgl. alinea 1.8 hierboven), had het hof geen aanleiding zijn beslissing aan te houden en in appel een nieuwe ronde toe te staan. In het middel wordt geen beroep gedaan op een schending van processueel vertrouwen. De vergelijking die het middel maakt met NJ 1995, 45, gaat mank. In het geval dat in NJ 1995, 45 aan de orde was, hield de dragende overweging in dat de partijen aan de rechter geen inzicht hadden gegeven in bepaalde oorzakelijke verbanden en dat uit het dossier evenmin daarover uitsluitel was te krijgen, waarna het hof zelf de knoop heeft doorgehakt (zelfs precies in het midden: 50 %).

Volgens de Hoge Raad, rov. 3.5.3, had de rechter de procespartijen - die kennelijk geen rekening hadden gehouden met de mogelijkheid dat het hof de desbetreffende partij w?l voor schade als gevolg van bevrozing maar niet voor schade als gevolg van een te hoge CO₂-concentratie aansprakelijk zou houden - in de gelegenheid moeten stellen hun stellingen op dit punt aan te vullen. Het ging dus om feitelijke geschilpunten. In de thans bestreden overweging zijn GEC c.s. niet in het ongelijk gesteld omdat zij onvoldoende feiten zouden hebben gesteld (of te bewijzen hebben aangeboden), maar op basis van feiten die zij zelf in het geding zonder voorbehoud naar voren hadden gebracht(31). GEC c.s. hadden daarom geen (voor het hof kenbaar) belang bij een rolverwijzing. Het incidenteel cassatieberoep faalt n.m.m.

2.20. Bij gegrondbevinding van onderdeel I behoeven de onderdelen II en III van het principaal middel geen bespreking meer. Desalniettemin ga ik kort erop in. Onderdeel II komt naar de kern neer op de klacht dat het hof niet onbeslist had mogen laten of het auteursrecht (d.w.z. het recht op geschriftenbescherming) toekomt aan GEC B.V. dan wel aan haar moedermaatschappij GEC Ltd. In het laatste geval zou het hof bovendien ten onrechte art. 7 Aw hebben toegepast omdat Nederlands recht niet van toepassing is. Subsidiair is een motiveringsklacht voorgesteld.

2.21. Voor de toewijsbaarheid van de ingestelde vorderingen, in het bijzonder voor de vordering tot schadevergoeding, kan verschil maken of de inbreuk is gepleegd op een auteursrecht van GEC B.V. dan wel op een auteursrecht van GEC Ltd(32). Het hof heeft deze uitsplitsing inderdaad niet gemaakt. In het middelonderdeel wordt m.i. uit het oog verloren dat het hof uitspraak deed in een tussengeschil (het hoger beroep tegen het tussenvonniss). Het hof heeft zich niet uitgesproken over de toewijsbaarheid van het petitum of een gedeelte daarvan, maar heeft zich beperkt tot een globaal oordeel over de auteursrechtelijke grondslag van de vordering, waarna het hof het geding ter verdere behandeling heeft verwezen naar de rechtbank. Hier doet zich een geval voor als bedoeld in art. 399 Rv, waar [eiser 2] en E.P. Controls hun bezwaren kunnen doen herstellen door de rechtbank te Assen wanneer deze (in geval van verwerping van onderdeel I van het principaal cassatieberoep) de behandeling van het geding zou voortzetten.

2.22. Ten overvloede kan worden opgemerkt dat [eiser 2] en E.P. Controls gelijk hebben met hun stelling dat GEC c.s. bij deze klacht belang missen indien in cassatie ervan wordt uitgegaan dat ook naar Engels recht het auteursrecht op werken die door werknemers zijn vervaardigd als onderdeel van hun taak in dienstbetrekking, bij de werkgever berust behoudens andersluidende afspraak(33). Zouden de normen van de Berner Conventie, strikt genomen niet van toepassing op bescherming van geschriften die niet onder de conventie vallen, worden gehanteerd in het kader van de geschriftenbescherming, dan zou gelden dat de Engelse auteursrecht-hebbende hier te lande niet minder bescherming krijgt dan de Nederlandse.

