

**Hoge Raad, 24 februari 2006, Technip Kinetisch Stroomschema I****AUTEURSRECHT****Maatstaf oorspronkelijkheid**

Hof heeft met de term "subjectieve beoordeling" kennelijk niets anders voor ogen gestaan dan het vereiste dat het voortbrengsel, hier het kinetisch schema, een eigen, oorspronkelijk karakter dient te hebben en het persoonlijk stempel van de maker dient te dragen

Het gaat om de vraag of het kinetisch schema kan gelden als "werk" in de zin van art. 10 lid 1, aanhef en slot, Auteurswet 1912: (...). Daartoe is vereist dat het voortbrengsel een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt (zie HR 4 januari 1991, nr. 14449, NJ 1991, 608). Uit de door het hof gekozen bewoordingen moet, mede tegen de achtergrond van het debat van partijen, die zich beiden op evengenoemd arrest hebben beroepen, worden afgeleid dat het hof de juiste maatstaf heeft toegepast. Anders dan (...) wordt verondersteld, heeft het hof met de - ook door de voorzieningenrechter gebruikte - term "subjectieve beoordeling" kennelijk niets anders voor ogen gestaan dan het hiervoor bedoelde vereiste dat het voortbrengsel, hier het kinetisch schema, een eigen, oorspronkelijk karakter dient te hebben en het persoonlijk stempel van de maker dient te dragen om als "werk" voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen.

**Subjectieve electie van objectieve wetenschappelijke gegevens, die op zichzelf niet auteursrechtelijk beschermd kunnen zijn, kan oorspronkelijk zijn**

Aan oorspronkelijkheidsvereiste kan zijn voldaan indien de selectie van een groot aantal chemische componenten en reacties uit een veel groter (schier oneindig) aantal van dergelijke componenten en reacties is gebaseerd op wetenschappelijke of technische kennis, inzicht en ervaring, terwijl de selectie betrekking heeft op objectieve wetenschappelijke gegevens en wetmatigheden en gericht is op doeleinden van wetenschappelijke of technische aard.

Waar het kinetisch schema het productieproces van ethyleen en propyleen in de petrochemische industrie schematisch in onder andere een verzameling chemische reactievergelijkingen weergeeft, en de aldus in het schema opgenomen chemische reactievergelijkingen op zichzelf slechts een hoeveelheid objectieve wetenschappelijke gegevens vormen, die als zodanig niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt, heeft het hof terecht onderzocht of de selectie van die gegevens met het oog op het al dan niet opnemen ervan in het kinetisch schema, een eigen,

oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt. Uit rov. 4.4-4.6 valt niet af te leiden dat het hof zou hebben miskend dat aan dit vereiste kan zijn voldaan indien de selectie ten behoeve van het kinetisch schema van een groot aantal chemische componenten en reacties uit een veel groter (schier oneindig) aantal van dergelijke componenten en reacties is gebaseerd op wetenschappelijke of technische kennis, inzicht en ervaring, terwijl de selectie betrekking heeft op objectieve wetenschappelijke gegevens en wetmatigheden en gericht is op doeleinden van wetenschappelijke of technische aard. Voorzover onderdeel 1c is gebaseerd op de opvatting dat het hof blijk had moeten geven van een onderzoek naar de vraag of het ondenkbaar is dat twee onafhankelijk van elkaar werkende (teams van) wetenschappers tot dezelfde selectie zouden zijn gekomen, faalt het, omdat het antwoord op die vraag slechts een van de gezichtspunten vormt, die bij de beoordeling in aanmerking kunnen komen.

**Weerlegging deskundigenverklaring onvoldoende gemotiveerd**

Weerlegging deskundigenverklaring die sterke aanwijzingen inhoudt dat bij de selectie de persoonlijke, onder meer op ervaring en analytisch vermogen berustende visie van de maker(s) van het kinetisch schema een belangrijke rol speelt, behoeft de nader motivering onder meer ter zake van op welke punten nader feitenonderzoek noodzakelijk was, mede gelet op klemmende belang van de recht-hebbende bij voorziening met het oog op effectieve bescherming

Hierbij is in de eerste plaats van belang dat de door het hof in rov. 4.5 weergegeven nadere verklaring van prof. Grievink, ook al houdt deze niet met zoveel woorden in dat de beoordeling van de maker van de selectie subjectief is, wel sterke aanwijzingen inhoudt dat bij de selectie de persoonlijke, onder meer op ervaring en analytisch vermogen berustende visie van de maker(s) van het kinetisch schema een belangrijke rol speelt, zodat het nadere, door het hof niet gegeven, motivering behoefte waarom dit schema niet een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het stempel van de maker(s) draagt. Onder deze omstandigheden mocht het hof niet volstaan met de overweging dat prof. Grievink niet heeft verklaard dat de beoordeling van de maker van de selectie subjectief is, en dat zulks in zijn verklaring ook niet besloten ligt. Tegen deze achtergrond behoefde voorts nadere motivering op welke punten het hof in rov. 4.7 nader feitelijk onderzoek noodzakelijk achtte en waarom de noodzakelijk geachte feitelijke opheldering niet kon worden verkregen door het stellen van nadere vragen aan prof. Grievink of op een andere wijze, die passend kan worden geacht in het kader van een kort geding waarin volgens de stellingen van beide partijen voor hen grote belangen zijn gemoeid, terwijl het hier een zaak betreft, waarin het belang van de aanlegger bij het verkrijgen van een voorziening met het oog op een effectieve bescherming van het recht bijzonder klemmend is.

Vindplaatsen:LJN: [AU7508](#); IER 2006, nr. 39; AMI 2006, nr. 13, p. 153, m.nt. Quaadvlieg; NJ 2007, 37; BIE 2007, nr. 23, p. 144.

Zie ook: [Conclusie A.-G. Verkade](#), strekkende tot verwerping beroep in cassatie en Quaadvlieg's noot in AMI, met de openingszin: "Dit arrest is een revolutie of een vergissing."

### Hoge Raad, 24 februari 2006

(D.H. Beukenhorst, O. de Savornin Lohman, A.M.J. van Buchem-Spapens, J.C. van Oven, F.B. Bakels).

In de zaak van:

Technip Benelux BV, te Zoetermeer, eiseres tot cassatie, adv. mr. R.S. Meijer,

tegen  
[verweerder], te Bilthoven verweerder in cassatie, niet verschenen.

#### 1. Het geding in feitelijke instanties

Eiseres tot cassatie - verder te noemen: Technip - heeft bij exploit van 21 januari 2004 verweerder in cassatie - verder te noemen: [verweerder] - in kort geding gedagvaard voor de voorzieningenrechter van de rechtbank te Utrecht en gevorderd bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

(A) [verweerder] te verbieden het kinetisch schema van het computerprogramma Primo/Genics of elk ander aan het computerprogramma Spyro ontleend gegeven te publiceren, aan te bieden, in het verkeer te brengen of anderszins aan derden te openbaren, zulks op straffe van een direct opeisbare dwangsom van € 100 000 voor elke dag of gedeelte van een dag dat bedoeld verbod wordt overtreden;

(B) [verweerder] te gebieden opgave te doen van elke door hem geïnitieerde openbaring van het kinetisch schema van het computerprogramma Primo/Genics of elk ander aan het computerprogramma Spyro ontleend gegeven, zulks op straffe van een direct opeisbare dwangsom van € 100 000 voor elke dag of gedeelte van een dag dat bedoeld verbod wordt overtreden;

(C) [verweerder] te gebieden om eventuele openbaringen als bedoeld onder (A) en (B) binnen drie dagen na het in deze te wijzen vonnis ongedaan te maken voor zover dit mogelijk is, waaronder in ieder geval begrepen verwijdering van eventuele publicaties op internet, zulks op straffe van een direct opeisbare dwangsom van € 100 000 voor elke dag of gedeelte van een dag dat bedoeld gebod wordt overtreden;

(D) [verweerder] te veroordelen in de kosten van dit kort geding.

Ter zitting heeft Technip haar vordering in die zin uitgebreid dat zij tevens vordert dat het [verweerder] expliciet wordt verboden de voorgenomen publicatie waarvan het concept in deze procedure is overgelegd, althans het daarin opgenomen kinetisch schema, openbaar te maken.

[verweerder] heeft de vordering bestreden en zijnerzijds in reconventie, kort samengevat, gevorderd Technip te veroordelen tot een schriftelijke verklaring die [verweerder] aan derden zou kunnen overleggen met de strekking dat [verweerder] gerechtigd is zijn

know-how te gebruiken en daarover te publiceren ten einde hem in staat te stellen daarmee inkomen te verwerven.

Technip heeft de reconventionele vordering bestreden.

De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 26 februari 2004 in conventie [verweerder] verboden het kinetisch schema van het computerprogramma Primo/Genics te publiceren, aan te bieden, in het verkeer te brengen of anderszins aan derden te openbaren, zulks op straffe van een direct opeisbare dwangsom van € 100 000 voor elke dag of gedeelte van een dag dat dit verbod wordt overtreden, met een maximum van € 1 000 000, en het meer of anders gevorderde, alsmede de vordering in reconventie afgewezen.

Tegen dit vonnis heeft [verweerder] hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam.

Technip heeft in hoger beroep haar eis vermeerderd en tevens gevorderd:

(A) [verweerder] te verbieden het kinetisch schema of enig ander aan Spyro ontleend gegeven, daaronder begrepen de computerprogramma's Genics, Primo en/of PRIMX, te gebruiken in het kader van zijn commerciële activiteiten, en

(B) [verweerder] te verbieden in reclame-uitingen of andere uitingen in commercieel verband te verwijzen naar het kinetisch schema of enig ander aan Spyro ontleend gegeven, daaronder begrepen de computerprogramma's Genics, Primo en/of PRIMX, telkens op straffe van verbeurte van dwangsommen.

Bij arrest van 7 oktober 2004 heeft het hof het betreden vonnis in conventie vernietigd, de gevraagde voorzieningen in conventie alsnog geweigerd, en het bestreden vonnis in reconventie bekrachtigd.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

#### 2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Technip beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit. Tegen de niet verschenen [verweerder] is verstek verleend.

Technip heeft de zaak doen toelichten door haar advocaat. De [conclusie](#) van de Advocaat-Generaal D.W.F. Verkade strekt tot verwerping van het beroep.

De advocaat van Technip heeft bij brief van 25 november 2005 op die conclusie gereageerd.

#### 3. Uitgangspunten in cassatie

3.1. In cassatie kan worden uitgegaan van het volgende.

(i) Technip is auteursrechthebbende op het computerprogramma Spyro (hierna: Spyro), een simulatieprogramma ten behoeve van onder meer de sturing van het productieproces van ethyleen en propyleen in de petrochemische industrie.

