

Rolnr. C04/020/HR

Mr. D.W.F. Verkade

Zitting 18 maart 2005

Conclusie

inzake:

1. Church of Spiritual Technology, gevestigd te Los Angeles, Verenigde Staten van Amerika
2. Religious Technology Center, gevestigd te Los Angeles, Verenigde Staten van Amerika
3. New Era Publications International ApS, gevestigd te Kopenhagen, Denemarken

tegen:

1. Dataweb BV, gevestigd te 's-Gravenhage
2. Stichting XS4ALL, voorheen Stichting Temporary, daarvoor Stichting XS4ALL, thans gevestigd te Diemen,
3. Stichting De Digitale Stad, gevestigd te Amsterdam
4. Cistron Internet Services BV, gevestigd te Alphen aan den Rijn
5. Internet Access Eindhoven BV, thans genaamd Via Net.works Nederland BV, gevestigd te Eindhoven
6. Easynet Group Nederland BV, als rechtsopvolgster van Wirehub! Internet BV, gevestigd te Amsterdam
7. Stichting Internet Access, gevestigd te Slochteren
8. Roland Walter Vergeer, h.o.d.n. B-Art Midden Nederland, wonende te Leidschendam
9. Spirit Interactive Diensten BV, gevestigd te Rotterdam
10. NV Eneco, vennoot van de VOF Spirit Interactive Diensten BV i.o., gevestigd te Rotterdam

11. Rotterdams Dagblad BV, vennoot van de VOF Spirit Interactive Diensten BV i.o., gevestigd te Rotterdam
12. De gemeente Rotterdam (Ontwikkelingsbedrijf Rotterdam), vennoot van de VOF Spirit Interactive Diensten BV i.o., zetelend te Rotterdam
13. Karin Spaink, wonende te Amsterdam
14. B-Art Noord Nederland BV, gevestigd te 's-Gravenhage
15. Stichting Telebyte, gevestigd te Nijmegen.

1. Inleiding

1.1. Partijen zullen hierna doorgaans als volgt worden aangeduid: eiseres tot cassatie sub 1 als Scientology; eiseres tot cassatie sub 2 als RTC; eiseres tot cassatie sub 3 als NEPI; eiseressen tot cassatie gezamenlijk als Scientology c.s.¹; verweerster in cassatie sub 13 als Spaink; en verweersters in cassatie sub 1-12, 14 en 15 als de Providers.

1.2. Scientology is de auteursrechthebbende op bepaalde (deels ongepubliceerde) werken waarin de leer van de door L. Ron Hubbard gestichte Church of Scientology is beschreven. Aan RTC en NEPI zijn licenties verleend.

Spaink heeft tot 23 februari 1996 de zogenaamde Fishman Affidavit (een schriftelijke partijverklaring in een gerechtelijke procedure in de Verenigde Staten, waaraan als bijlagen (delen van) die werken zijn gehecht) op haar website geplaatst. Nadat zij daartoe door Scientology c.s. is gesommeerd, heeft zij de bijlagen verwijderd en in plaats daarvan citaten daaruit op haar website geplaatst.

De Providers verschaffen toegang tot het internet en bieden op het internet diensten aan, waaronder de mogelijkheid een homepage in te richten.

1.3. Partijen twisten over de vraag of Spaink en de Providers hierdoor inbreuk maken op het auteursrecht van Scientology en/of jegens Scientology c.s. onrechtmatig handelen.

¹ Ik wijs erop dat Scientology c.s. in diverse (cassatie-)stukken worden aangeduid als RTC c.s., resp. CST c.s. Ik wijs er voorts op dat in het incidentele middel Scientology ook wel wordt gebruikt om de CoS te benoemen.

1.4. In cassatie zijn hoofdzakelijk de volgende thema's aan de orde:

- het voor een beroep op het citaatrecht van art. 15a lid 1 Auteurswet 1912 gestelde vereiste van rechtmatige openbaarmaking van het werk waaruit geciteerd wordt,
- de verhouding tussen art. 10 EVRM en de Auteurswet 1912,
- de aansprakelijkheid van internet (service) providers voor auteursrechtinbreuk of onrechtmatig handelen door hun abonnees, en
- de vereisten voor een rechterlijke veroordeling.

1.5. Bij een door mij vooropgestelde behandeling van het incidentele cassatiemiddel, hoewel voorwaardelijk ingesteld, zal ik concluderen tot gegrondbevinding daarvan, in die zin dat ook los van de door het hof behandelde weg van art. 10 EVRM, Spaink en de Providers een beroep konden doen op het auteursrechtelijk citaatrecht (al volg ik daarbij een ander parcours dan de rechtbank deed). Indien de Hoge Raad eveneens een beroep op het auteursrechtelijk citaatrecht erkenbaar acht, kan in zoverre het beroep op art. 10 EVRM – desgeraden – buiten beoordeling blijven. Overigens zal ik bij de beoordeling van het principale beroep van Scientology c.s. tegen 's hofs erkenning van het beroep van Spaink en de Providers op art. 10 EVRM concluderen tot verwerving van die klachten.

De rechtbank heeft in deze zaak belangwekkende – in daarop volgende wetgevingsprocessen mede tot uitgangspunt genomen – regels geformuleerd voor internet (service) providers, zoals de principaal verweersters 1-12 en 14-15. Zie ik het goed, dan klagen de cassatiemiddelen over en weer in wezen niet over de juistheid van deze door de rechtbank aangenomen en in zoverre door het hof onbeoordeeld gelaten maatstaven, en gaat het alleen erom of het hof de desbetreffende *dicta* van de rechtbank jegens de Providers wegens gebrek aan feitelijke grondslag of gebrek aan belang had mogen vernietigen. Ik zal tot de conclusie komen dat het hof zonder rechtsschending, en ook niet onbegrijpelijk, daartoe heeft kunnen komen. Indien de Hoge Raad mij hierin zou volgen, zal onder meer de door het hof in het midden gelaten kwestie of art. 10 EVRM ook de publicatie van de *gehele* litigieuze 'OT'-werken van Scientology c.s. kan rechtvaardigen, onbesproken kunnen blijven. In ander geval zal, dunkt mij, een oordeel daarover, na verwijzing, door een ander hof gegeven moeten worden. In mijn conclusie loop ik daarop niet vooruit. Mocht de Hoge Raad een aanvullende conclusie daaromtrent gewenst achten, dan houd ik mij daartoe uiteraard op afroep beschikbaar.

1.6. In deze zaak zijn mede aan de orde de recente EG-Auteursrechtlijn en de recente EG-e-commerce-richtlijn. Aan mij hebben zich evenwel geen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen voor te leggen uitlegvragen opgedrongen.

2. Feiten²

2.1. L. Ron Hubbard (hierna: Hubbard) is de stichter van de Church of Scientology (hierna: CoS).

2.2. De leer van de CoS is beschreven in verschillende werken. Tot die werken behoren de ongepubliceerde 'Operating Thetan I' tot en met 'Operating Thetan VII' (hierna: de OT-werken) en het gepubliceerde 'The Scientologist (Ability Major I)' (hierna: Ability).

2.3. Hubbard is in 1986 overleden. Hij heeft de auteursrechten op zijn werken bij testament vermaakt aan de Trustee of Author's Family Trust B (hierna: de Trustee).

2.4. De Trustee heeft een licentie verleend aan RTC met betrekking tot (onder meer) de van de OT-werken deel uitmakende OT II en III en aan NEPI met betrekking tot (onder meer) Ability.

2.5. Volgens de leer van de CoS zijn de OT-werken slechts toegankelijk voor bepaalde geselecteerde leden van de CoS en zijn deze leden gebonden aan geheimhouding van de OT-werken op grond van door hen ondertekende geheimhoudingsverklaringen.

De OT-werken zijn bij het United States Copyright Office geregistreerd; in verband met het vertrouwelijke karakter daarvan zijn overeenkomstig de voorschriften alleen gemaskeerde afschriften gedeponerd.

2.6. Ability is eveneens bij het United States Copyright Office geregistreerd onder de naam 'Ability'. Ability wordt door NEPI gepubliceerd als onderdeel van de zogenoemde 'Technical Bulletins'.

2.7. In een gerechtelijke procedure in de Verenigde Staten heeft het voormalig CoS-lid Fishman in 1993 een schriftelijke partijverklaring ingediend (hierna: de Fishman Affidavit) waaraan als bijlagen (delen van) de OT-werken en Ability zijn gehecht.

2.8. De Providers verschaffen toegang tot het internet en bieden op het internet diensten aan, waaronder de mogelijkheid voor gebruikers om op hun servers een homepage in te richten en deze van informatie te voorzien.

² Ontleend aan rov. 1 van het vonnis van de rechtbank van 9 juni 1999, waarvan het hof blijkens rov. 3 van het bestreden arrest ook is uitgegaan. Het hof heeft in rov. 2 nog een samenvatting van deze feiten gegeven (waartegen onderdelen 43 en 44 van het incidentele cassatiemiddel opkomen).

2.9. Spaink heeft twee internetaansluitingen en maakt daartoe gebruik van de diensten van (onder meer) Dataweb BV.

Spaink heeft op het internet twee homepages waarop tot 23 februari 1996 de Fishman Affidavit heeft gestaan. Op die datum heeft Spaink haar homepages gewijzigd en de bijlagen bij de Fishman Affidavit daarvan verwijderd; sindsdien staan daarop wel citaten uit die bijlagen.

2.10. Volgens een op verzoek van Scientology c.s. door notaris J.F. Renes te Amsterdam tezamen met kandidaat-notaris J.L.M. van Erp gemaakte vergelijking tussen, onder meer, de originele werken OT II en III enerzijds en de teksten van de onderdelen OT II en III zoals vervat in via het internet opgevraagde prints met betrekking tot de website <http://www.xs4all.nl/~kspaink> anderzijds, zijn deze grotendeels gelijklopend.

3. Procesverloop

3.1. Scientology c.s. hebben Spaink en de Providers³ bij dagvaardingen van 26 februari 1996 gedaagd voor de rechtbank te 's-Gravenhage.

3.2. Zij hebben daarbij, enigszins verkort weergegeven, gevorderd:

a) te verklaren voor recht dat de Providers, door het zonder toestemming van Scientology c.s. op hun computersystemen voor derden toegankelijk aanwezig hebben van een verveelvoudiging van werken waarop Scientology het auteursrecht bezit, inbreuk maken op die auteursrechten en/of onrechtmatig handelen indien zij van de aanwezigheid van deze documenten op de hoogte zijn, dan wel op de hoogte hadden behoren te zijn;

b) te verklaren voor recht dat de Providers door het zonder toestemming van Scientology c.s. op hun computersystemen voor derden toegankelijk aanwezig hebben van een 'link', die bij activering op het scherm van de computer van de gebruiker een verveelvoudiging van werken waarop Scientology het auteursrecht bezit bewerkstelligt, inbreuk maken op die auteursrechten en/of onrechtmatig handelen indien zij van de aanwezigheid van de link op de hoogte zijn, dan wel op de hoogte hadden behoren te zijn;

c) te verklaren voor recht dat de OT-werken niet rechtmatig zijn openbaar gemaakt, althans niet in de zin van art. 15a onder 1 Auteurswet 1912⁴;

³ In de feitelijke instanties waren aan de zijde van Spaink en de Providers nog enkele andere partijen (internet service providers) betrokken.

⁴ Lees: art. 15a lid 1 onder 1 Auteurswet 1912.

d) Spaink te bevelen met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden iedere inbreuk op het auteursrecht van Scientology, op straffe van een dwangsom;

e) de Providers te bevelen - primair - met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden iedere inbreuk op het auteursrecht van Scientology, of - subsidiair - zodra zij worden gewezen op de aanwezigheid van inbreukmakende documenten op hun computersystemen zorg te dragen voor onmiddellijke verwijdering daarvan, en - meer subsidiair - zodra zij worden gewezen op de aanwezigheid van inbreukmakende documenten op hun computersystemen, de desbetreffende gebruiker te verzoeken deze onmiddellijk te verwijderen en bij gebreke van voldoening aan dit verzoek de desbetreffende gebruiker de verdere toegang tot hun computersysteem te ontzeggen, een en ander op straffe van een dwangsom;

f) de Providers te bevelen Scientology c.s. te informeren over de namen en adressen van derden die inbreukmakende documenten via hun computersysteem hebben openbaar gemaakt en/of verveelvoudigd dan wel zullen openbaarmaken en/of verveelvoudigen, eveneens op straffe van een dwangsom.

3.3. Scientology c.s. hebben aan deze vorderingen, zakelijk weergegeven, ten grondslag gelegd dat Hubbard de auteur van de OT-werken en Ability is en dat Scientology het auteursrecht op deze werken overgedragen heeft gekregen van de Trustee; dat Spaink, alsmede een aantal anonieme gebruikers van de diensten van de Providers, zonder toestemming van Scientology c.s. op het internet op hun homepages de Fishman Affidavit (waarin aanzienlijke gedeelten uit deze werken zijn opgenomen), dan wel citaten uit deze werken openbaar maken en/of verveelvoudigen; dat de Providers een kopie van de homepages in hun computersysteem hebben opgeslagen en aan derden die deze opvragen, al dan niet met behulp van een in die homepages opgenomen 'link', een kopie ter beschikking stellen; en dat Spaink en de Providers aldus inbreuk maken op de auteursrechten van Scientology en jegens Scientology c.s. onrechtmatig handelen.

3.4. Spaink en de Providers hebben (uitgebreid) verweer gevoerd. Zo is onder meer betoogd dat Spaink zich op het citaatrecht van art. 15a Auteurswet 1912 (hierna ook: Aw) kan beroepen; dat de Providers de werken niet op hun servers hebben gehad of niet meer dan de citaten als op de homepage van Spaink; dat de uitoefening van het vermeende auteursrecht in strijd is met het recht op vrije meningsuiting en informatieverkrijging van art. 10 EVRM, welk recht dient te prevaleren; en dat de Providers zich uitsluitend bezighouden met de infrastructuur voor de communicatie tussen de gebruikers en niet ook met de inhoud van de informatie die door de gebruikers ter beschikking wordt gesteld en dat zij daarmee geen auteursrechtinbreuk plegen en niet onrechtmatig handelen.

