

beschikking

RECHTBANK DEN HAAG

Team handel - voorzieningenrechter

rekestnummer: KG RK 15-1983

Beschikking van 27 oktober 2015

in de zaak van

1. de [rechtspersoon]
[A],
gevestigd te [plaats],
2. de [rechtspersoon]
[B],
gevestigd te [plaats],
verzoeksters,
advocaat: mr. [E],

tegen

1. de [rechtspersoon]
[X],
gevestigd te [plaats A],
2. de [rechtspersoon]
[Y],
gevestigd te [plaats A],
3. de [rechtspersoon]
[Z]
gevestigd te [plaats],
gerekwestreerden.

1. Het verzoek

1.1. Op 13 oktober 2015 is bij het Team Administratie Civiel van deze rechtbank ingekomen een verzoekschrift voor het verkrijgen van verlof tot het leggen van conservatoir beslag tot afgifte van roerende zaken ex artikel 28 Auteurswet juncto artikelen 700, 709 en 730 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) alsmede tot het leggen van bewijsbeslag op grond van artikel 1019b juncto 1019c en 843a Rv met aanstelling van een gerechtelijk bewaarder, met daaraan gehecht twee bijlagen.

1.2. De raadsman van verzoeksters is op 15 oktober 2015 in de gelegenheid gesteld een nadere onderbouwing van het verzoek te geven. Daarop heeft verzoeker per fax van 15 oktober 2015 een nadere toelichting aan de voorzieningenrechter gezonden. Naar aanleiding van aanvullende vragen van de voorzieningenrechter is vervolgens op 22 oktober 2015 een gewijzigd verzoek ingediend.

1.3. Afschriften van het oorspronkelijke verzoekschrift, de faxen van 15 en 22 oktober en het gewijzigde verzoekschrift zijn aan deze beschikking gehecht.

2. De beoordeling

Bevoegdheid

2.1. De voorzieningenrechter van deze rechtbank is op grond van artikel 4 Verordening (EU) 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (EEX II-Vo) internationaal bevoegd, omdat alle gerekwestreerden hun statutaire zetel in Nederland hebben. De voorzieningenrechter van deze rechtbank is op grond van artikel 1019c lid 1 j° artikel 700 lid 1 Rv relatief bevoegd om kennis te nemen van het verzoek nu de betrokken zaken zich (deels) in [plaats A] en derhalve binnen het arrondissement Den Haag bevinden.

Conservatoir beslag tot afgifte

2.2. De voorzieningenrechter is voorshands van oordeel dat verzoeksters voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat gerekwestreerde sub 1 inbreuk maakt op een aan verzoekster sub 2 toekomend auteursrecht. Op grond van artikel 28 lid 1 Auteurswet (Aw) kan verzoekster sub 2 een recht tot afgifte uitoefenen op roerende zaken die een niet geoorloofde verveelvoudiging vormen van een auteursrechtelijk werk en op materialen of werktuigen die voornamelijk bij de schepping of vervaardiging van de inbreukmakende zaken zijn gebruikt. De (vermeend) inbreukmakende software zelf kan naar voorlopig oordeel echter niet worden beschouwd als een roerende zaak in de zin van artikel 3:2 van het Burgerlijk Wetboek (BW)¹. De vraag is derhalve of verzoeksters een recht tot afgifte kunnen uitoefenen op dragers waarop die software is opgeslagen. Het feit dat in Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (Hrl) de term “goederen” wordt gebruikt leidt naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter niet tot een bevestigende beantwoording van die vraag, omdat uit het geheel van die Richtlijn moet worden afgeleid dat met die term niets anders is bedoeld dan voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten. Verzoeksters wijzen er ook op dat het in de beslagpraktijk niet ongebruikelijk is om afgiftebeslag op dragers te leggen op grond van artikel 28 Aw. Die praktijk kan op zich echter geen argument vormen voor het verlenen van verlof, als daar geen wettelijke basis voor is. Enerzijds vormt het uit het verkeer halen van een drager met inbreukmakende software een effectief – maar zeker niet het enige – middel om het gebruik en de verveelvoudiging daarvan te verhinderen, anderzijds vormt dit een aantasting van het eigendomsrecht op een op zich niet inbreukmakende zaak. Met name waar die zaak ook wordt gebruikt voor handelingen die geen auteursrechtinbreuk vormen, valt niet goed in te zien waarom dat eigendomsrecht dient te wijken voor het auteursrecht. Daarbij is van belang dat de wetgever ook in geval van werktuigen die zijn gebruikt voor de vervaardiging van inbreukmakende zaken, slechts afgifte toestaat van die werktuigen die *voornamelijk* daarvoor zijn gebruikt.