(ii) Essentieel onderdeel van Spyro is een kinetisch schema, waarin genoemd productieproces schematisch in onder andere een verzameling chemische reactievergelijkingen wordt weergegeven (hierna: het kinetisch schema).

(iii) [verweerder] heeft op 10 september 2003 medege-deeld voornemens te zijn het kinetisch schema van een door hem ontwikkeld computerprogramma, aanvankelijk genaamd Genics en later Primo, met dezelfde toepassing als Spyro, te publiceren. Technip heeft hier-

op aan [verweerder] bericht een dergelijke publicatie niet toe te staan, stellende dat daarmee haar auteursrechten op Spyro worden geschonden.

3.2. In het onderhavige kort geding heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat het kinetisch schema niet louter een opsomming van getallen betreft waarin geen creatieve inbreng valt te ontdekken, maar in elk geval deels tot stand is gekomen op basis van subjectieve criteria, zodat aannemelijk is dat het een werk met een eigen, oorspronkelijk karakter is, dat het stempel van de maker(s) draagt, en aldus voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt. De voorzieningenrechter heeft het door Technip gevorderde verbod tot openbaarmaking van het kinetisch schema toegewezen. Het hof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd en die vordering alsnog afgewezen.

3.3. Het hof overwoog daartoe het volgende.

"4.2. De eerste rechter heeft de toewijzing van vordering 1 van Technip doen berusten, kort gezegd, op de volgende overwegingen (hierna: overwegingen 1 tot en met 5). (1) Hij acht het aannemelijk dat het kinetisch schema dat een essentieel onderdeel van het computerprogramma Spyro is, een werk is met een eigen, oorspronkelijk karakter, dat het stempel van de maker(s) draagt, (2) zodat het werk voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt. (3) Omdat het kinetisch schema deel uitmaakt van Spyro - waarvan Technip auteursrechthebbende is - merkt hij publicatie van (een deel van) het kinetisch schema aan als inbreuk op het auteursrecht van Technip. (4) Hij neemt als vaststaand aan dat het kinetisch schema van het computerprogramma Primo/Genics gebaseerd is op en grotendeels overeenkomt met het kinetisch schema van Spyro, (5) zodat hij voorshands oordeelt dat publicatie van het Primo/Genics kinetisch schema een inbreuk op het auteursrecht op Spyro vormt.

4.3. Overweging 1 is gebaseerd op het oordeel van de voorzieningenrechter dat hij het ervoor moet houden dat het kinetisch schema in elk geval deels tot stand is gekomen op de basis van subjectieve criteria, omdat hij als vaststaand aanneemt, als niet (voldoende) betwist, de met verwijzing naar schriftelijke verklaringen van professor Grievink (van 29 januari en 11 februari 2004, die in rechtsoverweging 4.2 van het bestreden vonnis zijn samengevat) aangevoerde stelling van Technip dat de selectie van de componenten en reacties van het kinetisch schema uiteindelijk heeft plaatsgevonden op de basis van een subjectieve beoordeling, gebaseerd op de kennis, het inzicht en de ervaring van de maker.

4.4. Voor zover [verweerder] met zijn grieven I, II en III opkomt tegen evengoemd oordeel, zijn die grieven terecht voorgesteld. Vooreerst valt uit de verklaringen van professor Grievink, voor zover van belang in deze procedure, niet (zonder meer) op te maken dat de selectie van de componenten en reacties die in het kinetisch schema tot uitdrukking zijn gekomen, uiteindelijk heeft plaatsgevonden op de basis van een subjectieve beoordeling.

4.5. Uit hetgeen professor Grievink verklaarde volgt niet anders dan dat die selectie geen wiskundig automatisatie is, maar slechts kan plaatsvinden door de verkregen theoretische inzichten te toetsen en te verbeteren met behulp van experimenteel onderzoek, waarbij de maker van de selectie, die de literatuur op het gebied van de chemische reactie moet kennen, een goed experimenteel programma moet opzetten en uitvoeren om hypothesen te toetsen; en voorts dat de vereiste theoretische en experimentele inspanningen langjarig kunnen zijn, waarbij de effectiviteit van die grote inspanningen afhankelijk is van het individuele vermogen tot expertise en analyse van de betrokken maker van de selectie. Professor Grievink verklaart aldus niet dat de beoordeling van de maker van de selectie subjectief is, terwijl dat in zijn verklaringen ook niet besloten ligt.

4.6. Vervolgens kan ook niet worden geoordeeld dat [verweerder] niet voldoende heeft betwist dat de selectie van componenten en reacties die in het kinetisch schema tot uitdrukking zijn gekomen, uiteindelijk heeft plaatsgevonden op de basis van een subjectieve beoordeling, gebaseerd op de kennis, het inzicht en de ervaring van de maker. Dat heeft hij wél en de betwisting wordt gestaafd door de verklaringen van professor Grievink.

4.7. De partijen verschillen van mening over het antwoord op de vraag of het kinetisch schema - los van het computerprogramma Spyro, waarvan het een essentieel onderdeel is - zelf een werk is met een eigen, oorspronkelijk karakter, dat het stempel van de maker draagt. Dat antwoord kan niet worden gegeven zonder feitelijk onderzoek waarvoor in dit korte geding geen plaats is. Dat betekent dat overweging 1 niet als juist kan worden aanvaard.

4.8. Daaruit volgt dat overweging 2 voorbarig is en voorshands evenmin als juist kan worden beschouwd.

4.9. Overweging 3 schiet eveneens tekort. De daartegen gerichte grief IV moet gegrond worden geacht, want de enkele omstandigheid dat het kinetisch schema een essentieel onderdeel van Spyro uitmaakt, kan niet meebrengen dat publicatie van dat onderdeel (of een deel ervan) moet worden aangemerkt als inbreuk op het auteursrecht van Technip ten aanzien van Spyro. Niet bestreden is dat het kinetisch schema zich ook leent voor toepassing in andere computerprogramma's dan Spyro.

4.10. Het voorgaande brengt mee dat ook de overwegingen 4 en 5 niet kunnen worden onderschreven, alsmede dat de door Technip gevorderde voorzieningen niet kunnen worden gegrond op de gestelde inbreuk van een auteursrecht van Technip ten aanzien van het kinetisch schema, dat een essentieel onderdeel van het computerprogramma Spyro is. Op een andere auteursrechtinbreuk is vordering 1 van Technip niet gegrond. De grieven I tot en met VI behoeven dan niet verder besproken te worden."

3.4. Bij de beoordeling van de onderdelen 1 en 2 van het middel wordt vooropgesteld dat het in deze zaak niet gaat om de vraag of het kinetisch schema zelf moet gelden als een computerprogramma of als "voorbereidend materiaal" (in de zin van art. 10 lid 1, onder 12o,

Auteurswet 1912) voor een computerprogramma, noch om de vraag of het kinetisch schema als "geschrift" in de zin van art.10 lid 1, onder 1o, Auteurswet 1912, in aanmerking komt voor toepassing van "geschriftenbescherming" ingevolge de Auteurswet 1912. Het gaat om de vraag of het kinetisch schema kan gelden als "werk" in de zin van art. 10 lid 1, aanhef en slot, Auteurswet 1912: "...en in het algemeen ieder voortbrengsel op het gebied van letterkunde, wetenschap of kunst, op welke wijze of in welken vorm het ook tot uitdrukking zij gebracht". Daartoe is vereist dat het voortbrengsel een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt (zie HR 4 januari 1991, nr. 14449, NJ 1991, 608).

3.5. Uit de door het hof gekozen bewoordingen moet, mede tegen de achtergrond van het debat van partijen, die zich beiden op evengenoemd arrest hebben beroepen, worden afgeleid dat het hof de juiste maatstaf heeft toegepast. Anders dan in onderdeel 1a en 1b wordt verondersteld, heeft het hof met de - ook door de voorzieningenrechter gebruikte - term "subjectieve beoordeling" kennelijk niets anders voor ogen gestaan dan het hiervoor bedoelde vereiste dat het voortbrengsel, hier het kinetisch schema, een eigen, oorspronkelijk karakter dient te hebben en het persoonlijk stempel van de maker dient te dragen om als "werk" voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen. Waar het kinetisch schema het productieproces van ethyleen en propyleen in de petrochemische industrie schematisch in onder andere een verzameling chemische reactievergelijkingen weergeeft, en de aldus in het schema opgenomen chemische reactievergelijkingen op zichzelf slechts een hoeveelheid objectieve wetenschappelijke gegevens vormen, die als zodanig niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt, heeft het hof terecht onderzocht of de selectie van die gegevens met het oog op het al dan niet opnemen ervan in het kinetisch schema, een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt. Uit rov. 4.4-4.6 valt niet af te leiden dat het hof zou hebben miskend dat aan dit vereiste kan zijn voldaan indien de selectie ten behoeve van het kinetisch schema van een groot aantal chemische componenten en reacties uit een veel groter (schieer oneindig) aantal van dergelijke componenten en reacties is gebaseerd op wetenschappelijke of technische kennis, inzicht en ervaring, terwijl de selectie betrekking heeft op objectieve wetenschappelijke gegevens en wetmatigheden en gericht is op doeleinden van wetenschappelijke of technische aard. Voorzover onderdeel 1c is gebaseerd op de opvatting dat het hof blijk had moeten geven van een onderzoek naar de vraag of het ondenkbaar is dat twee onafhankelijk van elkaar werkende (teams van) wetenschappers tot dezelfde selectie zouden zijn gekomen, faalt het, omdat het antwoord op die vraag slechts een van de gezichtspunten vormt, die bij de beoordeling in aanmerking kunnen komen. Het onderdeel faalt derhalve.

3.6.1. Onderdeel 2 richt zich, voor het geval de in onderdeel 1 aangevoerde rechtsklachten falen, tegen rov. 4.4-4.6 met op die klachten voortbouwende motive-

ringsklachten. Onder meer wordt daarin geklaagd dat het hof onvoldoende acht heeft geslagen op een aantal in onderdeel 2a vermelde stellingen en dat het hof in het licht van de overgelegde nadere verklaring van prof. Grievink nader had moeten motiveren waarom het van oordeel was dat aan het hiervoor in 3.5 bedoelde vereiste niet is voldaan. Onderdeel 3 bouwt in zoverre voort op onderdeel 2 dat het tevens erover klaagt dat het hof in rov. 4.7 geen enkel inzicht heeft gegeven welke feitelijke gegevens, waarnaar volgens het hof in dit kort geding geen onderzoek kan worden ingesteld, wel een antwoord hadden kunnen geven op de vraag of het kinetisch schema als "werk" in de zin van de Auteurswet 1912 kan worden beschouwd. De aldus samengevatte klachten, die zich voor een gezamenlijke behandeling lenen, zijn terecht voorgesteld.