3.5. Bij vonnis van 9 juni 1999 heeft de rechtbank te 's-Gravenhage de vorderingen van Scientology c.s. met uitzondering van de verklaring voor recht onder c en het bevel jegens Spaink onder d (zie hiervoor onder 3.2), grotendeels toegewezen.

Het vonnis van de rechtbank laat zich, voor zover in cassatie van belang, als volgt samenvatten. Gedurende de tijd dat Spaink de Fishman Affidavit op haar homepages op het internet had staan, heeft zij op de auteursrechten van Scientology inbreuk gemaakt (rov. 12). Wat betreft de vraag of Spaink thans nog inbreuk maakt door op haar homepages uit de bijlagen bij de Fishman Affidavit te citeren, geldt dat de OT-werken en het werk Ability rechtmatig zijn openbaar gemaakt in de zin van art. 15a lid 1 Aw. CoS heeft de cursussen waarop de OT-werken betrekking hebben immers op grote schaal onder haar leden verspreid. Dat dit onder een verplichting tot geheimhouding is gebeurd doet hier niet aan af (rov. 13). Het staat Spaink derhalve vrij op haar homepages te citeren uit OT II en III en uit Ability, hetgeen zij binnen de door de wet in dat verband gestelde grenzen doet (rov. 14). Voorts geldt dat de activiteiten van de Providers zijn beperkt tot het doorgeven van informatie van en/of aan haar gebruikers en de opslag van deze informatie. Onder deze omstandigheden kan niet worden aangenomen dat de Providers zelf openbaar maken of verveelvoudigen. Niettemin moet worden geoordeeld dat de Provider die ervan in kennis wordt gesteld dat een gebruiker van zijn diensten op diens homepage auteursrechtinbreuk pleegt of anderszins onrechtmatig handelt, terwijl aan de juistheid van die kennisgeving in redelijkheid niet valt te twijfelen, zelf onrechtmatig handelt indien hij alsdan niet ingrijpt (rov. 16). Niet valt in te zien dat aldus het recht op vrijheid van meningsuiting van art. 10 EVRM wordt geschonden (rov. 17). Uit een en ander volgt dat de onder a en b gevorderde verklaringen voor recht (zie 3.2 hiervoor), zij het in gewijzigde vorm, toewijsbaar zijn waarbij eiseressen, in verband aangenomen auteursrechtinbreuk in het verleden, voldoende belang hebben, terwijl van misbruik van recht geen sprake is (rov. 18). De gedaagden v.o.f. Lunatech Research en haar vennoten, Metropolis Internet B.V. en Dutch Channel Ltd., hebben wél voldoende betwist dat inbreukmakende informatie op hun servers aanwezig is geweest, maar de overige gedaagden hebben dit niet betwist, zodat de tegen hen onder e subsidiair gevorderde bevelen toewijsbaar zijn, zij het eveneens in gewijzigde vorm. Wat het onder f gevorderde bevel betreft, hebben eiseressen geen rechtens te respecteren belang bij het nu nog bekend maken van de personalia van gebruikers van de diensten van de Providers die destijds de Fishman Affidavit op hun homepage hadden geplaatst, voor zover de Providers daartoe al in staat zouden zijn (rov. 19).

3.6. Scientology c.s. zijn van dit vonnis in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof te 's-Gravenhage, onder aanvoering van drie onvoorwaardelijke en drie voorwaarde-

lijke grieven.

Spaink en de Providers hebben de grieven bestreden en hebben in incidenteel appel acht grieven aangevoerd, die door Scientology c.s. zijn bestreden.

3.7. Bij arrest van 4 september 2003 heeft het hof het principale beroep verworpen. In het incidentele beroep heeft het hof het bestreden vonnis, voor zover de gevorderde verklaring voor recht en het gevorderde bevel jegens de Providers zijn toegewezen, vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen jegens de Providers alsnog afgewezen. Het hof heeft het vonnis voor het overige bekrachtigd.

3.8. Het arrest van het hof is, voor zover in cassatie van belang, als volgt opgebouwd. In rov. 7.1-7.12 heeft het hof grief 1, gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat de OT-werken rechtmatig zijn openbaar gemaakt in de zin van art. 15a lid 1 onder 1 Aw, beoordeeld. Hiertoe is het hof eerst ingegaan op de vraag wat onder 'openbaar gemaakt' in art. 15a lid 1 Aw moet worden verstaan. Het hof oordeelde:

'7.6. Scientology c.s. betogen dat de term "openbaar gemaakt" in artikel 15a Aw de eerste openbaarmaking betreft; het gaat daarbij om het verschijnen, het toegankelijk maken van werken voor een algemeen publiek.

Spaink en de Providers beroepen zich wat de uitleg van "openbaar gemaakt" in artikel 15a Aw betreft onder meer op artikel 12, lid 4 Aw en, naar het hof begrijpt, op artikel 12, lid 1, onder 2° Aw.

7.7. Het hof overweegt hieromtrent het volgende.

Noch de Berner Conventie noch de Auteurswet 1912 geven een omschrijving van het (primaire) begrip "openbaar maken" (of van "verveelvoudigen"). Het begrip openbaar maken dient volgens de wetgever te worden verstaan naar zijn oorspronkelijke betekenis.

"Wat in de eerste plaats moet worden verstaan onder "het openbaar maken", waartoe de uitsluitende bevoegdheid een essentiale is van het auteursrecht, behoeft de wet niet te bepalen. Ten aanzien van ieder soort van letterkundig, wetenschappelijk of kunstwerk geeft het woord zijn natuurlijk begrip duidelijk aan. Bij letterkundig en wetenschappelijke werken, die in een geschrift bestaan, betekent het in druk doen verschijnen en voor het publiek verkrijgbaar stellen, uitgeven. Evenzoo bij muziekstukken. Bij schilderijen en beeldhouwwerken moet men eronder verstaan, het inzenden op enen tentoonstelling, voor het publiek toegankelijk. (...)" (memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Auteurswet 1912).

Omdat volgens de wetgever met het primaire begrip openbaar maken niet kan worden volstaan, is destijds daarnaast in de wet een aantal handelingen vermeld die "mede" als openbaarmaking worden beschouwd (zie artikel 12 Aw).

De memorie van antwoord bij de wet tot aanpassing van de Auteurswet 1912 aan de Akte van Parijs van de Berner Conventie, Stb. 1985, 307 (Tweede Kamer, zitting 1982-83, 16740, nr.7, pag. 8) houdt onder meer in:

"De eis van een rechtmatig openbaarmaking in artikel (thans) 15a is ontleend aan

artikel 10, eerste lid van de Akte van Parijs van de Berner Conventie betreffende het citaatrecht en wordt daar gesteld omdat men het citaatrecht niet wilde laten gelden voor manuscripten of werken voor een beperkt publiek, maar alleen voor werken die tot het gehele publiek gericht zijn.”

7.8. Naar het oordeel van het hof is met “openbaar gemaakt” in artikel 15a, lid 1 Aw dan ook bedoeld de eerste openbaarmaking in de oorspronkelijke betekenis. De openbaarmaking moet voorts rechtmatig zijn geweest.

Ten overvloede wordt voor het geval, dat ervan zou worden uitgegaan dat onder “openbaar gemaakt” in artikel 15a Aw mede de uitbreidingen ingevolge artikel 12 Aw zijn begrepen, nog het volgende overwogen.

Artikel 12, lid 1 onder 2°, Aw is niet van toepassing, omdat die bepaling de verbreiding van werken betreft die - anders dan de werken OT II en OT III - (nog) niet in druk zijn verschenen (manuscripten).

Het hof verwerpt het beroep op artikel 12, lid 4 Aw evenzeer. Deze bepaling heeft slechts betrekking op een voordracht, op- of uitvoering of voorstelling dan wel een tentoonstelling van een werk. Feiten en omstandigheden waaruit volgt dat daarvan bij de werken OT II en OT III sprake is geweest zijn door Spaink en de Providers niet (genoegzaam) gesteld, noch is daarvan gebleken. Laatstbedoelde bepaling geeft overigens een omschrijving van aan de auteur voorbehouden exploitatiehandelingen en betreft dus niet het recht van eerste openbaarmaking (vgl. memorie van toelichting bij het wetsvoorstel (Tweede kamer, zitting 1964-65, nr. 3) dat heeft geleid tot de wet van 27 oktober 1972 tot herziening van de Auteurswet 1912, Stb. 1972, 579).’

3.9. Vervolgens heeft het hof onderzocht of er bij de OT-werken sprake is van een openbaarmaking in de zin van art. 15a lid 1 Aw. Deze vraag wordt door het hof in rov. 7.9-7.11 ontkennend beantwoord:

‘7.9. Uit de processtukken blijkt dat de Fishman Affidavit met bijlagen gedurende een periode van ongeveer twee jaren ter inzage heeft gelegen in de bibliotheek van de District Court for the Central District of California en dat in die periode kopieën van dat document voor derden vrijelijk verkrijgbaar waren.

Hoewel uit de processtukken blijkt dat de Fishman Affidavit (met de bijlagen) via het internet is verspreid en aldus in het publieke domein is gekomen, moet op grond van de processtukken ervan worden uitgegaan dat daartoe noch door Scientology noch door Scientology c.s. toestemming is verleend, zodat het hof ervan zal uitgaan dat op deze wijze de documenten niet rechtmatig openbaar zijn gemaakt.

7.10. Ten processe staat vast dat OT II en OT III vanaf de jaren '50 binnen Scientology zijn verspreid. Niet voldoende weersproken is voorts dat in de loop der jaren een groot aantal leden (het aantal van 20.000 à 25.000 is onvoldoende betwist) daarvan kennis heeft genomen. Verder is gebleken dat in elk geval thans de leden van Scientology zijn gebonden aan een geheimhoudingsverplichting en dat er sprake is van stringente beveiligingsmaatregelen op dit punt (zoals het hof op de bijpleidooi getoonde video-opname zelf heeft kunnen waarnemen). De juistheid van de - door Scientology c.s. betwiste - stelling van Spaink en de Providers dat er in het verleden geen geheimhoudingsverplichting voor de leden gold en dat de OT-documenten vrijelijk binnen en buiten de Scientology-organisatie hebben gecircu-

leerd staat niet vast op grond van de processtukken. Daartoe zijn de verklaringen van Young en Warren McShane te weinig concreet. Bovendien valt ook uit hun verklaringen af te leiden dat er wel een geheimhoudingsplicht was maar dat die niet of niet voldoende werd nageleefd. Dit laatste is niet zonder meer gelijk te stellen aan een stilzwijgende toestemming om de documenten te verspreiden. Nu Spaink en de Providers hun stelling onvoldoende hebben geconcretiseerd en/of onderbouwd en nu ook niet is gebleken dat wat het kennis nemen van OT II en OT III betreft er voor leden ook tegenover derden (niet-leden) geen geheimhoudingsplicht bestond en evenmin dat die documenten zonder beperking ook voor derden ter inzage waren, passeert het hof het bewijsaanbod van Spaink en de Providers als onvoldoende gesubstantieerd en gaat het hof ervan uit dat de leden geen toestemming hadden die werken onbeperkt, dus ook onder derden, te verspreiden.

7.11. Het vorenstaande brengt mee dat aan de hierboven onder 7.2 genoemde voorwaarde van "rechtmatig openbaar gemaakt", als bedoeld in artikel 15a Aw, niet is voldaan.'

3.10. Aan de hand van HR 20 oktober 1995, NJ 1996, 682 m.nt. JHS (Dior/Evora) heeft het hof nog onderzocht of de in art. 15a Aw aan het citaatrecht gestelde vereisten ruimer moeten worden uitgelegd. Dat kan volgens het hof evenwel niet worden aangenomen. De desbetreffende overwegingen spelen in cassatie geen rol.

3.11. In rov. 8.1-8.4 heeft het hof het beroep van Spaink en de Providers op art. 10 EVRM beoordeeld. Deze overwegingen luiden als volgt:

‘8.1. Spaink en de Providers betogen verder dat de uitoefening (en handhaving) van het auteursrecht door Scientology c.s. in strijd is met artikel 10 EVRM. Zij voeren aan dat Spaink met het litigieuze relaas op haar website, waarin citaten uit de OT II, OT III (en Ability) voorkomen, heeft beoogd informatie te verstrekken over de Scientology-leer en -organisatie en te waarschuwen voor misstanden daarbij.

8.2. Ingevolge het tweede lid van artikel 10 EVRM kan het recht op informatie-vrijheid worden onderworpen aan beperkingen die in een democratische samenleving nodig zijn ter bescherming van onder meer de rechten van anderen. Onder die rechten valt in beginsel mede het auteursrecht, nu dit bij de wet is voorzien en dient ter bescherming van de rechten van anderen.

Denkbaar is dat er bijzondere gevallen zijn waarin de handhaving van het auteursrecht, zoals een inbreukverbod, moet wijken voor de informatievrijheid.

Hieronder zal worden nagegaan of in het onderhavige geval toewijzing van de vorderingen van Scientology c.s. - hetgeen leidt tot beperking van de informatievrijheid -, in een democratische samenleving nodig is, met andere woorden of deze beperking beantwoordt aan een dringende maatschappelijke behoefte ("pressing social need") en een gerechtvaardigd doel dient ("proportionate to the legitimate aim pursued"), waartoe - rekening houdende met alle omstandigheden van het geval - een proportionaliteitstoets/belangenafweging dient plaats te vinden en waarbij aan de nationale autoriteiten een zekere beleidsvrijheid ("margin of appreciation") is overgelaten (vgl. EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146).