2.23. Onderdeel III van het principaal middel klaagt dat het hof niet had kunnen oordelen dat [eiser 2] en/of E.P. Controls inbreuk hebben gemaakt op het auteursrecht (d.w.z. het recht op geschriftenbescherming) van GEC c.s., zonder eerst te onderzoeken of er sprake is van een "eenvoudige herhaling". De toelichting op de klacht verwijst naar het Televisier-arrest, waar de Hoge Raad overwoog:

"dat het auteursrecht op een geschrift zonder eigen of persoonlijk karakter uitsluitend berust op de opschriftstelling daarvan;

dat daarom aan de maker van zulk een geschrift geen auteursrecht toekomt op een door een nieuwe opschriftstelling tot stand gekomen werk waarvan de inhoud wel is ontleend aan dat geschrift - en dat dientengevolge wellicht inbreuk maakt op het auteursrecht op dat geschrift - maar dat niet als een eenvoudige herhaling van de opschriftstelling van dat geschrift is te beschouwen"; dat om dezelfde reden inbreuk op het auteursrecht op door zodanige nieuwe opschriftstelling tot stand gekomen werk geen inbreuk op het auteursrecht op het oorspronkelijke geschrift vormt;"

Voor zover het hof impliciet van oordeel is geweest dat de werktekeningen van [eiser 2] en/of E.P. Controls eenvoudige herhalingen zijn van de werktekeningen waarop GEC c.s. auteursrechten pretendeert, acht het middelonderdeel de beslissing niet naar behoren gemotiveerd.

2.24. Het hof heeft zich in rov. 7 de vraag gesteld of [eiser 2] en/of E.P. Controls inbreuk hebben gemaakt op het auteursrecht (d.w.z. het recht op geschriftenbescherming) van GEC c.s. op haar werktekeningen. Het hof omschrijft het geschilpunt aldus, dat GEC c.s. stellen en [eiser 2] en/of E.P. Controls betwisten dat de laatstgenoemden de werktekeningen "klakkeloos hebben gekopieerd", althans "dat van ontlening in de vorm van eenvoudige herhaling sprake is". Hieruit volgt dat het hof in elk geval de juiste maatstaf voor ogen heeft gehad. De aldus gestelde vraag is door het hof uitdrukkelijk bevestigend beantwoord: "derhalve is er sprake van inbreuk". Dit impliceert dat het hof van oordeel is dat hier sprake is van een ontlening in de vorm van een eenvoudige herhaling.

2.25. De redengeving van dit oordeel is kennelijk gelegen in de puntsgewijze vergelijking van de tekeningen van [eiser 2] en E.P. Controls met die van GEC c.s. Dat daarbij enige verschillen zijn geconstateerd doet aan de slotsom van het hof niet af. In het Televisier-arrest is overwogen dat ook bij vertaling van een geschrift zonder eigen of persoonlijk karakter (zelfs als deze vertaling niet is een woordelijke of letterlijke), zomede bij bewerkingen van minder ingrijpende aard (weglaten of toevoegingen), sprake kan zijn van een auteursrechtelijk verboden overneming van de inhoud van het geschrift(34).

2.25. Een gegrondbevinding van onderdeel I van het principaal cassatieberoep, zoals hierboven voorgesteld, leidt tot de gevolgtrekking dat het bestreden arrest niet in stand kan blijven. In verband met de verdere afdoening van de niet-auteursrechtelijke geschilpunten zal verwijzing moeten volgen.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest op het principaal cassatieberoep, tot verwijzing van de zaak naar een ander gerechtshof en voorts tot verwerping van het incidenteel cassatieberoep.

Noten

1 Zie rov. 1 van het bestreden arrest in verbinding met de daar aangegeven gedeelten van het tussenvonnis van de rechtbank.