3.6.2. Hierbij is in de eerste plaats van belang dat de door het hof in rov. 4.5 weergegeven nadere verklaring van prof. Grievink, ook al houdt deze niet met zoveel woorden in dat de beoordeling van de maker van de selectie subjectief is, wel sterke aanwijzingen inhoudt dat bij de selectie de persoonlijke, onder meer op ervaring en analytisch vermogen berustende visie van de maker(s) van het kinetisch schema een belangrijke rol speelt, zodat het nadere, door het hof niet gegeven, motivering behoefde waarom dit schema niet een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het stempel van de maker(s) draagt. Onder deze omstandigheden mocht het hof niet volstaan met de overweging dat prof. Grievink niet heeft verklaard dat de beoordeling van de maker van de selectie subjectief is, en dat zulks in zijn verklaring ook niet besloten ligt.

3.6.3. Tegen deze achtergrond behoefde voorts nadere motivering op welke punten het hof in rov. 4.7 nader feitelijk onderzoek noodzakelijk achtte en waarom de noodzakelijk geachte feitelijke opheldering niet kon worden verkregen door het stellen van nadere vragen aan prof. Grievink of op een andere wijze, die passend kan worden geacht in het kader van een kort geding waarin volgens de stellingen van beide partijen voor hen grote belangen zijn gemoeid, terwijl het hier een zaak betreft, waarin het belang van de aanlegger bij het verkrijgen van een voorziening met het oog op een effectieve bescherming van het recht bijzonder klemmend is.

3.6.4. De onderdelen 2 en 3 behoeven voor het overige geen behandeling.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 7 oktober 2004;

verwijst het geding naar het gerechtshof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt [verweerder] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Technip begroot op € 509,98 aan verschotten en € 2600 voor salaris.

---

**Conclusie Advocaat-Generaal Verkade**

## 1. Inleiding

Het geschil tussen partijen in dit kort geding is in cassatie beperkt tot de vraag of het hof rechtens juist en voldoende gemotiveerd tot het oordeel is gekomen dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat het zgn. kinetisch schema dat deel uitmaakt van Technips computerprogramma Spyro een werk in de zin van de Auteurswet is, respectievelijk of het hof daarnaar in dit kort geding nader onderzoek had moeten doen.

De klachten van Technip tegen 's hofs arrest kunnen m.i. niet tot cassatie leiden.

## 2. Feiten

In rov. 2.1 t/m 2.8 van het vonnis in eerste aanleg d.d. 26 februari 2004 heeft de voorzieningenrechter een aantal feiten als vaststaand aangenomen. Blijkens rov. 3 van het arrest a quo is ook het hof hiervan uitgegaan. In cassatie is van deze feitenvaststelling m.i. nog slechts het volgende van belang (in het vonnis nrs. 2.1, 2.2 en 2.8):

a. Technip is auteursrechthebbende op het computerprogramma Spyro (hierna: Spyro), een simulatieprogramma ten behoeve van onder meer de sturing van het productieproces van ethyleen en propyleen in de petrochemische industrie.

b. Essentieel onderdeel van Spyro is een kinetisch schema, waarin genoemd productieproces schematisch in onder andere een verzameling chemische reactievergelijkingen wordt weergegeven (hierna: het kinetisch schema).

c. [verweerder] heeft op 10 september 2003 aangegeven voornemens te zijn het kinetisch schema van Primo/Genics te publiceren. Technip heeft hierop aan [verweerder] bericht een dergelijke publicatie niet toe te staan, stellende dat daarmee Technips auteursrechten op Spyro worden geschonden.

## 3. Procesverloop

3.1. Bij exploit d.d. 21 januari 2004 heeft Technip [verweerder] in kort geding voor de voorzieningenrechter van de rechtbank te Utrecht gedagvaard. Technip vorderde, kort samengevat,

(A) [verweerder] te verbieden het kinetisch schema van Primo/Genics of elk ander aan Spyro ontleend gegeven aan derden te openbaren,

(B) [verweerder] te gebieden opgave te doen van elke door hem geïnitieerde openbaarmaking, en

(C) [verweerder] te gebieden eventuele openbaarstellingen voor zover mogelijk ongedaan te maken, een en ander op straffe van te verbeuren dwangsommen.

3.2. [verweerder] voerde gemotiveerd verweer. In reconventie vorderde hij, kort samengevat, Technip te veroordelen tot een schriftelijke verklaring die [verweerder] aan derden zou kunnen overleggen met de strekking dat [verweerder] gerechtigd is op zijn know-how te gebruiken en daarover te publiceren teneinde hem in staat te stellen daarmee inkomen te verwerven.

3.3. Bij vonnis van 26 februari 2004 heeft de voorzieningenrechter de vordering in conventie bedoeld onder (A) in hoofdzaak toegewezen en die bedoeld onder (B) en (C) afgewezen. Hij heeft de voorts de vordering in reconventie afgewezen.

3.4. In (spoed)appel heeft [verweerder] gevorderd dat het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd wordt en dat alle vorderingen van Technip in conventie alsnog worden afgewezen, en alle vorderingen in reconventie van [verweerder] alsnog worden toegewezen. Technip voerde gemotiveerd verweer, zonder in appel te gaan ten aanzien van haar door de voorzieningenrechter afgewezen vorderingen.

Bij akte houdende vermeerdering van eis heeft Technip evenwel haar conventionele eisen vermeerderd met de eisen dat het hof, samengevat:

- [verweerder] zal verbieden het kinetisch schema of enig ander aan Spyro ontleend gegeven, daaronder begrepen de computerprogramma's Genics, Primo en/of PRIMX, te gebruiken in het kader van zijn commerciële activiteiten;

- [verweerder] zal verbieden in reclame-uitingen of andere uitingen in commercieel verband te verwijzen naar het kinetisch schema of enig ander aan Spyro ontleend gegeven, daaronder begrepen de computerprogramma's Genics, Primo en/of PRIMX, een en ander op straffe van het verbeuren van dwangsommen.

3.5. Na gehouden pleidooien heeft het hof bij arrest van 7 oktober 2004 het vonnis in conventie vernietigd en de door Technip gevraagde voorzieningen (alsnog) geweigerd. Het hof heeft het vonnis in reconventie bekrachtigd.

Het hof heeft daartoe, voor zover in cassatie van belang, overwogen:

"4.2. De eerste rechter heeft de toewijzing van vordering 1 van Technip doen berusten, kort gezegd, op de volgende overwegingen (hierna: overwegingen 1 tot en met 5). (1) Hij acht het aannemelijk dat het kinetisch schema dat een essentieel onderdeel van het computerprogramma Spyro is, een werk is met een eigen, oorspronkelijk karakter, dat het stempel van de maker(s) draagt, (2) zodat het werk voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt. (3) Omdat het kinetisch schema deel uitmaakt van Spyro - waarvan Technip auteursrechthebbende is - merkt hij publicatie van (een deel van) het kinetisch schema aan als inbreuk op het auteursrecht van Technip. (4) Hij neemt als vaststaand aan dat het kinetisch schema van het computerprogramma Primo/Genics gebaseerd is op en grotendeels overeen komt met het kinetisch schema van Spyro, (5) zodat hij voorshands oordeelt dat publicatie van het Primo/Genics kinetisch schema een inbreuk op het auteursrecht op Spyro vormt.

4.3. Overweging 1 is gebaseerd op het oordeel van de voorzieningenrechter dat hij het ervoor moet houden dat het kinetisch schema in elk geval deels tot stand is gekomen op de basis van subjectieve criteria, omdat hij als vaststaand aanneemt, als niet (voldoende) betwist, de met verwijzing naar schriftelijke verklaringen van professor Grievink (van 29 januari en 11 februari 2004, die in rechtsoverweging 4.2 van het bestreden vonnis zijn samengevat) aangevoerde stelling van Technip dat de selectie van de componenten en reacties van het kinetisch schema uiteindelijk heeft plaatsgevonden op de

basis van een subjectieve beoordeling, gebaseerd op de kennis, het inzicht en de ervaring van de maker.

4.4. Voor zover [verweerder] met zijn grieven I, II en III opkomt tegen evengenoemd oordeel, zijn die grieven terecht voorgesteld. Vooreerst valt uit de verklaringen van professor Grievink, voor zover van belang in deze procedure, niet (zonder meer) op te maken dat de selectie van de componenten en reacties die in het kinetisch schema tot uitdrukking zijn gekomen, uiteindelijk heeft plaatsgevonden op de basis van een subjectieve beoordeling.

4.5. Uit hetgeen professor Grievink verklaarde volgt niet anders dan dat die selectie geen wiskundig automatisme is, maar slechts kan plaatsvinden door de verkregen theoretische inzichten te toetsen en te verbeteren met behulp van experimenteel onderzoek, waarbij de maker van de selectie, die de literatuur op het gebied van de chemische reactie moet kennen, een goed experimenteel programma moet opzetten en uitvoeren om hypothesen te toetsen; en voorts dat de vereiste theoretische en experimentele inspanningen langjarig kunnen zijn, waarbij de effectiviteit van die grote inspanningen afhankelijk is van het individuele vermogen tot expertise en analyse van de betrokken maker van de selectie. Professor Grievink verklaart aldus niet dat de beoordeling van de maker van de selectie subjectief is, terwijl dat in zijn verklaringen ook niet besloten ligt.

4.6. Vervolgens kan ook niet worden geoordeeld dat [verweerder] niet voldoende heeft betwist dat de selectie van componenten en reacties die in het kinetisch schema tot uitdrukking zijn gekomen, uiteindelijk heeft plaatsgevonden op de basis van een subjectieve beoordeling, gebaseerd op de kennis, het inzicht en de ervaring van de maker. Dat heeft hij wél en de betwisting wordt gestaafd door de verklaringen van professor Grievink.

4.7. De partijen verschillen van mening over het antwoord op de vraag of het kinetisch schema - los van het computerprogramma Spyro, waarvan het een essentieel onderdeel is - zelf een werk is niet een eigen, oorspronkelijk karakter, dat het stempel van de maker draagt. Dat antwoord kan niet worden gegeven zonder feitelijk onderzoek waarvoor in dit korte geding geen plaats is. Dat betekent dat overweging 1 niet als juist kan worden aanvaard.

4.8. Daaruit volgt dat overweging 2 voorbarig is en voorshands evenmin als juist kan worden beschouwd.

4.9. Overweging 3 schiet eveneens tekort. De daartegen gerichte grief IV moet gegrond worden geacht, want de enkele omstandigheid dat het kinetisch schema een essentieel onderdeel van Spyro uitmaakt, kan niet meebrengen dat publicatie van dat onderdeel (of een deel ervan) moet worden aangemerkt als inbreuk op het auteursrecht van Technip ten aanzien van Spyro. Niet bestreden is dat het kinetisch schema zich ook leent voor toepassing in andere computerprogramma's dan Spyro.