¹ Tot dezelfde conclusie komt F. Blokhuis in Kritische kanttekeningen bij conservatoire beslagen op software ex art. 28 Aw, Tijdschrift voor Internetrecht, juni 2012, blz. 77 ev.

2.3. Alles afwegend komt de voorzieningenrechter tot het voorlopig oordeel dat het woord ‘zaak’ in artikel 28 lid 1 Aw zo uitgelegd moet worden dat dragers waarop uitsluitend de (vermeend) inbreukmakende software is opgeslagen, zoals een CD-ROM of DVD waarop alleen die software is opgeslagen, daar wel toe kan worden gerekend maar dragers waarop de gebruiker ook andere software en/of gegevens heeft opgeslagen niet. Het beslag tot afgifte is derhalve slechts toewijsbaar voor zover het dragers betreft waarop uitsluitend de (vermeend) inbreukmakende [merknaam] software is opgeslagen en geen andere software en/of gegevens. Ten aanzien van deze specifieke categorie dragers is ook voldaan aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit.

2.4. Naar voorlopig oordeel strekt het verzoek ook tot de bescherming van de belangen van verzoekster sub 1 als licentienemer, zodat zij op grond van artikel 28 lid 6 Aw eveneens de bevoegdheden genoemd in lid 1 van dat artikel kan uitoefenen in de hiervoor in 2.3 beschreven beperkte omvang.

2.5. Gelet op de informatie in de nadere toelichting is de voorzieningenrechter voorschands van oordeel dat verzoeksters niet alleen voldoende belang hebben bij de beslaglegging tot afgifte jegens gerekwestreerde sub 1, maar er tevens voldoende belang bij hebben dat het beslag zich uitstrekt tot zaken van gerekwestreerden sub 2 en sub 3, omdat de (vermeend) inbreukmakende software zich mogelijk op een drager van één van hen bevindt.

Bewijsbeslag

2.6. Nu de auteursrechtinbreuk voorschands voldoende aannemelijk wordt geacht hebben verzoeksters tevens voldoende belang bij het leggen van conservatoir bewijsbeslag op logfiles, orders, facturen, bankafschriften, overeenkomsten, correspondentie en andere bescheiden die informatie verschaffen over de herkomst, oorsprong en de bestemming van de (vermeend) inbreukmakende [merknaam] software.

2.7. De beslaglegging kan slechts plaatsvinden onder de in artikel 843a Rv gestelde voorwaarden en kan dus ook slechts betrekking hebben op bescheiden in de zin van die bepaling, waaronder mede digitale bestanden kunnen worden begrepen, met dien verstande dat de mogelijkheid bestaat dat daarvan onder toezicht van de deurwaarder ter plaatse kopieën worden gemaakt, die dan in beslag worden genomen.

2.8. Indien het maken van kopieën ter plaatse niet mogelijk blijkt, kan het beslag worden gelegd op de bescheiden c.q. de gegevensdrager(s) waarop deze bescheiden zich bevinden. De documenten en/of gegevensdragers worden alsdan vervoerd naar het kantoor van de deurwaarder om aldaar kopieën te maken, waarbij die gegevensdragers en/of documenten zo snel mogelijk, maar uiterlijk binnen twee werkdagen dienen te worden geretourneerd. De verzochte termijn van vijf werkdagen hiervoor is, bij gebreke van een onderbouwing daarvoor, te lang.

2.9. Indien tijdens de beslaglegging een gegevensdrager wordt aangetroffen waarop een of meer versleutelde of met een toegangscode beschermde bestanden staan, rust op de gerekwestreerde geen medewerkingsplicht met betrekking tot de tenuitvoerlegging. Indien redelijke grond bestaat om te vermoeden dat deze bestanden zijn aan te merken als bescheiden in de zin van het beslagverlof, kan de deurwaarder deze gegevensdrager zelf in beslag nemen indien de bestanden niet voor hem toegankelijk worden gemaakt.

2.10. Indien tijdens de tenuitvoerlegging van het beslagverlof echter redelijke grond bestaat om te vermoeden dat de gerekwestreerde digitale bestanden elders dan op een aange- troffen gegevensdrager (bijvoorbeeld ‘in the cloud’) bewaart en dat deze bestanden vallen onder het beslagverlof, dient hij deze bestanden voor de deurwaarder toegankelijk te maken. Aan deze verplichting zal een dwangsom worden verbonden. De vorderingen zullen in de hiervoor vermelde zin worden toegewezen.