2 Het onderscheid tussen de B.V. en de Ltd. speelt alleen een rol in onderdeel II van het principaal cassatiemiddel. De namen van verweersters in cassatie zijn blijkens de "kop" van hun s.t. inmiddels gewijzigd.

3 Het door GEC c.s. gebruikte woord "ontwerptekening" leidt tot verwarring. Het gaat niet om het ontwerp voor een tekening, maar om een tekening van het ontwerp voor een reguleur of deel daarvan. In navolging van de rechtbank wordt in deze conclusie gesproken over "werktekeningen".

4 Het verweer is samengevat in rov. 1.4 Rb.

5 Zie voor dit criterium: HR 29 november 1985, NJ 1987, 880 m.nt. LWH onder nr. 881 (Screenprints); HR 4 januari 1991, NJ 1991, 608 m.nt. DWFV (van Dale/Romme); HR 29 juni 2001, rolnr. C 99/218, rov. 3.5.3. De passage "dat het persoonlijk karakter" enz. zou moeten worden gelezen als: "en het persoonlijk karakter" enz: zie NTBR 2001 blz. 443.

6 P.B. Hugenholtz, Hand. NJV 1988-II, blz. 27. Zie voor veel historische gegevens: Th.C.J.A. van Engelen, BIE 1987 blz. 243 e.v.

7 "Het recht om geschriften, plaat-, kaart-, muziek-, tooneelwerken en mondelinge voordrachten door den druk gemeen te maken, alsmede om dramatisch-muzikale werken en tooneelwerken in het openbaar uit- of te voeren, komt uitsluitend den auteur en zijnen rechtverkrijgenden toe".

8 Voor zover thans van belang: "Met auteurs worden gelijk gesteld: (...) openbare instellingen, verenigingen, stichtingen en vennootschappen, ten opzichte van de door hen bezorgde werken".

9 Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst van 9 september 1886, nadien meermalen herzien. De huidige tekst is in vertaling afgedrukt in S & J-editie 75-I. De vroegere teksten zijn o.m. als bijlage afgedrukt in Nordemann-Vinck-Hertin-Meyer, International Copyright, 1990.

10 Parl. Gesch. Auteurswet 1912, 10.5 (MvT ad art. 10) en 10.6 (MvA).

11 Zie voor de vindplaatsen: Th.C.J.A. van Engelen, BIE 1987 blz. 243.

12 Zie voor de vindplaatsen: Spoor/Verkade, Auteursrecht, 1993, blz. 73-74; H. Cohen Jehoram, NJB 1992 blz. 1542-1543.

13 Een actie uit onrechtmatige daad bood weinig mogelijkheden: het was nog de tijd v??r Lindenbaum/Cohen (HR 31 jan. 1919, NJ 1919, 161).

14 Namelijk: de maker van het geschrift. Bij geschriften met een inhoud zonder eigen en persoonlijk

karakter behoeft zelfs niet eens sprake te zijn van een "auteur".

15 Ook besproken in AA 1966, blz. 345, door E.D. Hirsch Ballin; 2000 Weken rechtspraak (Wijckerheld Bisdombundel), 1977, blz. 93, door L. Wichers Hoeth; Spoor/Verkade, Auteursrecht, 1993, blz. 76-79.

16 Zie ook: HvJ EG 6 april 1995, NJ 1995, 492 m.nt. DWFV (Magill); AA 1995 blz. 811 m.nt. H. Cohen Jehoram en K.J.M. Mortelmans.

17 Voor nieuwsberichten, waar de vrijheid van nieuwsgaring de hoofdrol speelt, geeft art. 15 lid 3 Aw een afzonderlijk voorschrift.

18 Privacygevoelige gegevens blijven in deze conclusie verder buiten beschouwing omdat daarvoor afzonderlijke regels gelden.

19 Th.C.J.A. van Engelen, Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten, diss. 1994, blz. 118-122 over geschriftenbescherming; zie ook de samenvatting op de blz. 431-436.