4.10. Het voorgaande brengt mee dat ook de overwegingen 4 en 5 niet kunnen worden onderschreven, alsmede dat de door Technip gevorderde voorzieningen niet kunnen worden gegrond op de gestelde inbreuk

van een auteursrecht van Technip ten aanzien van het kinetisch schema, dat een essentieel onderdeel van het computerprogramma Spyro is. Op een andere auteursrechtinbreuk is vordering 1 van Technip niet gegrond. De grieven I tot en met VI behoeven dan niet verder besproken te worden."

3.6. Tegen 's hofs arrest heeft Technip - tijdig - beroep in cassatie ingesteld. Tegen [verweerder] is verstek verleend. Technip heeft haar cassatiemiddel schriftelijk doen toelichten.

#### **4. Bespreking van het cassatiemiddel**

4.1. Deel A van het middel bevat een inleiding. De klachten zijn neergelegd in deel B, onderdelen 1, 2 en 3.

Onderdeel 1 verwijt het hof een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot het auteursrechtelijke "werk"-begrip. Voor het geval dat de Hoge Raad zou oordelen dat het hof ten deze niet van een onjuiste rechtsopvatting zou zijn uitgegaan, verwijt onderdeel 2 het hof dat de motivering om in casu geen auteursrechtelijk beschermd werk aan te nemen, onvoldoende begrijpelijk zou zijn. Onderdeel 3 ten slotte klaagt tegen de achtergrond van HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659 (Vredo/Veenhuis) erover dat het hof als kort gedingrechter in te ruime mate ("onvoldoende terughoudend") gebruik gemaakt heeft van zijn bevoegdheid om, indien hij zich niet het voor een verantwoorde beslissing vereiste inzicht kan verschaffen, de gevraagde voorziening te weigeren, respectievelijk geen nadere instructie toe te staan.

4.2. Ten aanzien van de onderdelen 1 en 2 stel ik het volgende voorop.

Technip heeft (evenals [verweerder]) het beroep op auteursrecht in deze zaak toegespitst op het kinetisch schema als onderdeel van het computerprogramma Spyro (vgl. onder "2. Feiten" sub b en onder "3. Procesverloop" nr. 3.1). Niet gesteld of gebleken is dat het kinetisch schema zelf moet gelden als een computerprogramma of als "voorbereidend materiaal" (in de zin van art. 10 lid 1 onder 12e Auteurswet 1912) voor een computerprogramma.

Ik plaats deze opmerking om aan te geven dat, tegen deze achtergrond, zowel partijen als de voorzieningenrechter en het hof, terecht zijn uitgegaan van de uitleg en toepassing van art. 1 en 10 Auteurswet 1912 ten aanzien van het auteursrechtelijke werkbegrip in het algemeen (vgl. art. 10, aanhef en art. 10, lid 1, slot: "...en in het algemeen ieder voortbrengsel op het gebied van letterkunde, wetenschap of kunst, op welke wijze of in welken vorm het ook tot uitdrukking zij gebracht").

Technip heeft zich (tegen deze achtergrond terecht) dus niet beroepen op kwalificatie van het kinetisch schema (als zodanig) als een "computerprogramma" of "het voorbereidend materiaal" voor een computerprogramma in de zin van art. 10 lid 1 onder 12o Auteurswet 1912 en (daarmee) in de zin van art. 1 van Richtlijn 91/250/EEG van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's. Communautairrechtelijke uitleg van aan de auteursrechtelijke bescherming van een computerprogramma

(en het voorbereidend materiaal) te stellen drempeleisen is daarmee in deze zaak niet aan de orde.

Technip heeft ook geen beroep op bescherming van het kinetisch schema als "geschrift" in de zin van art. 10 lid 1 onder 1o Aw. Ook het bijzondere zgn. "geschriften-beschermingsregime" van de Auteurswet komt daarmee in deze zaak niet in beeld.

Onderdeel 1

4.3. Bij onderdeel 1 is aan de orde de auteursrechtelijke zgn. werktoets, waaraan het kinetisch schema naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter voldeed, maar waarover het hof anders oordeelde.

4.4. In aansluiting op het tussen partijen gevoerde debat hebben zowel de voorzieningenrechter als het hof zich hierbij - terecht - met name georiënteerd op het Van Dale/Romme-arrest van uw Raad van 1991.<sup>1</sup> In vergelijking tot hetgeen het Amsterdamse hof in die zaak toen oordeelde, bleek uw Raad de drempeleis voor een auteursrechtelijk beschermd werk hoger te stellen, blijkens gegrond bevonden klachten van Romme.

Het hof had auteursrecht aangenomen op Van Dale's loutere ca. 230.000 trefwoorden (lemmata), als zijnde "een oorspronkelijke selectie" in verband met toevoeging en weglating van woorden ten opzichte van de vorige druk. De Hoge Raad oordeelde evenwel:

"3.4. (...) Op zich zelf is zulk een verzameling immers niet meer dan een hoeveelheid feitelijke gegevens die als zodanig voor auteursrechtelijke bescherming niet in aanmerking komt. Dat zou slechts anders zijn indien de verzameling het resultaat zou zijn van een selectie die een persoonlijke visie van de maker tot uitdrukking brengt.

Uit hetgeen het hof heeft overwogen valt niet op te maken dat het om zulk een selectie gaat. Daarin is, integendeel, slechts sprake van "de schat van woorden die deel uitmaken van de Nederlandse taal", waarbij ten aanzien van de selectiecriteria niet anders blijkt dan dat het gaat om woorden die in een modern woordenboek als de Grote Van Dale voor vermelding in aanmerking komen.

Uit het voorgaande volgt dat het hof hetzij is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van het begrip werk in de Auteurswet 1912, hetzij zijn oordeel niet genoegzaam heeft gemotiveerd. (...)"

4.5. Het arrest Van Dale/Romme is destijds en ook later ampel becommentarieerd, waarbij het perspectief uiteraard niet alleen tot de inzet van die zaak (het al dan niet eigen karakter van een selectie van 230.000 woorden uit de Nederlandse taal) is beperkt. De meest recente evaluatie valt aan te treffen in de 3e druk (2005) van Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht, § 3.1 e.v., i.h.b. §§ 3.8-3.14. Ik neem de vrijheid<sup>2</sup> hieraan de volgende (voor de beoordeling van de onderhavige zaak meest relevante) citaten<sup>3</sup> te ontleen:

(Uit § 3.9:) "Wellicht de belangrijkste aan een werk te stellen eis is, dat het een eigen karakter moet hebben.

Dit kan in zeer uiteenlopende aspecten van het werk tot uitdrukking komen.

(...)

Romans, schilderijen, symfonieën en dergelijke voldoen in feite altijd aan deze eis. Hoogstens kan het voorkomen dat de "auteur" zijn werk van een ander heeft overgenomen; ook dan heeft het werk een eigen karakter, alleen is het niet het werk van degene die zich als maker voordoet, maar van degene van wie hij het heeft overgenomen.

Twijfel over de vraag of een werk een eigen karakter heeft, en dus wel als werk kan gelden, komt in de praktijk dan ook vrijwel alleen voor bij voortbrengselen waarvan de maker weinig ruimte heeft gehad voor eigen inbreng, dan wel vérgaand heeft voortgeborduurd op een bestaande stijl, zoals met name het geval kan zijn bij werken van toegepaste kunst, technische tekeningen, computerprogramma's, en voorts zeer kleine werken zoals slagzinnen, korte berichtjes en dergelijke. Het is niet toevallig dat met name over de vraag of een bepaald voorwerp van toegepaste kunst een auteursrechtelijk beschermd werk is, veel jurisprudentie bestaat (zie ook par. 3.38).

In de praktijk kan men voor de vraag of een werk een eigen karakter heeft veelal de volgende vuistregel hanteren: is denkbaar dat twee auteurs, onafhankelijk van elkaar, exact hetzelfde werk maken? Als dit menselijkerwijs uitgesloten moet worden geacht is al snel het vermoeden gerechtvaardigd dat het aan die eis voldoet. Overigens dient met zich wel bewust te blijven van het feit dat het hier een vuistregel betreft, die niet als zelfstandig beslissend criterium mag worden gehanteerd." (Uit § 3.10:) "Men zegt wel dat het auteursrecht alleen de vorm beschermt, niet de inhoud.

(...)

Liever dan tussen vorm en inhoud willen wij onderscheiden tussen de subjectieve en objectieve trekken van een werk.

Objectief (feitelijk) is om te beginnen al het reeds bestaande materiaal dat de auteur in zijn werk heeft verwerkt: feiten, gegevens, gebruikelijke uitdrukkingen, bestaande stijlkenmerken, gangbare vormen, e.d. Daarnaast is ook datgene objectief dat weliswaar van de auteur afkomstig is, maar dat een objectieve geldigheid bezit: logische - hoezeer wellicht ook verrassende - theorieën, redeneringen, ontdekkingen, onderzoeksresultaten e.d., alsmede datgene wat voortvloeit uit functionele eisen.

Subjectief (persoonlijk) is daartegenover al datgene waarvoor geen objectieve maatstaf aanwezig is, en dat de auteur dus bepaalt op grond van zijn eigen smaak, voorkeur of gewoonte. Voorbeelden kwamen hierboven al ter sprake, bij de bespreking van de vraag, wat het eigen karakter van een werk uitmaakt. De manier waarop een auteur zijn onderwerp, zijn materiaal, zijn voorbeelden en zijn woorden kiest, waarop hij zijn verhaal opbouwt; waarop de schilder zijn tafereel afbakt en het gestalte en kleur geeft - uit dat alles volgt het eigen karakter, steeds wanneer niet uit de gestelde taak en de regels van de kunst objectief volgt dat het op een bepaalde manier moet.

<sup>1</sup> HR 4 januari 1991, NJ 1991, 608 m.nt. DWFV, AA 41 (1992) 1, p. 31 m.nt. HCJ, AMI 1991, p. 177 m.nt. JHS, CR 1991, p. 84 m.nt. Hugenholtz, IER 1991, nr. 38, p. 96 m.nt. FWG

<sup>2</sup> En toegegeven, ook wel het gemak.

<sup>3</sup> Voetnoten uit dat boek zijn hier niet overgenomen.

Huydecoper en Quaadvlieg hebben er terecht op gewezen dat ook constructies van zuiver technische aard de ontwerper ruimte laten voor subjectieve keuzes. Een te sterk (en eenzijdig) accent op de keuzevrijheid kan er daarom toe leiden dat men eerder geneigd kan zijn om ook dergelijke constructies, na toetsing op hun subjectieve eigen karakter, tot werken te bestempelen en langs auteursrechtelijke weg te beschermen. Quaadvlieg wil daarom min of meer toevallige keuzes van een ingenieur buiten beschouwing laten, omdat diens aandacht z.i. uitsluitend gericht was op het oplossen van technische problemen; dergelijke keuzes vormen daarom niet de "uiting van datgene wat de maker tot zijn arbeid heeft bewogen". Zie verder par. 3.14.