2.11. Voorts zal worden bepaald dat de deurwaarder zich zo nodig mag laten bijstaan door ICT-deskundige [C] te [D].

2.12. Voorshands hebben verzoekers voldaan aan de hoge eisen die gesteld moeten worden aan de stelplicht van degene die verlof vraagt om bewijsbewarende maatregelen te treffen in een woning. Gelet op de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, die meebrengen dat het privéleven en het familie- en gezinsleven van de bestuurders en/of medewerkers van gerekwestreerden, zoveel mogelijk worden gerespecteerd, ziet de voorzieningenrechter aanleiding om de in het dictum opgenomen voorwaarden aan het verlof te verbinden. Het verlof geldt niet ter zake gegevensdragers van huisgenoten van medewerkers en/of bestuurders van gerekwestreerden.

Gerechtelijke bewaring

2.13. Het verzoek tot het in gerechtelijke bewaring nemen van de in conservatoir afgifte- beslag genomen dragers waarop uitsluitend de (vermeend) inbreukmakende [merknaam] software is opgeslagen, zoals beschreven in 2.3, is eveneens toewijsbaar. Gerechtelijke bewaring zal ook worden toegewezen voor zover het betrekking heeft op de in conservatoir bewijsbeslag te nemen (kopieën van) bescheiden. Als bewaarnemer wordt aangewezen de deurwaarder die het beslag legt.

Proces-verbaal

2.14. Het is de deurwaarder toegestaan om, als daartoe aanleiding is, twee verschillende processen-verbaal van beslaglegging op te maken; één proces-verbaal dat is bestemd voor verzoeksters, waarin de in beslag genomen zaken slechts globaal zijn omschreven, en één proces-verbaal dat is bestemd voor gerekwestreerden, dat een gedetailleerde omschrijving van deze zaken bevat.

Medewerkingsplicht

2.15. Buiten de hiervoor in 2.10 beschreven medewerkingsplicht, rust er op gerekwestreerden geen algemene verplichting medewerking te verlenen, of een verplichting tot het verlenen van toegang tot hun bedrijfsruimtes, voor het onder hen te leggen beslag.

2.16. Die toegang wordt door middel van het binnentredingsrecht van de deurwaarder geregeld in artikel 444 Rv. Anders dan verzoeksters stellen, is de omstandigheid dat de politie (vanwege een landelijke staking) mogelijk geen bijstand zal verlenen conform artikel 444 Rv lid 2 voorshands oordelend onvoldoende grond om gerekwestreerden een medewerkingsplicht op te leggen. Deze omstandigheid is niet gelijk te stellen met de situatie bedoeld in r.o. 3.9.10 van het arrest van de Hoge Raad van 13 september 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ9958). Ondanks het ontbreken van een wettelijke basis daarvoor heeft de Hoge Raad in dat specifieke geval wel een medewerkingsplicht aangenomen, om-

dat medewerking van de gerekwestreerde dan wel derde de enige mogelijkheid is om digitale bestanden die ‘in the cloud’ worden bewaard in beslag te kunnen nemen.

2.17. Dat in dit geval het opleggen van een medewerkingsplicht een praktische oplossing zou zijn om toegang te bewerkstelligen, is voorshands oordelend onvoldoende grond om buiten het wettelijk stelsel van artikel 444 Rv te treden. Het verzoek tot het opleggen van een algemene medewerkingsplicht, versterkt met een dwangsom, is derhalve niet toewijsbaar.

Locatie

2.18. Verzoeksters hebben verlof gevraagd voor beslaglegging in geheel Nederland, althans in het gehele arrondissement Den Haag, zonder concrete andere locaties dan het kantooradres van gerekwestreerden in [plaats A] te noemen. Dat verzoek is te onbepaald, zodat het verlof zal worden beperkt tot voornoemd kantooradres.

Uitvoerbaarheid

2.19. Gezien het feit dat de inbeslagname tevens in een woonhuis zal geschieden zal deze slechts tijdens kantooruren mogen worden uitgevoerd, met dien verstande dat een voor twaalf uur 's ochtends aangevangen beslag tot acht uur 's avonds mag worden afgerond.