8.3. Met betrekking tot de leer en Organisatie van Scientology c.s. en de gang van zaken bij de Scientology-organisatie is uit de - in zoverre niet voldoende weersproken - processtukken het volgende gebleken:

- Aangaande de Scientology-leer uit OT III:

Miljoen jaren geleden heeft Xenu, de kwade prins die over het Galactisch Universum heerste, een overbevolkingsprobleem opgelost door mensen naar de aarde te transporteren en twee kernbommen te laten exploderen, één op Las Palmas en één op Hawaï. Hun zielen ("Thetans") zwerven nog steeds op aarde. Wij zijn die Thetans, maar we zijn versuft en afgestompt; Scientology leert ons hoe mensen hun volledige vermogens kunnen terugkrijgen en de status "Operating Thetan" kunnen bereiken. Een Operating Thetan kan mensen met gedachten bedwingen, heeft een bovenmatige intelligentie en kan met dieren en planten communiceren. Voorts hebben mensen trauma's ("engrammen"), vaak opgedaan in vorige levens, en die kun je weg krijgen via Scientology; ten slotte zijn er "Body Thetans", die eveneens voor flinke problemen zorgen; en ook die kunnen aanhangers leren kwijt te raken. Helaas zijn er oneindig veel (zie pleitnota in kort geding van mr Bakker Schut onder 1.a, waarnaar in zijn pleitnota in dit geding wordt verwezen).

- Voorts staat als niet voldoende weersproken vast dat de lessen in de Scientology-leer gepaard gaan met "auditing". Daarbij moeten leden van Scientology onder begeleiding van een leraar ("auditor") allerlei tegenstrijdige "notions" herhalen of zich bepaalde incidenten voorstellen, terwijl zij tegelijkertijd een zogenaamde E-meter vasthouden, een soort leugendetector die hun reactie moet meten. Pas als de E-meter een gewenste uitslag geeft, mogen zij zich bezig houden met de volgende onderdelen van de leer.

- Een door de Bondsregering van Duitsland uitgegeven brochure (productie 18 in kort geding van mr Bakker Schut) houdt onder meer in:
als voorwoord van de Duitse minister voor Familiezaken, Ouderen, Vrouwen en Jeugd:

"Viele Bürgerinnen und Bürger, die sich von den bedenklichen Praktiken und Aktivitäten der Scientology-Organisation betroffen fühlen, wenden sich an mich mit der Bitte um Hilfe und Rat: junge Frauen und Männer, die durch Scientology ihre Berufsausbildung abgebrochen, ihren Beruf aufgegeben, ihre Familien verlassen haben und in materielle Schwierigkeiten geraten sind.(...) Diese Entwicklung erfüllt mich mit wachsender Sorge. Die Scientology-Organisation ist keine Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft, sondern ein weltweit operierendes, hemmungslos auf Gewinn ausgerichtetes Unternehmen."

In de brochure is verder vermeld:

"Um die einzige "Wahrheit" zu bewahren, wird Kritik innerhalb des Systems nicht geduldet. Ein ausgeklügeltes Kontroll- und Überwachungssystem sorgt dafür, dass Abweichler erkannt und "gehandhabt" werden können.

(...)

Die Gefahren für die Gesellschaft liegen in der Zielsetzung Scientologys, die bestehende Ordnung scientologisch zu beherrschen. Eine scientologisch geprägte Gesellschaft kennt keine Freiheitsrecht im Sinne des Grundgesetzes.

(...) Denn: Scientology ist nicht harmlos. Es ist auch keine Religions- oder Glaubensgemeinschaft. Es ist vielmehr eine auf unbedingte Gewinnmaximierung ausgerichtete wirtschaftliche Organisation, deren Ideologie totalitäre Züge trägt

und deren Weltbild das Bundesarbeitsgericht als menschenverachtend bezeichnet hat.” (pag. 7)

“Ziel der Scientology-Organisation ist die Erschaffung eines neuen Menschen scientologischer Prägung und einer neuen ausschliesslich nach scientologischen Richtlinien funktionierende Welt. Scientology strebt die Weltherrschaft an. Dies wird insbesondere aus Hubbards Aussagen zur “bisherigen” Demokratie deutlich. Ohne zwischen den verschiedenen derzeit bekannten Demokratieformen zu unterscheiden, wird jedwede Demokratie als nutzlos beschrieben:

“Ich sehe nicht, dass populäre Massnahmen, Selbstverleugnung und Demokratie dem Menschen irgendetwas gebracht haben, ausser ihn weiter in den Schlamm zu stossen.” Damit erhebt Scientology den Absolutanspruch auf den einzig wahren Heilsweg.” (pag. 15) (...) Hubbard lehnt Recht als “Anwendung des Gesetzes” ab. (...) Für ihn ist Recht nicht ein Normenkatalog zur Begründung von Rechten und Pflichten des Bürgers. (...) Recht ist das, was Scientology weiterbringt.” (pag. 16).

- Een Affidavit van L. Ron Hubbard jr., de oudste zoon van Hubbard (productie 9 in kort geding van mr Bakker Schut) houdt onder meer in:

“5. (...)

In connection with each and every corporation which we created under general heading of the “Church of Scientology”, my father always required all of the Directors and Officers of all corporations to give him undated signed resignations in advance which he held. In that manner he always has retained complete control over every corporation including its bank accounts.

(...)

7. My father obtained the rights to the E-meter in 1952 from Volney Mathison. (...) My father learned about the E-meter from Mathison who developed it and my father fraudulently extracted those rights from Mathison so that my father could use it in Scientology auditing.

8. My father has always used the confidential information extracted from people during auditing sessions to intimidate, threaten and coerce them to do what he wanted, which often meant getting them to give him money.

(...)

10. My father’s basic policies relating to “suppressive persons”, “Fair Game”, “attack the attacker”, etc. have always been and will always be an integral part of Scientology. The organizational structure of Scientology and the theories of Scientology cannot operate and Scientology would not be Scientology without such policies.

My father and I discussed the basic theories of dealing with suppressive persons, such as what eventually became designated as the “Fair Game Doctrine” on many occasions. These policies have never changed.”

- De door Scientology c.s. niet weersproken Declaration van Vicki Aznaran (voormalig President van RTC) (productie 9 in kort geding van mr Bakker Schut) houdt onder meer in:

“(...)

22. The legal strategy of Scientology and the existence of numerous potential legal problems, some of which are set forth below, were known to me when I was a staff member in Scientology. Enemies of Scientology are deemed to be “suppressive persons” (“SPs”). One becomes a “suppressive person” by doing a suppressive act, such as suing Scientology as a litigant or lawyer. In the jargon of Scientology,

when one is “declared” this means that one has been declared a “suppressive person” and, therefore, may be harassed, hurt, damaged or destroyed without regard to truth, honesty or legal rights. It is considered acceptable within Scientology to lie, cheat, steal and commit illegal acts in the name of dealing with a “suppressive person”.

23. This practice or policy is sometimes referred to as the policy of “fair game”. (...) The fair game policy was issued in the 1960s. It was never cancelled. A document was issued for public relations reasons that purportedly cancelled “fair game”; however, that document stated that it did not change the manner of handling persons declared “SP”.

8.4. Uit de door mr Bakker Schut in het geding gebrachte producties 19a, 19b en 19c blijkt dat het relaas van Spaink naast citaten van derden enkele citaten uit OT II en III bevat. Naar het oordeel van het hof moeten de citaten uit OT II en OT III worden gezien in de context van haar gehele relaas en is daarbij gebleken dat deze citaten, hoewel gering in aantal, de door haar beoogde informatieverstrekking over de Scientology-leer en de gang van zaken bij de Scientology-organisatie ondersteunen en geloofwaardig maken. Gesteld noch gebleken is dat zij daarmee (mede) een commercieel doel heeft beoogd.

Uit de hiervoor onder 8.3 vermelde teksten blijkt dat Scientology c.s. met hun leer en Organisatie de verwerping van democratische waarden niet schuwen. Uit die teksten volgt tevens dat met de geheimhouding van OT II en OT III mede wordt beoogd macht uit te oefenen over leden van de Scientology-organisatie en discussie over de leer en praktijken van de Scientology-organisatie te verhinderen.

Als bijkomende omstandigheid geldt dat de documenten OT II en OT III door toedoen van voormeld District Court te Californië tijdelijk voor ieder verkrijgbaar waren, aldus in het publiek domein zijn geweest en in die periode op het internet zijn geplaatst. Verder heeft het hof in aanmerking genomen dat het dwingen van de Providers om in dit geval de informatie van Spaink te verwijderen of ontoegankelijk te maken disproportioneel is.

Naar 's hofs oordeel kan in deze bijzondere omstandigheden niet worden gezegd dat een beperking van de informatievrijheid op grond van de handhaving van het auteursrecht nodig is in de zin van artikel 10 EVRM en evenmin dat het belang van Spaink en de Providers en het algemeen belang bij de informatievrijheid van artikel 10 lid 1 EVRM in verhouding tot dat van Scientology c.s. bij handhaving van hun auteursrecht in dit geval minder zwaar weegt. Derhalve behoort het eerstgenoemde belang niet te wijken voor het belang van Scientology c.s. en slaagt het beroep op artikel 10 lid 1 EVRM.'

3.12. Omtrent het door Spaink vóór 23 februari 1996 op haar homepage aanwezig hebben van de gehele Fishman Affidavit oordeelde het hof als volgt:

‘10. Of door het plaatsen van de (gehele) Fishman Affidavit met bijlagen op de website al dan niet aan de eis van proportionaliteit is voldaan dan wel of artikel 10 lid 1 EVRM al dan niet moet wijken voor de beperking van het auteursrecht, kan naar het oordeel van het hof buiten beschouwing blijven op grond van het volgende.

Naar vast staat heeft Spaink de Fishman Affidavit met bijlagen in 1995 op de website geplaatst en vóór 23 februari 1996 daarvan verwijderd. Scientology c.s.

hebben betoogd dat dit is geschied na sommatie en onder de druk van een kort geding. Nu Spaink ook na het vonnis in kort geding en na het vonnis waarvan beroep (in welke beide gedingen een inbreukverbod jegens haar werd afgewezen) niet is overgegaan tot publikatie op enigerlei wijze van de Fishman Affidavit met bijlagen, acht het hof thans op dit punt geen dreiging meer aanwezig. Dit brengt mee dat het gevorderde inbreukverbod achterwege dient te blijven. Derhalve faalt de (voorwaardelijke) principale grief I, welke aan de orde is nu de desbetreffende voorwaarde is vervuld. (...)

3.13. Ten slotte heeft het hof omtrent de positie van Spaink en de Providers nog het volgende geoordeeld:

‘11. De (voorwaardelijke) principale grief II houdt in dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de activiteiten van de providers geen relevante verveelvoudiging en/of openbaarmaking in de zin van de Auteurswet 1912 opleveren.

12. Naar het oordeel van hof verschaffen service-providers slechts de technische faciliteiten om openbaarmaking van gegevens door anderen mogelijk te maken. Het lijkt dan ook niet juist hen op één lijn te stellen met uitgevers die, naar wordt aangenomen, zelf openbaar maken.

Dit oordeel is ook in overeenstemming met het Agreed Statement bij artikel 8 van het WIPO Auteursverdrag:

“It is understood that the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of this Treaty or the “Berne Convention.”

Van auteursrechtinbreuk door verveelvoudiging en openbaarmaking door de Providers kan evenmin worden gesproken, nu de citaten van Spaink in casu geen auteursinbreuk opleveren. Voor het overige hebben Scientology c.s. onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld waaruit het tegendeel kan blijken. De voorwaardelijke principale grief II kan niet tot vernietiging leiden.

13. Uit het vorenstaande vloeit voort dat Spaink door haar relaas met de litigieuze citaten op haar website te plaatsen en geplaatst te houden geen inbreuk maakt op het auteursrecht. Evenmin is gebleken dat zij in de gegeven omstandigheden daarmee onrechtmatig heeft gehandeld. Feiten of omstandigheden, waaruit volgt dat zij zich anderszins onrechtmatig heeft gedragen, zijn onvoldoende onderbouwd.

Nu van inbreuk op het auteursrecht of onrechtmatig handelen van Spaink te dien aanzien geen sprake is, is evenmin sprake van onrechtmatig handelen van de Providers met betrekking tot het relaas van Spaink.

Gelet op hetgeen hierboven in rechtsoverweging 10 is overwogen, is er ook geen dreiging dat de (volledige) Fishman Affidavit met bijlagen op de servers van de providers zullen worden geplaatst.

Dit brengt mee dat de incidentele grief I slaagt, evenals de incidentele grieven 2, 3, 4 en 5 voor zover die zijn gebaseerd op beweerde onrechtmatige gedragingen van de Providers, zodat het vonnis niet in stand kan blijven. (...)

3.14. Van dit arrest zijn Scientology c.s. - tijdig⁵- in cassatieberoep gekomen. Spaink

⁵ Het arrest dateert van 4 september 2003; de cassatiedagvaarding van 4 december 2003.

en de Providers hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep en hebben voorwaardelijk incidenteel beroep ingesteld. Scientology c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het incidentele beroep. Beide partijen hebben de zaak schriftelijk toegelicht en zijdens Spaink en de Providers is er gedupliceerd.

4. Nadere inleidende opmerkingen

4.1. Commentatoren hebben zich verre van onbetuigd gelaten na het wijzen van het rechtbankvonnis⁶ en vervolgens na het nu bestreden arrest⁷ in deze zaak. Dit deed zich ook voor na het kort-gedingvonnis van 1996.⁸

4.2. In cassatie zijn nog de volgende kernthema's aan de orde:

- (1) het voor een beroep op het citaatrecht in art. 15a lid 1 Aw gestelde vereiste van rechtmatige openbaarmaking van het werk waaruit geciteerd wordt,
- (2) de verhouding tussen art. 10 EVRM en de Auteurswet 1912,
- (3) de aansprakelijkheid van internet (service) providers voor auteursrechtinbreuk of onrechtmatig handelen door hun abonnees, en
- (4) de vereisten voor een rechterlijke veroordeling.