20 De passage in het Televisier-arrest, inhoudende dat de strekking van de geschriftenbescherming is: "uitsluitend aan de maker van het geschrift het voordeel van het openbaar maken te doen toekomen", staat m.i. hieraan niet in de weg.

21 Hand. NJV 1988, deel 2, blz. 91-92. Het vraagpunt sluit aan bij het preadvies van D.W.F. Verkade, deel 1, blz. 51-53 en blz. 66-67. Het vraagpunt werd besproken door: Hugenholtz (Hand. NJV 1988-2, blz. 26-27), Van Engelen (blz. 34-36), Vandenberghe (blz. 57-60), Cohen Jehoram (blz. 61-62), Spoor (blz. 67-70), Grosheide (blz. 72-76) en preadviseur Verkade (blz. 82-86). Het preadvies was tevoren besproken door H. Cohen Jehoram in NJB 1988 blz. 784 e.v.

22 Hand. NJV 1988-II blz. 58-59.

23 Zie o.m. de Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's; Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, geïmplementeerd door de Databankenwet (wet van 8 juli 1999, Stb. 303; zie art. 10 lid 3 Aw). Zie ook: M. Holtzer, Onpersoonlijke geschriftenbescherming en informatievrijheid, I/AMI 1993 blz. 63-67.

24 P.B. Hugenholtz, Computerrecht 1996 blz. 131 e.v.; H.M.H. Speyart, I/AMI 1996 blz. 171 e.v.; noot H. Struik onder hof Arnhem 15 april 1997, Computerrecht 1997 blz. 322 e.v.; M.J. Frequin, Computerrecht 1999 blz. 10 e.v.; D.J.G. Visser, I/AMI 1999 blz. 73-75.

25 Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001, Pb. EG L 167. Zie over de ontwerp-richtlijn: J. Corbet, I/AMI 1998 blz. 93 e.v.; E.J. Arkenbout, Nieuw auteursrecht op komst, I/AMI 2000 blz. 125 e.v.

26 20 december 1996, Trb. 1998, 247.

27 T & C IE, 1998, aant. 1 op art. 12 Aw (D.J.G. Visser).

28 TK 1911/12, 227, nr. 3, par. 4; vgl. HR 11 juni 1920, NJ 1920, blz. 718: in dit artikel heeft de uitdrukking de betekenis welke daaraan in het dagelijks leven wordt toegekend. Gerbrandy, Auteursrecht, 1988, aant. 1 op art. 12.

29 HR 27 jan. 1995, NJ 1995, 669 m.nt. J.H. Spoor.

30 GEC c.s. beroepen zich op HR 30 september 1994, NJ 1995, 45. Zie ook: HR 2 februari 1990, NJ 1990, 795 m.nt. EAAL en JMBV; HR 6 maart 1992, NJ 1993, 79 m.nt. HJS; E. Tjong Tjin Tai, Verrassingsbeslissingen door de civiele rechter, NJB 2000 blz. 259-264; H.E. Ras, De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken, bew. door A. Hammerstein, 2001, nr. 83.

31 MvG sub 5-12.

32 L. Wichers Hoeth, 2000 Weken rechtspraak, blz. 94, is van mening dat art. 7 Auteurswet 1912, betreffende de maker in dienstbetrekking, zonder bezwaar kan worden toegepast wanneer het gaat om onpersoonlijke geschriftenbescherming.

33 Par. 11 (2) Copyrights, Designs and Patent Act 1988, waarover: H. Laddie, P. Prescott en M. Vitoria, The Modern Law of Copyright and Designs, vol. I, 1995, blz. 559; Copinger and Skone James on Copyright, 1991, blz. 86 e.v.; S. Stewart en H. Sandison, International Copyright and Neighbouring Rights, 1989, blz. 495; S. Gerbrandy, Kort commentaar op de Auteurswet 1912, blz. 49.

34 In gelijke zin: Spoor/Verkade, Auteursrecht, 1993, blz. 79.