Hugenholtz merkt op, dat het criterium van de keuzevrijheid de keuzes vrijlaat die als de "beste" vallen te beschouwen, met het gevolg dat "alleen de suboptimale keuze gemonopoliseerd wordt". O.i. is dat een wat al te sombere constatering. Veeleer kan men constateren dat het auteursrecht zijn bescherming richt op aspecten van een voortbrengsel welke optimalisering in het geheel niet aan de orde is.

Daarnaast constateert Hugenholtz dat het van de context kan afhangen of een keuze subjectief dan wel objectief is. Dat is juist, maar het zal gewoonlijk slechts spelen voor enkele van de vele keuzen die aan de orde zijn. Zo kan Hugenholtz net als ieder van ons in vrijheid, en dus subjectief kiezen om een boek over softwarebescherming te schrijven. Een aantal aspecten van het te schrijven boek vloeit vervolgens echter min of meer noodzakelijk uit die eerste keuze voort.

Uit het bovenstaande volgt dat auteursrechtelijk niet ter zake doet of een werk mooi of lelijk, goed of slecht, al dan niet van een hoog wetenschappelijk gehalte is; voor de beoordeling van het eigen karakter speelt het kwaliteitsoordeel geen rol.

Hetzelfde geldt voor de vraag of het al dan niet veel moeite heeft gekost om het werk te maken. Een in een ogenblik gemaakte foto kan dan ook even goed beschermd zijn als een schilderij waar de schilder maanden aan heeft gewerkt.

Ook de omvang van het werk is geen (zelfstandige) maatstaf voor de beoordeling van het eigen karakter. Weliswaar zal de auteur gewoonlijk meer speelruimte hebben voor eigen inbreng naarmate het werk omvangrijker en complexer is, maar veel zal daarbij afhangen van het soort werk, en beslissend blijft steeds of hij de beschikbare creatieve vrijheid ook daadwerkelijk heeft benut. Het eigen karakter van een kort gedicht kan dan ook groter zijn dan dat van een lang rapport.

Het eigen karakter moet worden beoordeeld naar de situatie ten tijde van het tot stand komen van het voortbrengsel. Voor de vraag of van een werk sprake is doet derhalve niet terzake of bepaalde aspecten daarvan sindsdien gebruikelijk geworden zijn en daardoor niet meer als origineel worden ervaren.

Het feit dat bepaalde aspecten in de loop der tijd gebruikelijk zijn geworden zou mogelijk wel een rol kunnen spelen bij de beschermingsomvang van het werk."

(Uit § 3.12, na weergave Van Dale/Romme-arrest:)

"O.i. heeft de HR met de hier besproken formulering geen zwaardere toets willen introduceren dan voordien gold. (...) Wel maakt de HR met nadruk duidelijk dat betrokkenheid van de auteur bij het ontstaan van het werk voorwaarde blijft voor bescherming. Behalve in de woorden "persoonlijk stempel" ligt dat o.i. eveneens besloten in het woord "eigen, oorspronkelijk karakter". Waarom de HR dit woord hier gebruikt (in de oude werktroets kwam het niet voor) valt niet met zekerheid te zeggen. Zoals in par. 3.3 reeds besproken, wordt oorspronkelijkheid gebruikt in verschillende betekenissen; het kan zowel een aanduiding zijn van kwaliteit (wat alledaags is kan geen werk zijn), van verbondenheid met de auteur (het werk is het resultaat van persoonlijke schepping), als van uniciteit (onafhankelijk identieke schepping is uitgesloten). Het laatste ligt reeds min of meer besloten in de woorden "eigen karakter", en gezien het feit dat de huidige formulering haar intrede deed in het Screenprints-arrest, gewijd aan autojaloerieën welke bescherming niet a priori werd afgewezen, gaat het ons vooralsnog te ver om aan te nemen dat de HR met "oorspronkelijkheid" een kwaliteitseis heeft willen introduceren. Het meest aannemelijk lijkt ons, dat de HR de "verbondenheid met de auteur" die ook in de woorden "persoonlijk stempel" besloten ligt extra heeft willen benadrukken. Daarmee lijkt de HR althans een grens te willen stellen aan een waarneembare tendens in literatuur en lagere jurisprudentie om het enkele eigen karakter tot een geheel zelfstandige toets te maken.

Van oudsher heeft men gezocht naar objectieve criteria waaraan een werk - liefst eens en voor altijd - herkend kan worden. De rechtspraak heeft behoefte aan eenvoudige en betrouwbare maatstaven, en er werd en wordt naar gestreefd om subjectieve waardeoordelen - niet denkbeeldig bij de invulling van op papier hoogdravende begrippen als letterkunde, wetenschap en kunst - zoveel mogelijk te vermijden als het gaat om de auteursrechtelijke beschermbaarheid.

Op zich zelf is dit een begrijpelijk en toe te juichen streven. Het uitbannen van het subjectieve oordeel kan echter ook leiden tot een onwenselijke reductie, iets wat bij de toepassing van het eigen karakter als enige maatstaf inderdaad soms lijkt te gebeuren. In haar uiterste consequentie kan deze ontwikkeling er toe leiden dat alleen wordt nagegaan of het product "statistisch gezien uniek" is. De hierboven beschreven vuistregel: "is denkbaar dat twee auteurs, onafhankelijk van elkaar, exact hetzelfde werk maken?" is dan niet langer een hulpmiddel, maar wordt tot enige maatstaf. Dit bergt het gevaar in zich dat de relatie tussen auteur en werk, die het fundament van het auteursrecht vormt, uit het beeld kan verdwijnen. Verschillende auteurs, zoals Gerbrandy en Quaadvlieg waarschuwen dan ook tegen al te gemakkelijke bescherming van allerhande voortbrengselen door middel van het auteursrecht.

Terecht wijst Gerbrandy erop dat oorspronkelijkheid een rechtsbegrip is. Het begrip leent zich niet voor mechanische toepassing, maar zal altijd geïnterpreteerd moeten worden. Recht is nu eenmaal geen exacte wetenschap, maar blijft een *ars boni et aequi*.

Deze kwestie ontleent ook actualiteit aan het toenemende gebruik van computers bij het maken van werken, en de daaruit resulterende vraag of producten die aldus zonder menselijke sturing tot stand komen, bijv. computervertalingen (die overigens nog steeds in het experimentele stadium zijn) of door een computer gegenereerde muziek beschermd kunnen zijn. De Engelse Copyright Act van 1988 beantwoordt deze vraag bevestigend, maar de HR lijkt aan te geven dat in ons systeem geen plaats is voor een auteursrecht zonder auteurs."

(Uit § 3.13:) "Het persoonlijk stempel moet blijken uit het werk zelf, niet uit daarbuiten gelegen omstandigheden.

Dat volgt uit de formulering die de HR in o.m. het Van Dale-arrest gebruikt: beschermd wordt een voortbrengsel dat [...] het persoonlijk stempel van de maker draagt. Weliswaar overweegt de HR eveneens dat de trefwoordenverzameling slechts in aanmerking komt voor bescherming indien zij "het resultaat zou zijn van een selectie die een persoonlijke visie van de maker tot uitdrukking brengt", maar dat betekent niet dat die persoonlijke visie nu ook geëxpliciteerd zou moeten worden. Kenbron voor het persoonlijk stempel blijft het werk.

Gerbrandy lijkt van oordeel te zijn dat een persoonlijk stempel ook zonder eigen, oorspronkelijk karakter van het werk mogelijk is, en toereikend kan zijn voor bescherming. Als voorbeelden noemt hij o.a. een concordantie op de bijbel, alsmede een volledigheid nastrevende inventarisatie (zoals Koechels Verzeichnis van Mozarts composities) of uitgave van de werken van één auteur (zoals Heijermans' toneelwerken). Zelfs buiten het werk gelegen factoren komen in aanmerking, zoals het door een fotograaf genomen risico. Dit lijkt evenwel niet verenigbaar met de jurisprudentie van de HR, die immers allereerst een eigen, oorspronkelijk karakter van het werk vereist, iets wat o.i. in de genoemde aspecten niet te vinden valt. Naar onze mening nemen verdienstelijkheid en begrijpelijke bewondering hier de plaats in van oorspronkelijkheid."

Tot zover deze voor de beoordeling van onderdelen 1 en 2 relevante citaten.

4.6. De door onderdeel 1 opgeworpen vraag is of in het licht van met name het arrest Van Dale/Romme geoordeeld moet worden dat het hof in de onderhavige zaak Technip/[verweerder] van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan.

4.7. Het inleidende subonderdeel 1.a betoogt dat 's hofs rov. 4.4-4.6 berusten op een onjuiste rechtsopvatting van de criteria "eigen oorspronkelijk karakter" en/of "persoonlijk stempel", voor zover het hof met zijn criterium "subjectieve beoordeling" heeft bedoeld:

(i) dat dit karakter en/of stempel niet (slechts) gebaseerd mag zijn op wetenschappelijk(e) en/of technisch(e) - uit intensieve en langdurige onderzoeken en experimenten verkregen - kennis, inzicht en ervaring gebaseerde keuzes bij (in casu) de selectie ten behoeve van zo'n kinetisch schema van een groot aantal chemische componenten en reacties uit een veel groter (schier

oneindig) aantal van dergelijke componenten en reacties;

(ii) dat dergelijke selecties vanwege het objectieve wetenschappelijke en dus als zodanig niet auteursrechtelijk beschermde karakter van alle afzonderlijke aldus in het kinetisch schema opgenomen componenten en reacties en/of vanwege de technische doeleinden die met deze selecties voor zo'n schema worden nagestreefd, niet of onvoldoende van de rechten vereiste, persoonlijke oorspronkelijkheid, invloed en/of creativiteit zouden getuigen.

Subonderdeel 1.b betoogt dat aan de vervulling van de vereisten van een "eigen oorspronkelijk karakter" en/of "persoonlijk stempel" voor de auteursrechtelijke bescherming van een selectie of verzameling immers rechtens niet - althans zeker niet zonder meer - afdoet:

(i) dat de beoordeling resp. keuzes op basis waarvan de betreffende selectie of verzameling is tot stand gebracht, gestuurd is door des makers expertise en analyse, resp. gericht is op doeleinden, van wetenschappelijke en/of technische aard, in plaats van bijvoorbeeld gestuurd door persoonlijke smaak of voorkeur en gericht op een esthetisch of opiniërend doel;

(ii) dat geen van alle elementen van de op basis van bovenbedoelde inzichten en doeleinden gemaakte selectie of verzameling, afzonderlijk en als zodanig voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen, omdat zij objectieve wetenschappelijke en/of technische gegevens en wetmatigheden vormen.