4.3. Onderwerp (1) wordt in het incidentele cassatiemiddel aan de orde gesteld; de onderwerpen (2) en (3) in onderdelen 1-17, resp. 21-28 van het principale cassatiemiddel. Het principale cassatiemiddel bevat daarnaast nog (in onderdelen 18-20) een aantal klachten dat is gericht tegen rov. 10 van het bestreden arrest en ten slotte (in onderdelen 29-32) enige 'overige klachten'. Onderwerp (4) komt in het principale cassatiemiddel verspreid aan de orde.

4.4. Ik zal eerst, onder 5, het incidentele cassatiemiddel bespreken, hoewel het voorwaardelijk is ingesteld. Daarna volgt de bespreking van het principale cassatiemiddel: onderdelen (A) 1-17 onder 6; onderdelen (B) 18-20 onder 7; onderdelen (C) 21-28 onder 8; en onderdelen (D) 29-32 onder 9.

⁶ Zie met name: Informatierecht/AMI 1999, p. 110 m.nt. Koelman; Mediaforum 1999, p. 205 m.nt. Visser; Computerrecht 1999, p. 200 m.nt. Hugenholtz; BIE 1999, nr. 117, p. 458 m.nt. Quaadvlieg.

⁷ Zie met name: Mediaforum 2003, p. 340 m.nt. Visser; AMI 2003, p. 217 m.nt. Hugenholtz; Computerrecht 2003, p. 350 m.nt. Koelman; JAVI 2003, p. 193 m.nt. Pors; IER 2003, nr. 69, p. 352 m.nt. Grosheide; BIE 2004, nr. 57, p. 394 m.nt. Quaadvlieg.

⁸ Zie met name: A&V 1996, p. 105 m.nt. Van Dijk; Mediaforum 1996, p. B59 m.nt. Visser; Computerrecht 1996, p. 73 m.nt. Verkade.

5. Incidenteel cassatiemiddel:

Rechtmatige openbaarmaking in de zin van art. 15a Aw

5.1. Hoewel het incidentele cassatiemiddel voorwaardelijk is ingesteld en ik zal concluderen tot verwerping van het principale middel, meen ik dat het incidentele middel beter eerst behandeld kan worden: zulks omdat de vraag of binnen het auteursrechtelijk systeem een beroep op het citaatrecht bestaat m.i. vooraf dient te gaan aan het (subsidiare) beroep van Spaink en de Providers op citeervrijheid onder art. 10 EVRM.

5.2. Het incidentele middel komt op tegen het oordeel van het hof dat de OT-werken II en III, waaruit Spaink op haar homepage heeft geciteerd, niet rechtmatig openbaar zijn gemaakt als bedoeld in art. 15a lid 1 onder I Aw.

5.3. De klachten richten zich telkens tegen één van de door het hof in rov. 7.1-7.12 aan dit oordeel ten grondslag gelegde (deel-)overwegingen.

Ik kondig reeds aan dat ik (slechts) enige klachten, vervat in de onderdelen 33-42 gegrond zal achten. Die raken echter wel een essentiële schakel in de redenering van het hof. Mocht de Hoge Raad eenzelfde opvatting hebben, dan zou dit hem aanleiding kunnen geven een groter of kleiner deel van de overige klachten bij gebrek aan belang onbesproken te laten.

Ik zal - na enige inleidende beschouwingen - de klachten niettemin stuk voor stuk en in de door het middel gekozen volgorde bezien.

5.4. Op grond van art. 15a Aw is het onder bepaalde voorwaarden toegestaan uit auteursrechtelijk beschermde werken te citeren. Art. 15a lid 1 Aw bepaalt (in de tekstversie sinds de implementatie van de EG Richtlijn betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatie-maatschappij, hierna: Auteursrechtrichtlijn of ARI)⁹:

‘1. Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd het citeren uit een werk in een aankondiging, beoordeling, polemieek of wetenschappelijke verhandeling of voor een uiting met een vergelijkbaar doel, mits:

1°. het werk waaruit geciteerd wordt rechtmatig openbaar gemaakt is;

2°. het citeren in overeenstemming is met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is en aantal en omvang der geciteerde gedeelten door het te bereiken doel zijn gerechtvaardigd;

⁹ Richtlijn 2001/29/EG van 22 mei 2001, Pb. 2001, L167/10. Deze richtlijn is bij wet van 6 juli 2004 (Stb. 2004, 336) in Nederlandse wetgeving omgezet. De wijzigingen waartoe de richtlijn in art. 15a Aw hebben geleid, zijn voor deze zaak niet van belang.

- 3^o. artikel 25 in acht wordt genomen, en
4^o. voor zover redelijkerwijs mogelijk, de bron, waaronder de naam van de maker, op duidelijke wijze wordt vermeld.’

5.5. De eerdere versie van artikel 15a Aw was in 1985 bij wet van 30 mei 1985¹⁰ in de Auteurswet opgenomen ter aanpassing van de Auteurswet aan de Akte van Parijs van de Berner Conventie (hierna: BC)¹¹. Art. 10 lid 1 BC luidt, voor zover hier van belang:

‘Goorloofd zijn aanhalingen uit een werk dat reeds *op geoorloofde wijze voor het publiek toegankelijk is gemaakt* [mijn curs., A-G], mits zij verenigbaar zijn met de goede gebruiken en voor zover door het doel gerechtvaardigd (...).’

Blijkens de MvT en MvA van de aanpassingswet van 1985 werd met het voorgestelde art. 15a Aw aangesloten bij dit artikel.¹²

5.6. De reeds genoemde Auteursrechtlijn bevat in art. 5 lid 3 onder d een regeling van het citaatrecht:

‘3. De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op de in de artikelen 2 en 3 bedoelde rechten stellen ten aanzien van:

[...]

d) het citeren ten behoeve van kritieken en recensies en voor soortgelijke doeleinden, mits het een werk of ander materiaal betreft dat reeds *op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar is gesteld* [mijn curs., A-G], indien de bron – waaronder de naam van de auteur – wordt vermeld, tenzij dit niet mogelijk blijkt en het citeren naar billijkheid geschiedt en door het bijzondere doel wordt gerechtvaardigd.’

5.7. Het incidentele cassatiemiddel stelt aan de orde wanneer voldaan is aan de in art. 15a lid 1 onder 1 Aw gestelde voorwaarde dat het werk waaruit wordt geciteerd *rechtmatig openbaar gemaakt* is.

5.8. Over het element *rechtmatig* kom ik te spreken in nr. 5.21 e.v. Ik zal eerst stilstaan bij het vereiste dat het werk *openbaar gemaakt* is.

5.9. De MvA bij de aanpassingswet uit 1985 zegt hierover¹³:

¹⁰ Stb. 1985, 307. Tot die wetswijziging was de regeling van het citaatrecht ondergebracht in art. 16 lid 1 onder b (oud) Aw.

¹¹ De Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst van 9 september 1886, zoals deze is aangevuld te Parijs op 24 juli 1971.

¹² Kamerstukken II 1980-1981, 16740, nrs. 3-4, p. 6 en id. II 1982-1983, 16740, nr. 7, p. 8.

¹³ Kamerstukken II 1982-1983, 16740, nr. 7, p. 8. Het betoog in het incidentele cassatiemiddel (onder 8) en de s.t. (onder 6.10-6.14) dat deze opmerking in een andere context is

‘De eis van een rechtmatige openbaarmaking in artikel 15a is ontleend aan artikel 10, eerste lid, van de [BC] betreffende het citaatrecht en wordt daar gesteld omdat men het citaatrecht niet wilde laten gelden voor manuscripten of werken voor een beperkt publiek, maar alleen voor werken die tot het gehele publiek gericht zijn.’

Deze uitleg sluit m.i. goed aan bij de bewoordingen van art. 10 lid 1 BC (*voor het publiek toegankelijk maken*) en correleert ook met het jongere art. 5 lid 3 onder d ARI, waarin gesproken wordt over *voor het publiek beschikbaar stellen*.

5.10. Gerbrandy meent dat met deze voorwaarde is beoogd het recht van de auteur om zijn werk wel of niet aan de openbaarheid prijs te geven strikt te handhaven.¹⁴ Volgens Hugenholtz vormt het vereiste een weerslag van het *droit de divulgation*, het (morele) recht van eerste openbaarmaking.¹⁵ Ook Visser meent dat (onder meer in de context van het citaatrecht) bedoeld wordt op de eerste openbaarmaking, die volgens hem ook wel wordt omschreven als ‘het doen verschijnen’, ‘het aan de openbaarheid prijsgeven’ of ‘het licht doen zien’. Het is, aldus Visser, ‘de overgang van de situatie waarin het werk voor de buitenwereld verborgen is, naar de situatie waarin het ‘geopenbaard’ is. (...) Voordat de eerste openbaarmaking heeft plaatsgevonden bevindt het werk zich in de “phase intime”. De auteur heeft het recht te beslissen of en zo ja, wanneer zijn werk deze intieme fase verlaat.’ Dit recht dient volgens Visser zowel een moreel belang, bestaande in de wens vertrouwelijke, onrijpe en onvoltooide werken geheim te kunnen houden, als een juridisch en economisch belang.¹⁶

Quaadvlieg gaat tot op zekere hoogte met de hiervoor genoemde schrijvers mee. Hij meent evenwel dat aan de voorwaarde van openbaarmaking reeds voldaan is, indien de auteur het werk afgeeft aan de wereld buiten hem.¹⁷ Hierbij wijst hij op de belangen van de samenleving die zich manifesteren vanaf de *phase du don*.¹⁸

5.11. De Hoge Raad heeft zich tot op heden niet over de betekenis van het begrip ‘openbaar maken’ in de zin van art. 15a Aw hoeven buigen. Ik wijs intussen op een arrest waarin aan de orde was of bepaalde werktekeningen openbaar waren gemaakt of bestemd waren om openbaar gemaakt te worden (en aldus auteursrechtelijke ‘geschriftenbescherming’ toekwamen) en waarin de Hoge Raad oordeelde dat hiervan

gemaakt en derhalve geen belang toekomt, gaat m.i., naar blijken zal (nrs. 5.20 e.v.), niet op.

¹⁴ S. Gerbrandy, Kort commentaar op de Auteurswet 1912 (1988), art. 15a, aant. 5, p. 225.

¹⁵ Zie zijn noot bij het bestreden arrest in AMI 2003, p. 223.

¹⁶ D.J.G. Visser, Auteursrecht op toegang (diss. 1997), pp. 84-85. Zie ook zijn noot bij het bestreden arrest in Mediaforum 2003, p. 341. Vgl. ook Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht (derde druk 2005), par. 4.5, p. 155 (‘openbaarmaken I’) en par. 4.17, p. 179.

¹⁷ In zijn noot bij het bestreden arrest: BIE 2004, nr. 57, pp. 401-402.

¹⁸ Het is volgens hem dan ook ongeloofwaardig om aan te nemen dat de onderhavige OT-werken zich nog in de phase intime bevinden.

slechts sprake is indien het op enigerlei wijze *ter beschikking van het publiek is gesteld* en dat, gelet op de mate waarin en de voorwaarden waaronder de werkgever de tekeningen ter beschikking van derden stelde (slechts aan bepaalde bedrijven en onder geheimhouding), de tekeningen niet konden gelden als openbaar gemaakt en evenmin als bestemd om openbaar gemaakt te worden.¹⁹

5.12. In de lagere rechtspraak zijn enkele uitspraken te vinden over het openbaarmakingsbegrip van art. 15a Aw. In een procedure naar aanleiding van de publicatie door Het Parool van nog niet eerder gepubliceerde fragmenten uit het dagboek van Anne Frank, verwierp het Amsterdamse hof het beroep van Het Parool op het citaatrecht met de overweging dat de fragmenten niet eerder rechtmatig waren openbaar gemaakt in de zin van art. 15a lid 1 onder 1 Aw. Het hof verwees hierbij ook naar art. 10 lid 1 BC.²⁰

De president van de rechtbank te Arnhem oordeelde in 1987 dat niet aannemelijk was geworden dat gedaagde Mediaset door bepaalde onderzoeksgegevens openbaar te maken inbreuk had gemaakt op het auteursrecht van Notu c.s., omdat deze gegevens reeds voorkwamen in (een verkorte versie van) het basisrapport dat Notu c.s. ‘in beperkte kring hadden verspreid en aldus – kennelijk rechtmatig – openbaar hadden gemaakt’.²¹ Ik wijs voorts op een vonnis van de president van de rechtbank te Zutphen uit 1981²² waarin deze oordeelde dat het gedaagde Van IJzendoorn op grond van art. 16 lid 1 onder b (de voorganger van art. 15a) Aw vrij stond in zijn stageverslag te citeren uit bronnen waarvan aangenomen werd dat die, of althans delen daarvan, in beperkte kring waren verbreid voordat zij in druk waren verschenen, en aldus door eiser Huijgen c.s. waren openbaar gemaakt.

5.13. Naar blijken zal, stelt het incidentele cassatiemiddel aan de orde of het openbaarmakingsbegrip van art. 15a Aw dezelfde betekenis heeft als het (ruime) openbaarmakingsbegrip van artt. 1 en 12 Aw. Daarover merk ik het volgende op.

5.14. Artikel 1 Aw bepaalt dat het auteursrecht mede omvat het uitsluitend recht op openbaarmaking. De term dient als een verzamelbegrip voor de handelingen die (naast de verveelvoudiging) onder het auteursrecht van de rechthebbende vallen. Artikel 12 bepaalt wat *mede* onder openbaarmaking wordt verstaan.