3. De beslissing

De voorzieningenrechter:

3.1. verleent verlof tot het leggen van conservatoir beslag tot afgifte op de zich onder gerekwestreerden bevindende dragers met daarop uitsluitend het softwareprogramma [merknaam], zoals omschreven in 2.3, voor zover die zich bevinden op [het adres] te [plaats A];

3.2. verleent verlof tot het leggen van conservatoir bewijsbeslag in de zin van artikel 1019b en c j^o 843a Rv onder gerekwestreerden op de in 2.6 genoemde bescheiden, voor zover die zich bevinden op [het adres] te [plaats A];

3.3. bepaalt dat het beslag tot afgifte en het bewijsbeslag uitgevoerd moeten worden met inachtneming van de waarborgen beschreven in de paragrafen 14 en 16 van het verzoekschrift;

3.4. bepaalt dat het bewijsbeslag zoveel mogelijk dient te worden gelegd op kopieën van documenten en/of bestanden;

3.5. bepaalt dat, voor zover het maken van kopieën niet mogelijk is ter plaatse van de beslaglegging, de documenten en/of gegevensdragers worden vervoerd naar het kantoor van de deurwaarder of de gerechtelijke bewaarder om aldaar kopieën te maken, waarbij die gegevensdragers en/of documenten zo snel mogelijk, maar uiterlijk binnen twee werkdagen dienen te worden getourneerd;

3.6. bepaalt dat, indien redelijke gronden bestaan om te vermoeden dat digitale bestanden waarvoor dit beslagverlof geldt elders op een externe server worden bewaard, gere-

kwestreedten deze bestanden voor de deurwaarder toegankelijk dienen te maken, onder meer door het verstrekken van de benodigde wachtwoorden en inlogcodes;

3.7. bepaalt dat de betreffende gerekwestreerde een dwangsom verbeurt indien zij niet voldoet aan de in 3.6 bepaalde medewerkingsplicht en er twee uur zijn verstreken na een verzoek van de deurwaarder daartoe, van €1.000,- per uur met een maximum van €25.000,-;

3.8. bepaalt dat de deurwaarder zich bij de inbeslagneming kan laten bijstaan door [C] te [D];

3.9. bepaalt dat de deurwaarder en de automatiseringsdeskundige verplicht zijn in het kader van het bewijsbeslag geheimhouding te betrachten jegens verzoeksters en derden met betrekking tot de gang van zaken bij de beslaglegging en met betrekking tot de inhoud van hetgeen in beslag genomen is, waaronder mede begrepen het overeenkomstig het bepaalde in 3.10 aan gerekwestreerden te verstrekken proces-verbaal, behoudens toestemming van gerekwestreerden of nader rechterlijk bevel;

3.10. bepaalt dat het exploit en/of proces-verbaal waarvan de deurwaarder verzoeksters een afschrift zal verstrekken, beperkt zal worden tot een globale omschrijving van hetgeen door het bewijsbeslag getroffen is, en dat de deurwaarder desgevraagd een proces-verbaal aan gerekwestreerden zal verstrekken dat een gedetailleerde omschrijving van het inbeslaggenomene bevat, hetgeen kan middels de afgifte van een exacte kopie van de inbeslaggenomen (digitale) bescheiden;

3.11. beveelt dat de in beslag genomen dragers en bescheiden ter gerechtelijke bewaring worden afgegeven aan Equilibristen Gerechtsdeurwaarders te Dordrecht of, indien een andere gerechtsdeurwaarder het beslag heeft gelegd, die instrumenterend gerechtsdeurwaarder, en beveelt dat de in beslag genomen zaken zullen worden bewaard ten kantore van de betreffende gerechtsdeurwaarder, tot het moment dat gerekwestreerden hun toestemming hebben gegeven om verzoeksters toegang te verlenen tot (een deel van) de in bewijsbeslag genomen bescheiden teneinde deze in te zien of (ii) de bevoegde rechter beveelt dat aan verzoeksters toegang dient te worden verschaft tot (een deel van) de in beslag genomen bescheiden teneinde deze in te zien;

3.12. bepaalt, in afwijking van artikel 443 lid 2 j° 702 lid 1 j° 1019c Rv, dat verzoeksters, noch vertegenwoordigers van verzoeksters bij de inbeslagneming en inbewaringgeving tegenwoordig mogen zijn;

3.13. bepaalt dat de beslaglegging niet zal plaatsvinden tussen vijf uur 's middags en negen uur 's ochtends en evenmin in het weekend of op een algemeen erkende feestdag, met dien verstande dat een voor twaalf uur 's ochtends aangevangen beslag tot acht uur 's avonds mag worden afgerond;

3.14. bepaalt de termijn voor het instellen van een eis in de hoofdzaak als bedoeld in artikel 700 lid 3 Rv op 28 dagen en de termijn als bedoeld in artikel 1019i Rv op zes maanden na het eerst gelegde beslag;

3.15. bepaalt dat de kosten van het beslag en de bewaring en de overeenkomstig het bepaalde in 3.8 ingeschakelde persoon, vooralsnog ten laste van verzoeksters komen;

3.16. verklaart deze beschikking voor zover nodig uitvoerbaar bij voorraad;

3.17. weigert het meer of anders verzochte.

Deze beschikking is gegeven door mr. F.M. Bus op 27 oktober 2015.