4.8. Kennelijk uit beduchtheid voor het oordeel dat de hier weergegeven klachten feitelijke grondslag missen, omdat Technip in de aangevallen rechtsoverwegingen van het hof meer of anders leest dan het hof nu eenmaal overwogen heeft, geeft het slot van subonderdeel 1.b ten deze nog het volgende schot voor deze boeg:

"Aangezien 1e) in [verweerder] betoog (verweer resp. grieven) zo'n grote nadruk lag op aspecten als "persoonlijke smaak of voorkeur" (i.t.t. "judicious choices"; zie o.a. MvG § 39 en plta II § 20) en "objectieve wetenschappelijke gegevens resp. wetmatigheden" (zie bij onderdeel 2.b sub i hierna) en 2e) het hof in r.o. 4.6 - zonder enige nadere specificatie - [verweerder] betoog als een "voldoende betwisting" heeft aangemerkt van Technips beroep op het "werk"-karakter van haar kinetisch schema, moet althans mag in cassatie worden aangenomen dat het hof de juist hierboven sub (i) en (ii) bedoelde rechtsopvattingen - volgens Technip dus ten onrechte - afwijst."

4.9. Ook als ik met Technip ervan uitga dat de subonderdelen 1.a en 1.b niet (althans niet aanstonds) feitelijke grondslag missen, kunnen zij m.i. niet tot cassatie leiden, omdat het door Technip in subonderdeel 1.a aan het hof toegeschreven rechtsoordeel in het licht van het arrest Van Dale/Romme m.i. niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigt.

4.9.1. 's Hof's oordeel komt er samengevat op neer dat een selectie die op basis van "kennis of kunde" of technische vereisten is gemaakt (nog) niet in voldoende mate van subjectiviteit getuigt om (al) als werk te kunnen worden aangemerkt. Voorts gaat het hof ervan uit

dat de elementen waaruit deze selectie bestaat auteursrechtelijk niet beschermd zijn, omdat het (enkel) om wetenschappelijke of technische gegevens en wetmatigheden gaat.

4.9.2. Dat oordeel wordt dus in subonderdeel 1.a als rechtens onjuist aangevallen. In subonderdeel 1.b wordt deze klacht uitgewerkt met behulp van de zojuist geciteerde stellingen (i) en (ii); het hof zou hebben miskend dat aan het werkarakter niet afdoet dat de selectie door expertise of technische vereisten is bepaald, of dat de selectie auteursrechtelijk niet beschermde gegevens omvat.

4.9.3. Aan de hand van een bespreking van de in subonderdeel 1.b geponeerde stellingen ga ik na of de door subonderdeel 1.a bestreden rechtsopvatting onjuist is.

4.10. In subonderdeel 1.b benadrukt Technip dus vooreerst onder (i) dat aan de vervulling van de vereisten van een "eigen oorspronkelijk karakter" en/of "persoonlijk stempel" voor de auteursrechtelijke bescherming van een selectie of verzameling rechtens niet (zonder meer) afdoet dat de beoordeling resp. keuzes op basis waarvan de betreffende selectie of verzameling is tot stand gebracht, gestuurd is door des makers expertise en analyse, resp. gericht is op doeleinden, van wetenschappelijke en/of technische aard, in plaats van bijvoorbeeld gestuurd door persoonlijke smaak of voorkeur en gericht op een esthetisch of opiniërend doel.

4.10.1. Ook als uitgegaan wordt van de juistheid van deze stelling, moet (in de eerste plaats) gelden dat zij, anders dan de klacht suggereert, niet zo maar omkeerbaar is. Dat de aan een tot stand gebrachte selectie of verzameling ten grondslag liggende beoordeling resp. keuzes gestuurd is door des makers expertise en analyse, resp. gericht is op doeleinden, van wetenschappelijke en/of technische aard, hoeft inderdaad niet (zonder meer) aan het werkarakter af te doen, maar de vraag is nu juist of met dit een en ander het werkarakter gegeven is.

Die vraag is, naar het mij voorkomt, door de Hoge Raad in het Van Dale/Romme-arrest nu juist ontkenkend beantwoord. Vgl. andermaal rov. 3.4, eerste alinea van dat arrest, met door mij toegevoegde cursivering:

"3.4. (...) Op zich zelf is zulk een verzameling immers niet meer dan een hoeveelheid feitelijke gegevens die als zodanig voor auteursrechtelijke bescherming niet in aanmerking komt. Dat zou slechts anders zijn indien de verzameling het resultaat zou zijn van een selectie die een persoonlijke visie van de maker tot uitdrukking brengt."

Ik wijs andermaal op de inzet van die zaak, waarbij Van Dale's selectie van 230.000 trefwoorden, niet (zonder, ontbrekende, nadere motivering) kon gelden als "een oorspronkelijke selectie", óók niet met het argument dat sprake was van "de schat van woorden die deel uitmaken van de Nederlandse taal", nu ten aanzien van de selectiecriteria niet anders gebleken was dan dat het gaat om woorden die in een modern woordenboek als de Grote Van Dale voor vermelding in aanmerking komen.

Ik teken hierbij ten overvloede aan dat naar men mocht en mag aannemen, ook de Van Dale-redactie niet naar willekeur of persoonlijke smaak te werk ging, doch zich daarentegen - naar men eveneens mag aannemen - baseerde op keuzes gestuurd door expertise en analyse, resp. gericht op doeleinden van wetenschappelijke aard. 4.10.2. In de tweede plaats roept Technip onderhavige stelling m.i. een al te zwart/witte (en in zoverre onzuivere) tegenstelling op, waar tegenover elkaar gesteld worden enerzijds beoordeling resp. keuzes gestuurd door expertise en analyse, of gericht op doeleinden van wetenschappelijke en/of technische aard, en anderzijds keuzes op grond van persoonlijke smaak of voorkeur en gericht op een esthetisch of opiniërend doel. Hoewel het onderscheid tussen beide categorieën op zichzelf dienstig is bij het onderscheiden tussen subjectieve en objectieve (wél resp. níet) voor auteursrechtelijke bescherming aanmerking komende trekken, ligt het voor de hand om te onderkennen dat de werkelijkheid hier grijstinten kan laten zien, waarbij redelijke mensen over de meest passende categorisering van mening kunnen verschillen. De vorige volzin is uiteraard een opmaat naar mijn nu geëxpliciteerde mening dat er tussen notoir "zwart" en notoir "wit" een gebied ligt dat aan de feitenrechter moet worden voorbehouden, en waarbij diens oordeel in cassatie dus niet op juistheid, doch slechts op begrijpelijkheid kan worden getoetst.

4.11. Thans mijn commentaar op de in subonderdeel 1.b onder (ii) door Technip verdedigde stelling dat aan de vervulling van de vereisten van een "eigen oorspronkelijk karakter" en/of "persoonlijk stempel" voor de auteursrechtelijke bescherming van een selectie of verzameling rechtens óók niet (zonder meer) afdoet dat geen van alle elementen van de op basis van onder (i) bedoelde inzichten en doeleinden gemaakte selectie of verzameling, afzonderlijk en als zodanig voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen, omdat zij objectieve wetenschappelijke en/of technische gegevens en wetmatigheden vormen.

Deze stelling komt mij op zichzelf juist voor, maar ook hier moet (net zoals ik hierboven aangaf met betrekking tot stelling (i) van subonderdeel 1.b) gelden dat zij niet zo maar omkeerbaar is. Dat geen van alle elementen van de op basis van onder (i) bedoelde inzichten en doeleinden gemaakte selectie of verzameling, afzonderlijk en als zodanig voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen, omdat zij objectieve wetenschappelijke en/of technische gegevens en wetmatigheden vormen, behoeft (wederom) niet of niet zonder meer aan het werkarakter af te doen, maar de vraag is (wederom) nu juist of onder deze omstandigheden het werkarakter gegeven is. Dat (ook) die vraag door de Hoge Raad in het Van Dale/Romme-arrest ontkenkend is beantwoord, blijkt m.i. uit hetgeen ik in nr. 4.10.1 uit dat arrest aanhaalde en over de inzet van die zaak vermeldde.

4.12. Het hof heeft, door in rov. 4.4-4.5, voor zover hier relevant, te oordelen:

"4.4. (...) Vooreerst valt uit de verklaringen van professor Grievink, voor zover van belang in deze procedure, niet (zonder meer) op te maken dat de selectie van de

componenten en reacties die in het kinetisch schema tot uitdrukking zijn gekomen, uiteindelijk heeft plaatsgevonden op de basis van een subjectieve beoordeling.

4.5. Uit hetgeen professor Grievink verklaarde volgt niet anders dan dat die selectie geen wiskundig automatische is, maar slechts kan plaatsvinden door de verkregen theoretische inzichten te toetsen en te verbeteren met behulp van experimenteel onderzoek, waarbij de maker van de selectie, die de literatuur op het gebied van de chemische reactie moet kennen, een goed experimenteel programma moet opzetten en uitvoeren om hypothesen te toetsen; en voorts dat de vereiste theoretische en experimentele inspanningen langjarig kunnen zijn, waarbij de effectiviteit van die grote inspanningen afhankelijk is van het individuele vermogen tot expertise en analyse van de betrokken maker van de selectie. Professor Grievink verklaart aldus niet dat de beoordeling van de maker van de selectie subjectief is, terwijl dat in zijn verklaringen ook niet besloten ligt."

m.i. dan ook, als gezegd, geen rechtsregel geschonden. Daarop stuit subonderdeel 1.a af. Voorzover subonderdeel 1.b een zelfstandige klacht vertolkt over het miskennen van de daarin verwoorde stellingen, mist deze feitelijke grondslag.

Voorzover de rechtsklacht van subonderdelen 1.a en 1.b zich mede richt tegen rov. 4.6, deelt die klacht hetzelfde lot.

4.13. Hieraan kan subonderdeel 1.c niet afdoen. Volgens dat subonderdeel zou het in de subonderdelen 1.a en 1.b gestelde temeer klemmen omdat Technip, onweersproken door [verweerder], heeft gesteld dat het - juist vanwege de ontelbare keuzemogelijkheden en de overwegende invloed van de persoonsgebonden inzichten, expertise en analyse bij dit (onderzoeken, experimenteren en) selecteren - ondenkbaar is dat twee onafhankelijk van elkaar door verschillende (teams van) wetenschappers, ook voor dezelfde doeleinden ontwikkelde kinetische schema's (in relevante mate) zouden overeenstemmen.

4.14. De in subonderdeel 1.c vervatte rechtsklacht<sup>4</sup> faalt omdat niet aangegeven wordt, noch anderszins duidelijk is welke rechtsregel het hof geschonden zou hebben.