¹⁹ HR 8 februari 2002, C00/109, NJ 2002, 515 m.nt. JHS (EP Controls/GEC), rov. 5.3, met verwijzing naar HR 25 juni 1965, NJ 1966, 116 m.nt. HB (Televizier).

²⁰ Hof Amsterdam 8 juli 1999, AMI 1999, p. 116 m.nt. Hugenholtz, Mediaforum 1999, nr. 44, p. 222 m.nt. Visser (Anne Frank Fonds/Het Parool), rov. 4.6-4.10.

²¹ Pres. Rb. Arnhem 3 april 1987, BIE 1991, nr. 19, p. 58 (Notu c.s./Mediaset), rov. 9.

²² Pres. Rb. Zutphen 28 april 1981, RvdW/KG 1981, 58, AMR 1982, p. 16, BIE 1982, nr. 62, p. 182 (Huijgen c.s./Van IJzendoorn c.s.), rov. 7.

5.15. De MvT van 1912²³ zei hierover, in een befaamde passage:

‘Wat in de eerste plaats moet worden verstaan onder het “openbaar maken”, waartoe de uitsluitende bevoegdheid een essentiale is van het auteursrecht, behoeft de wet niet te bepalen. Ten aanzien van iedere soort van letterkundig, wetenschappelijk of kunstwerk geeft het woord zijn natuurlijk begrip duidelijk aan. Bij letterkundige en wetenschappelijke werken, die in een geschrift bestaan, beteekent het: in druk doen verschijnen en voor het publiek verkrijgbaar stellen, uitgeven. Evenzoo bij muziekstukken. Bij schilderijen en beeldhouwwerken moet men er onder verstaan, het inzenden op eene tentoonstelling, voor het publiek toegankelijk. Bij voorwerpen van kunstnijverheid, het in den handel brengen.

Doch naast die primaire beteekenis eischt de wettelijke regeling van het auteursrecht eene andere, die niet zóózeer voor de hand ligt, dat zij geene wettelijke uitlegging zou behoeven.’

Het – na 1912 herhaaldelijk uitgebreide – artikel 12 Aw voorziet in de wetsduiding van de in de laatste alinea van dit citaat bedoelde afgeleide betekenissen.²⁴

5.16. Artikel 12 lid 1 onder 2 Aw bevat één van deze afgeleide betekenissen en bepaalt dat onder openbaar maken mede wordt verstaan het verbreiden van een werk zolang dit niet in druk is verschenen. Ik citeer uit de MvT van 1912²⁵:

‘Voorts zal men moeten toegeven, dat het verbreiden van een werk, d.w.z. het doen toekomen aan of verkrijgbaar stellen voor, een zekere groep van personen, aan den eigenaar van het auteursrecht moet blijven voorbehouden, ook al is die groep niet zóó uitgebreid, dat het verbreiden synoniem moet worden geacht met openbaar maken.’

Het gaat hier blijkens de MvT om verspreiding op beperkte schaal; het werk wordt niet aan het gehele publiek ter beschikking gesteld. Van openbaarmaking in de gebruikelijke zin van het woord is volgens Visser dan ook geen sprake.²⁶ Dat de wet deze beperkte verbreiding toch onder het uitsluitend recht van de auteur heeft willen brengen, duidt volgens Spoor/Verkade/Visser op een bevoegdheid met een persoonlijkheidsrechtelijke inslag.²⁷

5.17. Ook art. 12 lid 1 onder 4^o in verbinding met art. 12 lid 4 Aw bevat een nadere duiding van het openbaarmakingsbegrip: onder openbaar maken valt ook de voordracht, op- of uitvoering of voorstelling in het openbaar. Blijkens art. 12 lid 4 Aw is

²³ Bijlagen Handelingen II 1911-1912, 227, nr. 3, p. 9.

²⁴ Vgl. S. Gerbrandy, a.w. (1988), art. 12, aant. 1, p. 124; D.J.G. Visser, a.w. (1997), p. 90 en L. Wichers Hoeth c.s., Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht (2000), p. 339.

²⁵ MvT 1912, p. 9.

²⁶ D.J.G. Visser, a.w. (1997), p. 86.

²⁷ Spoor/Verkade/Visser, a.w. (2005), par. 4.19, pp. 180-181.

hiervan eveneens sprake bij een voordracht, op- of uitvoering of voorstelling *in besloten kring* (dat is dus toch een openbaarmaking!), *tenzij deze zich beperkt tot de familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring* en voor de toegang geen betaling geschiedt.²⁸ Onder de *daaraan gelijk te stellen kring* moet volgens de Hoge Raad in het arrest Willem Dreeshuis²⁹ worden verstaan een groep van personen tussen wie banden van persoonlijke aard bestaan, *die nauwelijks minder hecht zijn dan familiebanden en banden van vriendschap*.

De Hoge Raad heeft in 1993 het 'kring-criterium' van art. 12 lid 4 Aw in het 'Kleine kabelnetten'-arrest analoog van toepassing verklaard op kabeldoorgifte.³⁰ Dit is er waarschijnlijk de oorzaak van dat door sommigen is gezegd dat het criterium dan voor alle openbaarmakingsvormen zou gelden, resp. dat het de ondergrens van het openbaarmakingsbegrip van art. 12 Aw vormt.³¹

5.18. In rov. 3.2.2 van het arrest Bigott/Doucal I van 1995³² heeft de Hoge Raad intussen onderstreept (behalve dat het begrip openbaar maken in art. 12 Aw een ruime betekenis heeft), dat voor openbaarmaking, ook in de afgeleide betekenissen van het begrip, vereist is dat het werk *aan het publiek ter beschikking is gesteld*³³:

'Uit de wetsgeschiedenis van de (Nederlandse) Auteurswet 1912 [...] blijkt dat aan het begrip 'openbaarmaking' in artikel 12 weliswaar een ruime betekenis moet worden toegekend, maar dat in elk geval, ook in de afgeleide betekenissen van het begrip, vereist is dat het werk op een of andere manier aan het publiek ter beschikking wordt gesteld'.

5.19. Ik kom terug op de in nr. 5.13 gestelde vraag. Ik meen dat het begrip 'openbaar maken' in artt. 1 en 12 Aw een andere strekking heeft dan in art. 15a Aw. Het openbaarmakingsrecht van art. 1 en de uitbreidende wetsduidingen daarvan in art. 12 hebben betrekking op het *recht* van de auteursrechthebbende, dat zelfs verbreiding in 'een zekere groep' van een niet in druk verschenen werk, en uitvoering binnen een besloten kring (anders dan een familie-, vrienden- en daaraan gelijk te stellen kring, maar zelfs *binnen* die zéér besloten kring als ervoor betaald moet worden!), moet kunnen tegen houden.

²⁸ Hetzelfde geldt blijkens art. 12 lid 4 Aw voor tentoonstellingen.

²⁹ HR 9 maart 1979, NJ 1979, 341 m.nt. LWH.

³⁰ HR 24 december 1993, NJ 1994, 641 m.nt. JHS, rov. 3.7.

³¹ Zie bijv. D.J.G. Visser, a.w. (1997), pp. 126 (voor uitzendingen) en 132 (grens kan niet nog lager worden gelegd); M.H.M. Schellekens, Aansprakelijkheid van Internetaanbieders (2001), p. 163 en Chr. Alberdingk Thijm, Privacy vs. Auteursrecht in een digitale omgeving (IteR-uitgave nr. 49, 2001; zie ook http://www.ivir.nl/publicaties/overig/alberdingk_thijm/-ITeR-privacy-v-auteursrecht.pdf).

³² HR 27 januari 1995, nr. 8476, NJ 1995, 669 m.nt. JHS.

³³ Zie ook Spoor/Verkade/Visser, a.w. (2005), par. 4.16, pp. 177-178.

Het *vereiste* van openbaarmaking van art. 15a vloeit voort uit het persoonlijkheidsrecht van de auteur ten aanzien van de eerste openbaarmaking. De uitbreidende begrippen van art. 12 zijn, naar hun achtergrond, dan ook niet zonder meer door te trekken naar het (enkele) hoofdbegrip ‘openbaar gemaakt’ in art. 15a.³⁴

5.20. Dat de voor de auteur positieve lading van art. 12 zich niet *zonder meer* laat doortrekken naar een voor hem negatieve lading in art. 15a, sluit niet uit dat men daartoe *toch* besluit, op basis van het argument dat de rechthebbende (hier: de auteur of zijn rechtverkrijgende) niet hoeft of behoort te profiteren van *the best of two worlds*. Ik herinner mij dat ik dat argument wel eens (misschien wel meer dan eens) in stelling heb gebracht, als het ging om m.i. te vergaande intellectueel-eigendomsrechtelijke aanspraken.³⁵

Het argument heeft m.i. *in de context van het auteursrechtelijke citaatrecht* onvoldoende gewicht. Ik citeer in dit verband nogmaals (zie ook nr. 5.9) de MvA bij de aanpassingswet uit 1985:

‘De eis van een rechtmatige openbaarmaking in artikel 15a [...] wordt daar gesteld omdat men het citaatrecht niet wilde laten gelden voor manuscripten of werken voor een beperkt publiek [mijn curs., A-G], maar alleen voor werken die tot het gehele publiek gericht zijn.’

Een keuze van de wetgever om enerzijds wél een auteursrechtelijke aanspraak te geven tegen bekendmaking in een meer dan minimale kring, maar om anderzijds de bekendmaking in die meer dan minimale, maar nog steeds beperkte kring niet te laten gelden als een ‘beschikbaarstelling aan het publiek’, die het werk citeervrij zou maken, is misschien het heroverwegen waard. De in 1985 gemaakte keuze is echter niet inconsistent, ook al krijgt de rechthebbende daarmee in zekere zin *the best of two worlds*.

In par. 5.44 en bij de bespreking van het principale cassatiemiddel (in nr. 6.1 e.v.) zal ik aangeven dat in concrete gevallen aan het bezwaar dat deze keuze met zich kan brengen, tegemoet gekomen kan worden door een (niet te benepen) erkenning van een beroep van de andere zijde op art. 10 EVRM, dat daartoe meer toegesneden criteria biedt.

5.21. Maar kan zich *binnen* het systeem van de Auteurswet niet een *alternatieve mogelijkheid* voordoen, die citeermogelijkheden biedt, ook al is het werk (al dan niet na verspreiding in een ruime besloten kring) niet door of met toestemming van de maker

³⁴ Ik sluit mij dus niet aan bij de genoemde vonnissen Notu c.s./Mediaset (zie voetnoot 21) en Huijgen c.s./Van IJzendoorn c.s. (zie voetnoot 22), die op een andere keuze duiden.

³⁵ Ik herinner me dat ik het argument met name geuit heb, als het ging om kwesties van samenloop tussen auteursrecht en merkenrecht (vindplaatsen doen nu niet terzake).

openbaar gemaakt? Daartoe is nodig dat het werk *anderszins* ‘rechtmatig’ openbaar gemaakt is. Biedt art. 15a daartoe de ruimte? Of is openbaarmaking door of met toestemming van de auteur de *enige* manier waarop een openbaarmaking rechtmatig kan plaatsvinden?

5.22. Dit laatste wordt in de Nederlandse literatuur gesuggereerd door Visser. Hij schrijft in zijn dissertatie (1997, p. 85) ‘Voor het intreden van deze rechtsgevolgen³⁶ is noodzakelijk dat de eerste openbaarmaking rechtmatig, oftewel met toestemming van de maker heeft plaats gehad.’³⁷

Gerbrandy (a.w. 1988) schrijft in zijn commentaar op art. 15a (aant. 5, p. 225): ‘ (...) het werk waaraan is ontleend moet rechtmatig zijn openbaar gemaakt. Dit is in dit geval: zonder in strijd te komen met het auteursrecht. Bedoeld is, strikt te handhaven het recht van de auteur om zijn werk wel of niet aan de openbaarheid prijs te geven.’

Gerbrandy’s eerste volzin is voorzichtiger en ruimer dan de daarmee niet geheel strokende tweede volzin.

Van Lingen³⁸ en Spoor/Verkade/Visser (a.w. 2005, zie par. 5.21 aldaar) laten zich niet expliciet over deze kwestie uit.

5.23. Indien Visser *inderdaad* rechtmatigheid *slechts* bij toestemming van de auteur aanwezig acht, is die (door Scientology c.s. en door het hof omhelsde) strikte opvatting m.i. niet in overeenstemming met de Auteurswet. Art. 15a Aw spreekt immers niet over ‘met toestemming van de maker’, maar over ‘rechtmatig’.

Hieraan doet niet af de al eerder geciteerde tekst uit de MvA bij de aanpassingswet van 1985³⁹:

‘De eis van een rechtmatige openbaarmaking in artikel 15a is ontleend aan artikel 10, eerste lid, van de [BC] betreffende het citaatrecht en wordt daar gesteld omdat men het citaatrecht niet wilde laten gelden voor manuscripten of werken voor een beperkt publiek, maar alleen voor werken die tot het gehele publiek gericht zijn.’

De verwijzing naar ‘werken die tot het gehele publiek gericht zijn’ slaat veeleer terug op de voorwaarde van ‘openbaarmaking’ dan op de voorwaarde van rechtmatigheid.

Visser geeft geen nadere uitleg of onderbouwing voor een standpunt dat voor ‘rechtmatigheid’ slechts met ‘toestemming van de auteur’ genoeg neemt.

In dit verband is het van belang om te constateren dat de Auteurswet op verschillende *andere* plaatsen voor beperkingen van het auteursrecht juist *uitdrukkelijk* géén genoeg neemt met een eerdere *rechtmatige* openbaarmaking of een eerder *rechtma-*

³⁶ Waaronder het gevolg van toepasselijkheid van art. 15a Aw, toevoeging A-G.

³⁷ In dezelfde zin T&C IE (1998), art. 15a Aw, aant. 4 (Visser).

³⁸ N. van Lingen, Auteursrecht in hoofdlijnen (5^e druk 2002), pp. 129-130.

³⁹ Kamerstukken II 1982-1983, 16740, nr. 7, p. 8.

tig gemaakte verveelvoudiging, maar aldaar wél uitdrukkelijk de *toestemming* van de maker (of: een *anders overeenkomen* tussen partijen) verlangt. Zie met name de artikelen 12b, 15c, 16b lid 4 en 17b.

5.24. Zoals reeds bleek, is art. 15a Aw (evenals uiteraard art. 5 lid 3 sub d ARI) gebaseerd op art. 10 lid 1 Berner Conventie. Artikel 10 lid 1 BC vereist (evenmin als art. 5 lid 3 sub d ARI) ook niet toestemming van de auteur, maar een ‘geoorloofde’ eerdere openbaarmaking (Engelse tekst: ‘lawfully made available to the public’).

5.25. Dat het daarbij om iets anders gaat dan ‘met toestemming van de auteur’ wordt bevestigd door het - gezaghebbende - commentaar van Ricketson op de BC⁴⁰ bij art. 10 lid 1 BC. Op blz. 491 schrijft Ricketson:

‘The work in question must have been “lawfully made available to the public”. [...] [I]t is wider than the concept of a “published work” under article 3(3) where such acts as broadcasting and public performance are excluded from the scope of “publication” and it is required that the work be published “with the consent of the author”. [...] It should also be noted that “lawful availability” under article 10(1) covers the situation where this has occurred under a compulsory licence [...]. Finally, it will be seen that article 10(1) contains no limitation on the kinds of work that may be quoted.’

5.26. Naar de *wettekst* en naar wets-/conventiegeschiedenis kan er dus ook zonder toestemming van de auteur sprake zijn van een rechtmatige en tot rechtmatig citeren aanleiding gevende eerdere openbaarmaking. Ricketson zelf noemt de ‘compulsory license’, wat neerkomt op publicatie krachtens een andere wettelijke beperking van het auteursrecht.

Ook de *strekking* van de bepaling van art. 15a lid 1 Aw pleit hiervoor. Onverminderd de goede (overigens door art. 10 EVRM begrensd⁴¹) redenen die er zijn om een (nog) vertrouwelijk werk óók tegen citeren daaruit te beschermen: die ratio valt weg, of verbleekt in elk geval aanzienlijk indien het werk zonder toestemming van de auteur – maar wél *rechtmatig* – toch al openbaar gemaakt is.⁴² De auteur moet dan sowieso al de gelegitimeerde openbaarheid gedogen.

Daar komt bij dat die door een andere wettelijke beperking van het auteursrecht veroorzaakte rechtmatige openbaarmaking, vanzelfsprekend haar eigen legitimatie en ratio heeft. Die ratio kan niet anders dan in een algemeen belang gelegen zijn. En dat

⁴⁰ S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, London/Deventer 1987.

⁴¹ Zie nader nrs. 5.44 en 6.1 e.v.

⁴² De ratio valt niet weg en verbleekt nauwelijks, indien het werk (toch al) *onrechtmatig* openbaar gemaakt is. Dat zou immers onrechtmatige openbaarmakingen kunnen uitlokken, juist óm daarmee het vervolgens citeren te legitimeren.

algemene belang kan op zijn beurt niet anders zijn dan het daarmee gemoeide openbaarheidsbelang. Dat impliceert bij uitstek (ten minste) een citeervrijheid.

5.27. Openbaarmakingen van niet eerder openbaar gemaakte werken zonder toestemming van de auteur maar niettemin rechtmatig krachtens wetsbepaling, veronderstellen – zo schreef ik hierboven – een algemeen belang. Specifieke wetsbepalingen kennen zodanige openbaarmakingsvrijheid dan ook met name toe aan overheidsorganen. De Auteurswet zelf levert daarvan voorbeelden in artt. 15b en 22.

Daarnaast impliceren de door tal van bijzondere wetten voorgeschreven teropenbare-inzage-leggingen, met name als het gaat om vergunningsaanvragen en de wettelijke mogelijkheden voor derden om daartegen bezwaar te maken of in een latere fase aan de vergunningsvoorwaarden rechten te ontnemen, menigmaal rechtmatige openbaarmaking van auteursrechtelijk beschermd werk (bouwtekeningen en bijsluiter teksten om een paar voorbeelden te noemen). De Wet openbaarheid van bestuur (WOB) kan als een algemene regeling ook vaak tot hetzelfde resultaat leiden.⁴³ De auteur van de aan de overheid overgelegde stukken moet dit nolens volens accepteren, en dus ook de – uit de ratio van deze openbaarheid voortvloeiende – citeervrijheid van derden. Er moet immers publiek debat mogelijk zijn. De kranten en niet alleen de kranten moeten er - met citaten - over kunnen schrijven.

5.28. Juist in verband met enerzijds de WOB en anderzijds art. 15b Aw hangt er al vele jaren een nog niet opgelost probleem boven de juridische markt. Anders dan art. 15a, dat slechts betrekking heeft op *citeren* uit eerder rechtmatig openbaar gemaakte werken, verklaart artikel 15b werken die zijn openbaar gemaakt ‘door of vanwege de openbare macht’ vrij voor verdere openbaarmaking en verveelvoudiging⁴⁴, zonder daarbij onderscheid te maken tussen enerzijds werken waarvan de overheid zelf auteur(srechthebbende) is en anderzijds werken waarvan zij dat niet is. Dat gaat ver. De Hoge Raad heeft in 1987⁴⁵ nog expliciet geoordeeld dat toepasselijkheid van art. 15b tot gevolg heeft dat (ook bij een werk waarvan de overheid geen auteursrechthebbende is) *iedere* verdere openbaarmaking en verveelvoudiging geoorloofd is: deze begrippen hebben voor art. 15b Aw dezelfde (ruime) betekenis als in de artikelen 12 en 13 Aw.

Over dit weerbarstige probleem wordt al vele jaren geschreven, vergaderd en gerapporteerd, maar een wettelijke kwadratuur van de cirkel of ei van Columbus is nog

⁴³ Overigens kent de WOB in art. 10 afwegingsgronden, zoals in art. 10 lid 2 onder e en g: onevenredig nadeel, respectievelijk privacy.

⁴⁴ Tenzij het auteursrecht daarop wordt voorbehouden, maar dat wordt natuurlijk vaak vergeten.

⁴⁵ HR 29 mei 1987, NJ 1987, 1003 m.nt. LWH, AMI 1987, p. 105 m.nt. DWFV (Beatrixpostzegel).

niet in zicht.⁴⁶

5.29. Tot zover mijn inleidende opmerkingen. Thans ga ik over tot bespreking van de klachten uit het incidentele cassatiemiddel. De 44 paragrafen zal ik aanduiden als onderdelen; ik zal de volgorde zoveel mogelijk volgen.

De onderdelen van het incidentele cassatiemiddel

5.30. De *onderdelen 1 en 2* bevatten slechts een inleiding.

5.31. De *onderdelen 3-13* richten zich blijkens het opschrift tegen rov. 7.7 van het bestreden arrest, voor zover het hof een oordeel heeft gegeven over de vraag hoe art. 15a lid 1 onder 1 Aw moet worden uitgelegd.

5.32. *Onderdeel 3* stelt voorop dat het hof in rov. 7.7 heeft geoordeeld dat het begrip ‘openbaar maken’ volgens de wetgever dient te worden verstaan ‘naar zijn oorspronkelijke betekenis’; dat het hof in rov. 7.8 heeft geoordeeld dat met ‘openbaar gemaakt’ in artikel 15a lid 1 Aw is bedoeld ‘de eerste openbaarmaking in de oorspronkelijke betekenis’ en dat het hof daarbij (kennelijk ter verduidelijking van dit begrip) heeft gewezen op een citaat uit de MvT bij het wetsvoorstel voor de Auteurswet 1912, alwaar wordt opgemerkt dat openbaarmaking van een (letterkundig) werk (o.a.) betekent ‘in druk doen verschijnen’.

Onderdeel 4 betoogt dat nu het hof in rov. 7.8, derde alinea, heeft geoordeeld dat de OT-werken II en III in druk zijn verschenen, tegen welk oordeel in cassatie niet wordt opgekomen, ’s hofs conclusie dat geen sprake is van rechtmatige openbaarmaking onbegrijpelijk en innerlijk tegenstrijdig is.

5.33. De klachten over eventuele onbegrijpelijkheid van hetgeen het hof in rov. 7.8, derde alinea heeft overwogen, kunnen m.i. niet tot cassatie leiden, reeds omdat het (blijkens rov. 7.8, tweede alinea) een overweging ten overvloede betreft.

Ook overigens faalt de klacht, omdat zij berust op een onjuiste lezing van de aangevallen overweging. Uit rov. 7.8, derde alinea kan niet worden afgeleid dát het hof heeft geoordeeld dat de werken OT II en OT III in druk zijn verschenen: voor het hof is dit in de context van rov. 7.8 kennelijk een ‘potentialis’. Uitgaande van die ‘potentialis’ heeft het hof vervolgens – rechtens juist – geoordeeld dat de uitbreiding van het openbaarmakingsbegrip in art. 12 lid 1 onder 2^o Aw niet van toepassing is, omdat die bepaling slechts betrekking heeft op niet in druk verschenen werken. Over de vraag of in het geval dat de werken OT II en OT III wél in druk verschenen zouden

⁴⁶ Zie hieromtrent, recent, Spoor/Verkade/Visser, a.w. (2005), par. 3.61-3.63, pp. 141-146, overigens qua stellingname niet anders dan reeds bij Spoor/Verkade, Auteursrecht (2^e druk 1993), pp. 129-134.

zijn, art. 15a daarop van toepassing zou zijn, oordeelt het hof in rov. 7.8, eerste alinea (nader uitgewerkt in rov. 7.9-7.11), waarbij voor het hof – rechtens juist – beslissend is of er een rechtmatige openbaarmaking heeft plaatsgevonden. Ik verwijs naar de (concluderende) nrs. 5.19-5.20 supra.

5.34. In *onderdeel 5* wordt aangevoerd dat het door het hof aangelegde criterium ‘eerste openbaarmaking in de oorspronkelijke betekenis’ ook overigens onvoldoende begrijpelijk is. Het onderdeel voert daartoe aan dat ’s hofs impliciete oordeel in rov. 7.7, dat er een primair openbaarmakingsbegrip bestaat (dat niet in de wet is verankerd), en dat daarnaast andere openbaarmakingsbegrippen bestaan die in art. 12 Aw zijn opgesomd, rechtens onjuist, althans onbegrijpelijk is, nu zulks geenszins uit de (door het hof aangehaalde paragrafen uit de) wetsgeschiedenis volgt en openbaarmaking een ruim begrip is, waarvan een aantal voorbeelden in art. 12 Aw zijn opgesomd.

5.35. Ik stel voorop dat de in het onderdeel tot uitgangspunt genomen lezing van rov. 7.7 van ’s hofs arrest m.i. correct is. Anders dan het onderdeel evenwel betoogt, is dit oordeel niet onjuist. Dit volgt reeds uit de hiervoor onder nr. 5.15 geciteerde wetsgeschiedenis bij de Auteurswet 1912, en het wordt bevestigd in de literatuur (zie voetnoot 24). Dat ‘openbaarmaking’ een ruim begrip is en art. 12 Aw slechts voorbeelden geeft, doet hier niet aan af. De klacht, die mede uit het oog verliest dat een rechtsoordeel zich niet met een motiveringsklacht laat bestrijden, wordt dan ook tevergeefs voorgesteld.

5.36. *Onderdeel 6* klaagt dat gelet op de vorige klachten de vervolgconclusie van het hof in rov. 7.8, dat de uitbreidingen ingevolge art. 12 Aw niet onder het begrip openbaar gemaakt in art. 15a lid 1 Aw vallen, onjuist is.

Het onderdeel bouwt geheel voort op de vorige klachten en deelt het lot daarvan.

5.37. *Onderdeel 7* klaagt dat, voor zover het hof in rov. 7.7 laatste alinea heeft geoordeeld dat het criterium ‘tot het gehele publiek gericht’ het juiste criterium is ter beantwoording van de vraag of van (rechtmatige) openbaarmaking in de zin van art. 15a Aw sprake is, het hof een onjuiste maatstaf heeft gehanteerd, althans zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd. Hieraan doet volgens *onderdeel 8* niet af dat in 1985 een opmerking van die strekking in de wetsgeschiedenis is gemaakt, uit welke opmerking volgens *onderdeel 12* daarentegen mede volgt dat een en ander veeleer afhangt van de omstandigheden van het geval.

Volgens *onderdeel 9* is onduidelijk wat met het ‘gehele publiek’ is bedoeld en wordt met het hanteren van het betreffende criterium miskend dat de meeste openbaarmakingen van werken niet tot het gehele publiek gericht zijn, terwijl citeren uit zulke

werken, naar algemeen wordt aangenomen, toegestaan is. Zo is een artikel in een dagblad niet tot het 'gehele publiek' gericht, maar alleen tot degenen die de krant willen kopen (of de inhoud daarvan anderszins rechtmatig verwerven), terwijl buiten twijfel is dat een dagblad (in de regel) rechtmatig openbaar gemaakt is als bedoeld in art. 15a Aw, aldus *onderdeel 10*.

Voorzover te gelden heeft dat een artikel in een krant tot het 'gehele publiek' gericht is, omdat iedereen de krant kan kopen, geldt volgens *onderdeel 11* in casu dat ook iedereen lid van de CoS kan worden en dus kennis kan nemen van de OT-werken.