Er bestaat niet een rechtsregel die inhoudt dat onder de in het subonderdeel geschetste omstandigheden uitgegaan zou moeten worden van een auteursrechtelijk beschermd werk. In de literatuur wordt in dit verband slechts van een "vuistregel" gesproken, en gewaarschuwd tegen verabsolutering daarvan<sup>5</sup>.

Het is immers zo dat - zelfs - ontelbare keuzemogelijkheden en de overwegende invloed van de persoonsgebonden inzichten, expertise en analyse bij dit onderzoeken, experimenteren en selecteren, niet dwingen tot de conclusie dat er sprake is van een persoonlijke keuze in de zin van 's Hogen Raads Van Dale/Romme-arrest. De inzet van dat arrest bevestigt het weer: bij de vraag hoeveel van de - ook zo goed als ontelbare - in de Nederlandse taal (ooit) voorkomende

woorden in de Grote Van Dale zouden moeten worden opgenomen, en welke, was en is uiteraard evenzeer ondenkbaar dat, gelet op de ook daar ontelbare keuzemogelijkheden en de overwegende invloed van de persoonsgebonden inzichten, expertise en analyse bij dit onderzoeken en) selecteren twee onafhankelijk van elkaar werkzame (teams van) wetenschappers tot een resultaat gekomen zouden zijn dat (in relevante mate) zouden overeenstemmen.

Onderdeel 2

4.15. Onderdeel 2 gaat, als gezegd, uit van de veronderstelling dat het hof niet van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan, maar klaagt dan over ontoereikende motivering.

4.16. Subonderdeel 2.a verwijt het hof dat het onvoldoende heeft gerespondeerd op Technips volgende (expliciet bij het Van Dale/Romme-arrest aansluitende) stellingen:

- (i) het kinetische schema veel meer is dan een verzameling objectieve, feitelijke gegevens, omdat het - op basis van intensieve en langdurige onderzoeken - de persoonlijke ervaringen, inzichten en visie van de maker (prof. Dente c.s.) tot uitdrukking brengt;

- (ii) het creatieve, oorspronkelijke en persoonlijke karakter van het kinetisch schema is gelegen in de - door het analytisch vermogen en de persoonlijke veronderstellingen en beoordelingen bepaalde - selectie uit de ontelbare, potentieel relevante reactievergelijkingen;

- (iii) dat ondenkbaar is dat twee onafhankelijk van elkaar ontwikkelde modellen/schema's overeenstemmen.

4.17. De klachten met betrekking tot de onder (i) en (ii) gereleveerde stellingen falen, omdat het hof deze stellingen klaarblijkelijk wél onder ogen heeft gezien, nu het hof zich in de aangevallen rechtsoverwegingen immers de vraag gesteld heeft of er sprake was van een subjectieve beoordeling respectievelijk subjectieve selectie van componenten en reacties in het kinetisch schema, waarbij het hof het woord "subjectieve beoordeling" kennelijk als synoniem (pars pro toto) heeft gebezigd voor de vraag naar het "creatieve, oorspronkelijke en persoonlijke karakter".

Het hof heeft evenwel zodanige selectie (als in de middelonderdelen en de daar aangehaalde vindplaatsen bedoeld) onvoldoende aannemelijk (gemaakt) geacht, met name omdat het hof de daartoe door Technip overgelegde tweede verklaring van professor Grievink onvoldoende redengevend achtte, evenals diens door [verweerder] overgelegde eerste verklaring. Dit - gemotiveerde - oordeel van het hof is niet onbegrijpelijk. Het behoefde, temeer nu het hier een kort geding betreft, geen verdere motivering.

Ik merk hierbij nog op dat het oordeel omtrent de vraag waar een op expertise gebaseerde optimale keuze overgaat in "persoonlijke keuze", m.i. een feitelijk oordeel is (vgl. hierboven nr. 4.10.1).

Voor wat betreft Technips stelling omtrent de selectie uit de "ontelbare, potentieel relevante reactievergelijkingen", dringt zich wederom een vergelijking op met de Van Dale/Romme-zaak (zie hierboven nr. 4.10.2).

4.18. Ook de klacht met betrekking tot de onder (iii) gereleveerde stelling faalt.

<sup>4</sup> Vgl. de aanhef van onderdeel 1.

<sup>5</sup> Vgl. de citaten in nr. 4.5 uit Spoor/Verkade/Visser, a.w. (2005), § 3.9 en § 3.12.

Nu, naar eerder bleek (nr. 4.14 hierboven), het - veronderstelde - gegeven "dat ondenkbaar is dat twee onafhankelijk van elkaar ontwikkelde modellen/schema's overeenstemmen" niet de weerspiegeling vormt een rechtsregel die aanleiding moet geven tot het aannemen van het eigen, oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel van een werk, doch slechts als een in de literatuur - met reserves - genoemde "vuistregel" opgeld kan doen, was het hof m.i. niet gehouden op Technips desbetreffende stelling te responderen. Ook zonder behandeling van die stelling blijft 's hofs oordeel begrijpelijk.

4.19. Volgens subonderdeel 2.b heeft het hof in rov. 4.6 onvoldoende gemotiveerd zijn oordeel dat [verweerder] "voldoende heeft betwist" dat de in het kinetisch schema tot uitdrukking komende selectie uiteindelijk heeft plaatsgevonden op de basis van een subjectieve beoordeling. Uit het bestreden arrest blijkt volgens het subonderdeel immers niet, althans onvoldoende, wélke stelling(en) van [verweerder] - laat staan op wélke gronden - het hof als een voldoende betwisting van het "werk"-karakter van Technips kinetisch schema heeft aangemerkt.

Het subonderdeel noemt de volgende stellingen van [verweerder] die het hof, gelet op onderdeel 1 en subonderdeel 2.a hierboven, in elk geval niet als een "voldoende betwisting" van Technips auteursrecht mocht aanmerken:

(i) dat de in het schema opgenomen componenten en reacties - afzonderlijk en als zodanig -, omdat het (in het "publieke domein" vallende) wetenschappelijke feiten, gegevens, ontdekkingen of wetmatigheden betreft, niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen;

(ii) dat Technip zelf [anders dan haar rechtsvoorgangers, prof. Dente c.s.] geen substantiële investeringen heeft gedaan in de totstandkoming van het fundamentele kinetisch schema;

(iii) dat het kinetisch schema an sich wel kan bestaan zonder het Spyro programma, maar niet vice versa;

(iv) dat de benodigdheid van veel kennis, tijd en ervaring voor het opstellen van het kinetisch schema niet volstaat om daaraan een beschermd "werk"-karakter toe te kennen;

(v) dat nu in het kinetisch schema [volgens het subonderdeel: een geselecteerd deel van] de uitslagen van empirisch onderzoek worden opgenomen, de maker daaruit geen subjectieve keuze kan maken.

4.20. Ook dit subonderdeel kan niet tot cassatie leiden.

Ik wijs erop dat de uitleg van de processtukken is voorbehouden aan de feitenrechter. Dat het hof in (een of meer van) de door subonderdeel 2.b aangehaalde stellingnamen zijdens [verweerder] een voldoende betwisting heeft gelezen dat de in het kinetisch schema tot uitdrukking komende selectie uiteindelijk heeft plaatsgevonden op de basis van een subjectieve beoordeling - om vervolgens in samenhang met de motivering in rov. 4.5 aan de hand van de beoordeling van de verklaringen van prof. Grievink tot het oordeel te komen dat, kort gezegd, de op auteursrecht op de selectie uit het kinetisch schema gebaseerde grondslag

voor vordering I in conventie onvoldoende aannemelijke te achten - is niet onbegrijpelijk. Ik denk daarbij in het bijzonder aan de in het subonderdeel onder (iv) en (v) aangehaalde betwistingen.

Overigens claimt subonderdeel 2.b geen volledigheid ten aanzien van de betwistingen door [verweerder] dat het kinetisch schema aan de werktroets voldoet. En subonderdeel 2.b noemt inderdaad niet de (in de context van subonderdeel 1.b wél genoemde) stellingen van [verweerder] waarin (zie bij subonderdeel 1.b): "zo'n grote nadruk lag op aspecten als "persoonlijke smaak of voorkeur" (i.t.t. "judicious choices"; zie o.a. MvG § 39 en plta II § 20)". De klacht faalt ook om die reden.

4.21. In onderdeel 2.c verwijt Technip het hof dat het in rov. 4.5 - blijkens zijn stellige formulering ("volgt niet anders"; "ligt ook niet besloten") - heeft miskend dat de laatste verklaring van prof. Grievink wel degelijk steun biedt, althans kan bieden, voor Technips beroep op de aanwezigheid en het belang van de "subjectieve beoordeling" en daarmee op het "werk"-karakter van haar kinetisch schema. Het subonderdeel wijst erop dat prof. Grievink t.a.p. spreekt van: "altijd een benaderend karakter"; "geen eenduidig bepaalde uitkomst"; de vereisten van een "goed experimenteel programma" en "significante inspanningen"; de afhankelijkheid van "het expertiseniveau en analysevermogen van de betrokken onderzoekers" en "verfijnen tot de gewenste precisie".

4.22. Ook de uitleg die het hof aan de verklaringen van prof. Grievink heeft gegeven kan in cassatie niet op juistheid, doch slechts op begrijpelijkheid worden getoetst. Voor zover het subonderdeel het hof een onbegrijpelijke uitleg verwijt, deel ik die opvatting niet. Ook ten aanzien van de door het onderdeel aangehaalde strofen uit de tweede verklaring van prof. Grievink (d.d. 11 februari 2004) heeft het hof niet onbegrijpelijk kunnen oordelen dat daaruit niet meer volgt dan het in rov. 4.5 heeft aangegeven, en dat in de verklaring van prof. Grievink ook niet besloten ligt dat de beoordeling van de maker van de selectie subjectief is.

Ik herinner in dit verband mede aan het - aan de feitenrechter voorbehouden - gebied waarop door redelijke mensen verschillend gedacht kan worden over een overwegend objectief dan wel overwegend subjectief karakter van een bepaalde selectie (hierboven nr. 4.10.2) en aan de in dit verband te trekken parallel met de inzet van het Van Dale/Romme-arrest (hierboven nr. 4.10.1).