5.38. Ik merk vooreerst op dat de door het hof aangelegde maatstaf niet in rov. 7.7, doch in rov. 7.8 is vervat, waar het hof in de eerste zin heeft geoordeeld dat met 'openbaar gemaakt' in de zin van art. 15a Aw bedoeld is 'de eerste openbaarmaking in de oorspronkelijke betekenis'. Evident is evenwel dat het hof hierbij aansluiting heeft gezocht bij de MvA van de aanpassingswet uit 1985 waarin is aangegeven dat de eis van rechtmatige openbaarmaking in art. 10 lid 1 BC is gesteld omdat men het citaatrecht wilde laten gelden voor manuscripten of werken *die tot het gehele publiek gericht zijn*.

5.39. Ik meen dat 's hofs bij het genoemde citaat uit de MvA aansluitende oordeel juist is, met dien verstande dat wat de MvA en het hof bedoelen met 'gericht tot het gehele publiek' kennelijk verstaan dient te worden als: openbaar gemaakt op een wijze waarmee het werk (in principe) voor het gehele publiek toegankelijk is gesteld. Zoals ik in nr. 5.9 reeds heb aangegeven, past deze uitleg m.i. goed bij art. 10 lid 1 BC en art. 5 lid 3 onder d Auteursrechtlijn waarin gesproken wordt over *voor het publiek toegankelijk maken resp. beschikbaar stellen* en ook bij de literatuur en het aangehaalde arrest van de Hoge Raad (zie nrs. 5.10 en 5.11).

Vooropstellend dat een rechtsoordeel niet met een motiveringsklacht kan worden bestreden, teken ik aan dat, anders dan onderdeel 9 betoogt, m.i. geenszins onduidelijk is wat het hof bedoelt met 'tot het gehele publiek gericht'. Er is met name geen serieuze discussie over mogelijk dat een dagbladartikel tot het gehele publiek is gericht. Niemand is immers uitgesloten van de mogelijkheid om hiervan een exemplaar te kopen. 's Hofs impliciete oordeel dat dit voor de onderhavige OT-werken niet (in vergelijkbare zin) opgaat, is niet onbegrijpelijk. Hierbij wijs ik op het door de rechtbank en het hof aan hun beslissing ten grondslag gelegde (in hoger beroep en in cassatie onbestreden) feit dat de OT-werken volgens de leer van de CoS *slechts toegankelijk zijn voor bepaalde geselecteerde leden* van de CoS (zie nr. 2.5), en voorts op rov. 7.10 van het bestreden arrest (waartegen, naar blijken zal, geen succesvolle klachten worden aangevoerd). De vergelijking met een dagbladartikel gaat dus mank.

De onderdelen 7-12 kunnen dan ook niet tot cassatie leiden.

5.40. *Onderdeel 13* betoogt dat het hof heeft miskend dat citaten, gezien de naar hun aard geringe omvang en de verdere voorwaarden voor citeren van art 15a Aw, in de regel de (exploitatie-)belangen van de auteur niet of nauwelijks schaden en dat het daarom aannemelijk is dat de wetgever een tamelijk ruime uitleg van de woorden 'rechtmatig openbaar gemaakt' voor ogen heeft gehad.

5.41. Voor zover het onderdeel een ruimere uitleg van art. 15a lid 1 onder 1 Aw voorstaat dan hiervoor en in nrs. 5.9-5.28 is uiteengezet, vindt het m.i. geen steun in het recht.

5.42. De *onderdelen 14-20* richten zich tegen rov. 7.8, voor zover het hof daarin heeft geoordeeld dat analoge toepassing van artt. 12 lid 4, resp. 12 lid 1 onder 2 Aw niet opgaat.

5.43. *Onderdelen 14-17* komen op tegen 's hofs verwerping in rov. 7.8 van de door Spaink en de Providers aangevoerde analogie met art. 12 lid 4 Aw, waardoor vertoning van een werk buiten familie- en vriendenkring reeds als (rechtmatige) openbaarmaking in de zin van art. 15a Aw zou hebben te gelden, hetgeen het hof niet heeft 'bestreden'. Met het oordeel dat deze bepaling betrekking heeft op een voordracht, op- of uitvoering of voorstelling, en dat daarvan bij de werken OT II en III geen sprake is geweest miskent het hof, aldus *onderdeel 15*, het feit, althans negeert het de stelling van Spaink en de Providers⁴⁷, dat volgens de Hoge Raad en de literatuur het criterium van art. 12 lid 4 Aw ook geldt voor de andere openbaarmakingsvormen uit de Auteurswet (zoals die van art. 15a Aw) en dat de familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring de ondergrens van de openbaarheid is.

Nu de wetgever heeft willen toestaan dat uit een voordracht of uitvoering buiten familie- en vriendenkring geciteerd mag worden, is het volgens *onderdeel 16* onaanneemelijk dat de wetgever een schriftelijke openbaarmaking onder (minimaal) 20.000 à 25.000 mensen niet als openbaarmaking heeft willen aanmerken, enkel en alleen omdat de openbaarmaking niet mondeling maar schriftelijk is geschied. *Onderdeel 17* voert ten slotte aan dat dit te meer klemt nu Spaink en de Providers hebben gesteld en door Scientology c.s. onvoldoende is betwist, dat OT II en III levels van lage orde zijn (er zijn 9 levels), zodat de meeste leden van Scientology daarvan kennis hebben genomen en dat over de jaren vele miljoenen mensen lid geweest zijn van Scientology.⁴⁸ Mede gezien deze buitengewoon grote openbaarmaking is volgens het

⁴⁷ Het onderdeel verwijst naar de pleitnota van mr. Van Manen van 11 april 2002, onder 25-30. Onder 27 wordt verwezen naar HR 24 december 1993, NJ 1994, 641 m.nt. JHS (Kleine kabelnetten).

⁴⁸ Verwezen wordt naar de pleitnota van mr. Van Manen van 11 januari (lees: april, A-G)

onderdeel onbegrijpelijk dat het hof, althans zonder nader onderzoek te doen, heeft geoordeeld dat geen sprake is geweest van ‘rechtmatige openbaarmaking’ als bedoeld in art. 15a Aw.

5.44. Het onderdeel faalt m.i., omdat het uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting. Zoals ik (concluderend) in nrs. 5.19 en 5.20 heb uiteengezet, meen ik dat het ervoor gehouden moet worden dat het begrip ‘openbaar gemaakt’ in art. 15a – overeenkomstig de MvA bij de aanpassingswet van 1985 – niet in aanmerking komt voor uitbreiding op de voet van art. 12 lid 1 sub 2° of art. art. 12 lid 1 sub 4° in verbinding met art. 12 lid 4 Aw. Om dezelfde redenen komt de door het onderdeel voorgestane ‘analoge’ uitleg van ‘openbaar gemaakt’ in art. 15a niet voor omhelzing in aanmerking.

Waar het onderdeel klaagt over het negeren door het hof van door Spaink en de Providers naar voren gebrachte rechtskundige stellingen, miskent het dat een rechtsoordeel niet met motiveringsklachten kan worden bestreden. Overigens is mij niet bekend (en noemen het onderdeel, en het gedingstuk waarnaar het onderdeel verwijst, en de schriftelijke toelichting geen vindplaats waaruit blijkt) dat de Hoge Raad geoordeeld zou hebben dat het criterium van art. 12 lid 4 Aw ook geldt voor art. 15a Aw.

Nu de klacht van onderdeel 16 uitgaat van de onjuiste rechtsopvatting dat de wetgever heeft willen toestaan dat ook uit een *besloten* voordracht of uitvoering (in of buiten familie- en vriendenkring) geciteerd mag worden, en de op die opvatting gebaseerde stelling dus niet opgaat, doet niet terzake - zo voeg ik ten overvloede nog toe - het verschil tussen ‘mondeling’ of ‘schriftelijk’, terwijl het grote aantal personen aan wie de OT II en III-werken verstrekt zijn (of volgens onderdeel 17 zouden kunnen zijn) niet doorslaggevend is.

Hoewel het verleidelijk is om uit een grote kwantiteit een kwalitatieve gevolgtrekking te maken, is dat logisch niet juist. En hoewel recht en logica vanwege *zum Teufel führende Konsequenzen* niet altijd één op één lopen, is het in dit geval m.i. ook rechtens niet juist. Het is niet alleen bij een organisatie als de CoS maar ook bij andere organisaties goed denkbaar dat bepaalde informatie (ook auteursrechtelijk beschermde informatie), enerzijds onder zeer veel mensen, maar anderzijds niettemin *vertrouwelijk* c.q. *onder geheimhoudingsverplichting* wordt verspreid. Denk bijv. aan het personeel van zeer grote (concerns van) ondernemingen, aan wie een eventualiteitenhandboek wordt verstrekt, of aan wie bij een crisissituatie een ‘herderlijk schrijven’ wordt gezonden, om de moed erin te houden, of gewoon uitleg over een vermeend incidentje, of een prettige bonusregeling wordt gegeven. Ook hierbij kan het om (tien-)duizenden geadresseerde personen gaan. Via de pers weten wij natuur-

lijk dat juist zulke onder zeer velen verspreide boodschappen nogal eens uitlekken en dus toch in de media of op internet komen. Maar wij weten uiteraard niet, noch uit de pers, noch anderszins, in hoeveel gevallen het niét uitlekt, waarbij het auteursrecht, naast het uitdrukkelijk kenbaar gemaakte vertrouwelijke karakter, eventueel versterkt met geheimhoudingsverplichtingen, ervoor gezorgd heeft dat de informatie wél vertrouwelijk gebleven is, zoals het behoorde. De opvatting van het middelonderdeel (wat op *grote* schaal verspreid is, ook al was het vertrouwelijk c.q. onder geheimhoudingsverplichting, is *daarom* vrij voor rechtmatig citeren) zet in wezen de bijl in een van de wortels van dit systeem, en ik kan niet adviseren daarin mee te gaan.

Nu wil ik ook weer niet verdedigen dat in gevallen waarbij in strijd met vertrouwelijkheidopschriften en/of geheimhoudingsverplichtingen een document-tevens-werk-in-auteursrechtelijke-zin tóch bekend geworden is (of zelfs, vanwege een hoger maatschappelijk belang, door een ‘klokkenluider’ bekend gemaakt *mocht* worden), het aldus bekend geworden document vanwege de niet-voldoening aan de voorwaarde van art. 15a lid 1 sub 1^o hoe dan ook niet *verder* geciteerd zou mogen worden. Juist als het betrokken document zich (bij uitstek) leent als voorwerp van maatschappelijk debat, zou dat ook weer leiden tot een *zum Teufel führende Konsequenz*. Het ontgaan van die consequentie valt m.i. echter – anders dan het middelonderdeel wil – niet in het geldend systeem van de Auteurswet te passen. Gelukkig hoeft dat ook niet. Hiervoor hebben wij het grondrechtelijk systeem van de informatievrijheid van art. 10 EVRM en art. 19 IVBPR. Dat systeem heeft nu juist daarop *toegesneden* maatstaven, waaronder de toets of het nog wel ‘noodzakelijk’ is het auteursrecht te laten vóórgaan, respectievelijk het (nog) bestaan van een *pressing social need* daartoe. Dat is de - m.i. juiste (zij het in deze zaak in verband met de nrs. 5.65 e.v.) m.i. niet noodzakelijke - weg die het hof in rov. 8.1-8.4 en rov. 13 heeft gekozen.

Bij de bespreking van het principale cassatiemiddel in nr. 6.1 e.v. kom ik op art. 10 EVRM terug.

5.45. De *onderdelen 18-20* klagen erover dat het hof in rov. 7.8 ten onrechte het subsidiaire beroep van Spaink en de Providers op art. 12 lid 1 onder 2^o Aw heeft verworpen.⁴⁹ Spaink en de Providers hebben gesteld dat indien het er voor moet worden gehouden dat de OT-werken niet in druk zijn verschenen, zij in elk geval in (meer dan) kleine kring ‘verbreid’ zijn, hetgeen op grond van art. 12 lid 1 onder 2 Aw heeft te gelden als openbaar maken. Het hof heeft dit van de hand gewezen ‘omdat die bepaling de verbreiding van werken betreft die - anders dan de werken OT II en OT III - (nog) niet in druk zijn verschenen (manuscripten)’.

Onderdeel 19 voert aan dat het hof daarmee heeft gesteld dat de OT-werken II en III in druk zijn verschenen, in welk geval sprake is van openbaarmaking. Voorts is vol-

⁴⁹ Verwezen wordt naar de pleitnota van mr. Van Manen van 11 april 2002, onder 43.

gens *onderdeel 20* niet aannemelijk dat de wetgever verbreiding in beperkte kring van niet in druk verschenen werken wél, en dezelfde verbreiding van in druk verschenen werken niet als openbaarmaking zou hebben willen aanmerken.

5.46. Ook dit onderdeel wordt tevergeefs voorgesteld. Ik volsta met een verwijzing naar hetgeen ik hierboven onder 5.19-5.20 en 5.33, alsmede onder 5.44 heb aangegeven.

5.47. De *onderdelen 21-32* komen op tegen rov. 7.10 waarin het hof, kort gezegd, heeft geoordeeld dat van rechtmatige openbaarmaking van de OT-werken in de zin van art. 15a Aw, door verspreiding van deze OT-werken onder de Scientology-leden niet gesproken kan worden.

5.48. De *onderdelen 21-23* bevatten verschillende motiveringsklachten. *Onderdeel 21* klaagt dat het hof onvoldoende rekening heeft gehouden met de herhaalde stelling van Spaink en de Providers dat OT II en III vrijelijk binnen de Scientologygemeenschap (vele miljoenen mensen) hebben gecirculeerd, dat deze ook buiten die organisatie kwamen en dat deze niet van aanvang af onder geheimhouding zijn verstrekt en beveiligd.⁵⁰ In *onderdeel 22* wordt aangevoerd dat het hof ten onrechte niet is ingegaan op de stelling van Spaink en de Providers dat uit de overgelegde stukken blijkt dat bij de CoS de leden komen en gaan, dat, in elk geval in het verleden, de vertrokken leden de werken in hun bezit hielden, en dat de werken op deze wijze automatisch ook buiten de Scientologyorganisatie kwamen, hetgeen Scientology c.s. bekend was. Volgens *onderdeel 23* heeft het hof ten slotte ook de stelling genegeerd dat Scientology c.s. bij de openbaarmaking een beroeps- en bedrijfsbelang hebben en dat daarom sowieso al sprake is van openbaarmaking.