4.23. Aan het slot van de bespreking van onderdeel 2 merk ik nog op dat blijkens HR 29 juni 2001 (Vijf spellen)<sup>6</sup> althans in kort geding de motiveringseisen ten aanzien van de vraag of een object (al dan niet) aan de auteursrechtelijke drempel van het eigen, oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel bepaald niet hoog zijn. Ik moge verwijzen naar de analyse in mijn noot onder het arrest in NJ 2001, 602, par. 13-20, waar ik de daar aangelegde motiveringseisen ook vergeleek

<sup>6</sup> HR 29 juni 2001, nr. C99/218, NJ 2001, 602 m.nt. DWFV, AMI 2001, nr. 15, p. 111 (met ill.) m.nt. P.B. Hugenholtz, IER 2001, nr. 41, p. 227 (met ill.) m.nt. HMHS, LJN AB2391

met die in het Van Dale/Romme-arrest. Ook in nog recentere arresten van de Hoge Raad heb ik in dit opzicht geen zware motiveringseisen ontmoet.<sup>7</sup>

Onderdeel 3

4.24. Onderdeel 3 ten slotte klaagt tegen de achtergrond van HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659 (Vredo/Veenhuis) erover dat het hof als kort-geding-rechter in te ruime mate ("onvoldoende terughoudend") gebruik gemaakt heeft van zijn - als zodanig niet betwiste - bevoegdheid om, indien hij zich niet het voor een verantwoorde beslissing vereiste inzicht kan verschaffen, de gevraagde voorziening te weigeren, respectievelijk geen nadere instructie c.q. bewijslevering, bijvoorbeeld door getuigen en/of deskundigen, toe te staan. Het hof heeft, aldus de klacht, in omstandigheden als in casu gegeven, mede omdat daarbij (blijkens onderdeel 1) rechtsvragen zijn betrokken waarvan de beantwoording in cassatie toetsbaar is, niet op voor partijen en de hogere rechter voldoende inzichtelijke en controleerbare wijze gemotiveerd waarom hij zich niet in staat heeft geacht een verantwoord voorlopig oordeel te vormen en/of waarom er geen plaats is voor nader onderzoek terzake. Volgens het onderdeel klemt dit temeer nu door Technip, voorzover volgens de rechter nodig, uitdrukkelijk dergelijke nadere voorlichting en/of bewijslevering is aangeboden.

Mede blijkens de klachten van de onderdelen 1 en 2 is het hof in deze motiveringsplicht tekortgeschoten, nu 's hofs - apodictisch geformuleerde - rov. 4.6 en 4.7 geen enkel inzicht bieden in de aard van de door het hof gevoelde twijfel resp. gemiste gegevens inzake het "werk"-karakter resp. van de gestelde onmogelijkheid van nader feitelijk onderzoek binnen dit kort geding.

Het onderdeel voert nog aan dat net als in de zaak Vredo/Veenhuis gold ten aanzien van een gestelde inbreuk op octrooirecht, in de hier gegeven omstandigheden gesteld is dat de dreigende inbreuk door [verweerder] op het (gestelde) auteursrecht van Technip - nu de integriteit van dat recht immers onbetwist van wezenlijke betekenis is voor haar bedrijfsvoering en concurrentiepositie - tot voor Technip zeer nadelige en niet of nauwelijks herstelbare gevolgen zal leiden.

4.25. Naar mijn mening faalt ook dit onderdeel. Aan de steller van het onderdeel kan weliswaar worden toegegeven dat onderdeel 4.7, los gelezen van zijn context, onvoldoende duidelijk maakt waarom het hof zich niet in staat heeft geacht een verantwoord voorlopig oordeel over het werkkarakter van het kinetisch schema te vormen en/of waarom er geen plaats is voor nadere instructie terzake.

Leest men rov. 4.7 evenwel in de context van 's hofs voorafgaande overwegingen, dan is rov. 4.7 ook in dit opzicht m.i. wél begrijpelijk.

4.25.1. In rov. 4.2 analyseert het hof de redenering van de voorzieningenrechter, leidend tot diens oordeel dat er sprake is van auteursrechtinbreuk. Daarbij onder-

scheidt het hof vijf (door het hof genummerde) overwegingen (of, in mijn woorden, "schakels") in de redenering van de voorzieningenrechter. De - voor toewijzing van de vordering op de auteursrechtelijke grondslag essentiële - schakel 1 is vervolgens voorwerp van 's hofs rov. 4.3-4.7.

Het hof onderzoekt in rov. 4.3 nader de pijlers waarop het oordeel van de voorzieningenrechter ten aanzien van schakel 1 berust, nl. (in de woorden van het hof) dat deze "het ervoor moet houden dat het kinetisch schema in elk geval deels tot stand is gekomen op de basis van subjectieve criteria, omdat hij als vaststaand aanneemt, als niet (voldoende) betwist, de met verwijzing naar schriftelijke verklaringen van professor Grievink (...) aangevoerde stelling van Technip dat de selectie van de componenten en reacties van het kinetisch schema uiteindelijk heeft plaatsgevonden op de basis van een subjectieve beoordeling, gebaseerd op de kennis, het inzicht en de ervaring van de maker."

In rov. 4.4 oordeelt het hof dat, en in rov. 4.5 motiveert het hof waarom, de verklaringen van prof. Grievink het oordeel van de voorzieningenrechter niet kunnen dragen. In rov. 4.6 oordeelt het hof ook onjuist de pijler dat [verweerder] niet voldoende heeft betwist dat de selectie van componenten en reacties die in het kinetisch schema tot uitdrukking zijn gekomen, uiteindelijk heeft plaatsgevonden op de basis van een subjectieve beoordeling, gebaseerd op de kennis, het inzicht en de ervaring van de maker.

4.25.2. Nu gaat het in 's hofs rov. 4.5, bij de bespreking van de verklaringen van prof. Grievink, niet om een "sideline", maar om de kern van het auteursrechtelijk debat. Ter motivering van haar stelling dat het kinetisch schema aan de werktoets voldeed had Technip - in haar systeem vanzelfsprekend - immers één- en andermaal gesteld dat daarin de persoonlijke visie van de maker tot uitdrukking was gebracht (vgl. dagvaarding sub 4.4, 5.4; pleitnota in eerste aanleg sub 4.2; MvA sub 2.4, 3.1, 3.3).

Het was, naast de betwisting door [verweerder] zelf, de door [verweerder] in het geding gebrachte eerste verklaring van prof. Grievink d.d. 29 januari 2004 die hieromtrent - zacht gezegd - twijfel kon doen rijzen. Dat moet voor Technip aanleiding zijn geweest om aan prof. Grievink een tweede verklaring te vragen, die van 11 februari 2004. In rov. 4.4 en 4.5 heeft het hof vervolgens geoordeeld dat ook de tweede verklaring, die, net als de eerste - onmiskenbaar - gegeven is tegen de achtergrond van de vraag naar het subjectief karakter (oftewel het eigen oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel), nog steeds niet concludent is voor het aannemen van dat persoonlijk stempel.

4.25.3. Met dat al heeft het hof in rov. 4.5 een gemotiveerd oordeel gegeven over deze auteursrechtelijke kernvraag die partijen verdeeld hield, en wel aan de hand van de meest pertinente producties terzake over en weer.

4.26. Terwijl rov. 4.7 geïsoleerd bezien wellicht de indruk wekt dat het hof meende aan deze kernkwestie voorbij te kunnen/moeten gaan, is dat in werkelijkheid dus niet het geval.

<sup>7</sup> Zie HR 29 november 2002, nr. C01/093, NJ 2003, 17, AMI 2003, nr. 1, p. 15 m.nt. Visser, IER 2003, nr. 17, p. 93 m.nt. FWG, TBR 2003, p. 224 m.nt. Quanjel-Schreurs (Una voce particolare), alsmede, afgedaan op de voet van art. 81 RO, HR 11 juli 2003, nr. C02/069 (Baby Dan).

4.27.1. Daarmee mist het onderdeel feitelijke grondslag, voor zover het het hof verwijt dat het (mede blijkens de klachten van de onderdelen 1 en 2) "in zijn motiveringsplicht tekortgeschoten is, nu 's hofs - apodictisch geformuleerde - rov. 4.6 en 4.7 geen enkel inzicht bieden in de aard van de door het hof gevoelde twijfel resp. gemiste gegevens inzake het "werk"-karakter".

4.27.2. Daarmee gaat ook de klacht van het onderdeel, die het hof verwijt zijn oordeel niet op voor partijen en de hogere rechter voldoende inzichtelijke en controleerbare wijze gemotiveerd omdat daarbij (blijkens onderdeel 1) rechtsvragen zijn betrokken waarvan de beantwoording in cassatie toetsbaar is, niet op. Het oordeel dat het hof (met name in rov. 4.5) met betrekking tot deze kernkwestie gegeven heeft, is immers gegeven aan de hand van rechtscriteria en is, ook blijkens de middelonderdelen 1 en 2, wél toetsbaar in cassatie.

4.27.3. Ook overigens gaan de klachten van het onderdeel niet op. Tegen de hierboven vermelde achtergrond laat rov. 4.7 zich m.i. niet anders verstaan dan dat volgens het hof in dit kort geding geen plaats was voor een nader, feitelijk onderzoek naar de vraag of het kinetisch schema (los van het computerprogramma Spyro) al dan niet een werk is met een eigen, oorspronkelijk karakter, dat het (persoonlijk) stempel van de maker draagt. Dat oordeel acht ik, ook in het licht van het Vredo/Veenhuis-arrest, en ook zonder nadere motivering, niet onbegrijpelijk. Het laat zich - in het licht van het partijdebat - immers allicht denken dat, nu de twee verklaringen van een door elk van beide zijden daartoe aangezochte deskundige (prof. Grievink) ten deze geen uitsluitsel konden geven, het hof hetzij zelf tot (nadere) bestudering van het betrokken, omvangrijke kinetisch schema zou dienen over te gaan, vermoedelijk in vergelijking tot andere kinetische schemata en verdere literatuur, en zulks tegen de achtergrond van de - volgens Technip talloze - chemische reactievergelijkingen; en/of een deskundigenbericht zou dienen te bevelen. Nadat het hof zich, als gezegd, aan de hand van de op de stellingen van Technip betrekking hebbende door partijen overgelegde verklaringen wel degelijk over de kernvraag had uitgelaten, kon het m.i. gevoeglijk en zonder daaraan nog een expliciete overweging te wijden een zodanige nadere ronde voor dit kort geding te belastend oordelen, zowel in conventie als in reconventie.

Ik teken hierbij nog aan dat het voor Technip mogelijk was geweest (en ook wel op haar weg gelegen had) om eerder in eerste aanleg en/of in hoger beroep te trachten een of meer haar standpunt (wél) ondersteunende verklaringen van deskundigen uit te lokken, maar dat zij dit niet gedaan heeft (of daarin niet geslaagd is). Ik teken voorts aan dat Technip zelf bij dagvaarding (sub 4.1) had gesteld: "In het kader van een kort geding bestaat voor discussie over auteursrechten slechts beperkte ruimte."

4.28. Al met al faalt onderdeel m.i. bij gemis aan feitelijke grondslag. Op de door Technip gestelde parallelle

van haar belangen met die van Vredo in de zaak Vredo/Veenhuis, behoeft ik m.i. niet in te gaan.

## **5. Conclusie**

Mijn conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

---