5.49. De in onderdeel 21 genoemde stellingen van Spaink en de Providers zijn door het hof blijkens rov. 7.10 (vierde t/m zesde volzin) onder ogen gezien. Het hof heeft deze evenwel verworpen met het oordeel dat een en ander niet is komen vast te staan op grond van de processtukken, dat de verklaringen van Young en Warren McShane daartoe te weinig concreet zijn en dat uit hun verklaringen juist valt af te leiden dat er wél een geheimhoudingsplicht was maar dat die niet (voldoende) werd nageleefd. Dit oordeel is m.i. niet onbegrijpelijk, ook niet in het licht van de in het onderdeel genoemde stellingen uit de pleitnota van mr. Van Manen van 11 april 2002 onder 5-24.

De kernstellingen uit deze pleitnotities zijn de volgende. Allereerst (i) wordt verwezen naar een bij MvA in incidenteel appel in het geding gebrachte getuigenverklaring van Warren McShane in een Zweedse procedure⁵¹. Voorts (ii) wordt de stelling van

⁵⁰ Verwezen wordt naar de pleitnota van mr. Van Manen van 11 april 2002, onder 5-24.

⁵¹ MvA in incidenteel appel, prod. 1.

Scientology c.s. dat de werken vanaf de jaren '50 onder embargo of beveiligd openbaar zijn gemaakt betwist. Met name (iii) wordt betwist dat de door Scientology c.s. overgelegde foto's van het beveiligingssysteem, de overeenkomsten tussen RTC en daaraan gelieerde kerkelijke organisaties en vijf rechterlijke uitspraken uit de Verenigde Staten tot het bewijs van deze stelling kunnen dienen. Hierbij wordt (iv) geattendeerd op hetgeen McShane volgens Spaink in de genoemde Zweedse procedure heeft verklaard. Verder wordt (v) verwezen naar productie 2b bij de CvA, waarin Spaink (in par. 6) een uitgebreid en gedocumenteerd relaas zou hebben gedaan over het feit dat de werken vrijelijk binnen en buiten de CoS circuleerden, en (vi) naar de verklaring van R.V. Young in prod. 2c bij de CvA, p. 115 (waarnaar ook Spaink verwijst). Ten slotte (vii) wordt gewezen op een citaat uit het boek van Robert Kaufman.

5.50. Hieromtrent wil ik het volgende opmerken.

Ad (i): McShane verklaart niet anders dan dat over de jaren ongeveer 20.000-25.000 mensen de OT II- en OT III-cursussen hebben voltooid, dat vijf kerken (20 à 30) exemplaren van OT II en OT III hebben, zodat van OT II ongeveer 100 exemplaren bestaan en van OT III ongeveer 150 en dat elk exemplaar een eigen serienummer heeft. Niet onbegrijpelijk is dat het hof hierin geen ondersteuning van de betreffende stellingen heeft gelezen.

Ad (ii) en (iii): Niet onbegrijpelijk is dat het hof dit onvoldoende acht om de stellingen van Spaink en de Providers te staven.

Ad (iv): Niet onbegrijpelijk is dat het hof hieraan geen waarde heeft gehecht, omdat het slechts om een niet nader onderbouwde weergave van Spaink omtrent de verklaring van McShane gaat. De verklaring is niet terug te vinden in prod. 1 bij de MvA in incidenteel appel.

Ad (v), (vi) en (vii): Hieruit komt met name naar voren dat er exemplaren van de OT-werken naar buiten zijn gekomen, veelal via ex-leden. Dat het hof dit onvoldoende achtte om aan te nemen dat er in het verleden geen plicht tot geheimhouding bestond en/of dat de OT-werken vrijelijk binnen en buiten de CoS hebben gecirculeerd, is m.i. niet onbegrijpelijk. Ten slotte is evenmin onbegrijpelijk dat het hof voor het antwoord op de vraag of de OT-werken rechtmatig openbaar zijn gemaakt in de zin van art. 15a lid 1 Aw geen waarde heeft gehecht aan de verklaring van Young dat OT II en III in Hollywood als filmscript hebben gecirculeerd. Uit de verklaring van Young volgt immers dat het hier om een bewerking van de OT-werken ging, en voorts dat de verbreiding van het script slechts in beperkte kring plaatsvond⁵². Beide omstandigheden kunnen ieder voor zich in de weg staan aan het aannemen van een

⁵² Ik citeer uit prod. 2c bij CvA, p. 126 (midden): 'People that helped to support it in some ways, contributions, investors were made copies of this (...)'. Het woord 'contributions' in plaats van 'contributors' is kennelijk een verschrijving van de stenograaf/law clerk.

openbaarmaking van de OT-werken in de zin van art. 15a lid 1 Aw (zie wat betreft de tweede omstandigheid nrs. 5.19-5.20, 5.33, 5.44 en 5.46).

5.51. De onderdelen 22 en 23 falen, nu deze niet voldoen aan de eisen die art. 407 lid 2 Rv aan een cassatiemiddel stelt. Met name is nagelaten de vindplaatsen van de genoemde stellingen in het (omvangrijke) procesdossier aan te geven. Ik tref de stellingen in ieder geval niet aan in de in onderdeel 21 genoemde processtukken. Voor zover onderdeel 23 zou refereren aan HR 1 juni 1979 (Buma/Wasserij De Zon)⁵³ gaat het overigens uit van een onjuiste rechtsopvatting, nu dat arrest van de Hoge Raad betrekking heeft op de uitleg van art. 12 lid 1 sub 4^o en lid 4 Aw, en het hof terecht geoordeeld heeft dat die bepalingen bij de uitleg van art. 15a geen rol spelen (zie nrs. 5.19-5.20, en 5.44).

5.52. De *onderdelen 24-29* komen met motiveringsklachten op tegen 's hofs oordeel in rov. 7.10 omtrent de geheimhouding en beveiliging van de OT-werken. *Onderdeel 24* klaagt dat het hof in rov. 7.10 heeft vooropgesteld dat vast staat dat OT II en III sinds de jaren '50 binnen de CoS zijn verspreid en dat een groot aantal leden van de CoS daar kennis van genomen heeft en dat is gebleken dat 'in elk geval thans' de leden van CoS zijn gebonden aan een geheimhoudingsverplichting en dat sprake is van beveiligingsmaatregelen. Volgens het onderdeel blijkt evenwel nergens uit dat de werken van aanvang onder geheimhouding werden verstrekt en beveiligd zijn geweest.

Onderdeel 25 voert in dat verband aan dat verschillende getuigen in verschillende procedures onder ede hebben verklaard dat zulke geheimhouding en beveiliging aanvankelijk en ook later niet bestond⁵⁴ en volgens *onderdeel 26* is het mede daarom onbegrijpelijk dat het hof er (kennelijk) vanuit is gegaan dat de stukken van aanvang onder geheimhouding zijn verstrekt en dat deze van aanvang zijn beveiligd.

5.53. In onderdeel 25 wordt verwezen naar dezelfde processtukken als in onderdeel 21. Ik verwijs dan ook naar de bespreking hiervan in nr. 5.50. M.i. is het, ook gelet op de betreffende verklaringen, niet onbegrijpelijk dat het hof heeft geoordeeld dat de juistheid van de stelling van Spaink en de Providers, dat er in het verleden geen geheimhoudingsplicht voor de leden gold en dat de OT-werken vrijelijk binnen en buiten de organisatie rond konden gaan, niet is aangetoond.

5.54. *Onderdeel 27* klaagt dat waar het hof in rov. 7.10, laatste alinea heeft geoordeeld dat niet is aangetoond dat de werken OT II en III 'zonder beperking ook voor derden ter inzage waren', het hof een onjuiste maatstaf heeft gehanteerd, althans zijn

⁵³ NJ 1979, 470 m.nt. LWH, AMR 1979, p. 74, AA 1980, p. 32 m.nt. Cohen Jehoram.

⁵⁴ Verwezen wordt naar de pleitnota van mr. Van Manen van 11 april 2002, onder 9-24.

oordeel onbegrijpelijk en onvoldoende heeft gemotiveerd. Het hof miskent immers dat ook in het geval dat er bepaalde beperkingen aan derden waren gesteld, er sprake kan zijn van openbaar maken.

5.55. Deze klacht faalt, nu wel degelijk van belang is dat niet gebleken is dat de werken zonder beperking ook voor derden ter inzage waren. Dit oordeel, in samenhang met het oordeel dat niet is gebleken dat er geen geheimhoudingsplicht voor de leden van de CoS (ook tegenover niet-leden) bestond, draagt bij aan het oordeel over de vraag of de werken openbaar zijn gemaakt in de zin van art. 15a Aw.

Dat het opleggen van beperkingen aan derden er niet altijd aan in de weg staat dat van openbaarmaken kan worden gesproken, doet hier niet aan af.

5.56. *Onderdeel 28* betoogt dat onbegrijpelijk is dat het hof heeft geoordeeld dat Spaink en de Providers hun stellingen terzake onvoldoende hebben geconcretiseerd en/of onderbouwd. Die stellingen zijn immers uitvoerig onderbouwd⁵⁵ terwijl de meeste argumenten terzake niet door het hof zijn besproken.

5.57. Zoals ik in nrs. 5.50 en 5.53 heb aangegeven, heeft het hof de betreffende stellingen van Spaink en de Providers onder ogen gezien, doch verworpen omdat deze onvoldoende zijn komen vast te staan. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk en evenmin onvoldoende gemotiveerd.

5.58. In *onderdeel 29* wordt aangevoerd dat de conclusie van het hof in rov. 7.10, dat uit de verklaringen van Young en McShane blijkt dat er wel een geheimhoudingsplicht was, maar dat deze onvoldoende werd nageleefd, onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd is. Young heeft immers onder meer verklaard dat leden en derden OT-werken thuis hadden, dat deze zijn gepubliceerd en dat OT III op last van CoS-leider Hubbard zelf tot een filmscript is bewerkt, dat in Hollywood is verspreid.⁵⁶

5.59. 's Hof's oordeel is m.i. niet onbegrijpelijk. Uit de verklaring van McShane omtrent het beperkte aantal exemplaren van OT II en III en uit de verhalen van Young kon het hof op begrijpelijke wijze opmaken dat, hoewel er weliswaar (potentiële) lekken waren, en exemplaren van de OT-werken wel eens in handen geraakten van personen (en een instantie als de FBI!), waarvoor deze naar de wens van Scientology c.s. niet bestemd waren, en dat er al wel eens uit geciteerd was, daarmee nog geen sprake was van een *openbaarmaking* in de zin van art. 15a lid 1 Aw. Wat betreft de opmerkingen van Young over het filmscript verwijs ik naar nr. 5.50.

⁵⁵ Verwezen wordt naar de pleitnota van mr. Van Manen van 11 april 2004 (lees: 2002, A-G), onder 9-24.

⁵⁶ Verwezen wordt naar CvA, prod. 2b, p. 25 en prod. 2c, p. 115 e.v.

5.60. De *onderdelen 30-32* komen op tegen 's hofs oordeel in rov. 7.10 omtrent de bewijslastverdeling en het passeren van het door Spaink en de Providers gedane bewijsaanbod.

5.61. *Onderdeel 30* klaagt dat het hof heeft miskend, en niet is ingegaan op de stelling van Spaink en de Providers dat, mede gezien het feit dat de openbaarmaking onder zeer veel leden van Scientology c.s. vaststaat, het op de weg van Scientology c.s. ligt te bewijzen, althans aannemelijk te maken, hun stelling dat zulke verspreiding van aanvang af, dus vanaf de jaren '50, slechts onder geheimhouding is geschied en dat sinds die tijd sprake is geweest van beveiliging. Opgemerkt wordt dat aangenomen mag worden dat dit met bewijsstukken aannemelijk te maken is en dat het voor Spaink en de Providers veel moeilijker is om het tegendeel aan te tonen.

Onderdeel 31 betoogt dat het ontbreken van enig bewijsstuk terzake (terwijl door Scientology c.s. van de thans bestaande geavanceerde beveiliging een overvloed aan bewijsmateriaal is overgelegd) en de verklaring van McShane dat zulke beveiliging destijds niet bestond⁵⁷ voor het hof toch redenen had moeten zijn aan te nemen dat het niet voor de hand ligt, althans op zijn minst kwestieus is, dat van aanvang sprake is geweest van zulke geheimhouding en beveiliging. Het oordeel van het hof is daarom onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd. *Onderdeel 32* voert aan dat het om deze redenen ook onbegrijpelijk is dat het hof Scientology c.s. geen bewijsopdracht heeft gegeven, dan wel dat het Spaink en de Providers niet heeft toegelaten tot nader bewijs.

5.62. Gelet op art. 150 Rv en gelet op 's hofs oordeel in rov. 7.10, dat gebleken is dat er in ieder geval *op dit moment* een geheimhoudingsplicht voor de leden van de CoS bestaat en er strenge beveiligingsmaatregelen zijn, is het m.i. niet onjuist dat het hof (impliciet) heeft geoordeeld dat het aan Spaink en de Providers is om te (stellen en te) bewijzen dat dit *in het verleden* niet het geval is geweest. Dat Spaink en de Providers daarmee in een lastige bewijspositie zitten, doet hier m.i. niet aan af. Zoals ik hiervoor reeds heb betoogd kan aan de betreffende verklaring van McShane m.i. geen belang worden gehecht (zie nr. 5.50). De klacht in onderdeel 32 faalt voorts nu 's hofs oordeel dat het bewijsaanbod van Spaink en de Providers onvoldoende gesubstantieerd was, niet uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting, noch onbegrijpelijk is.

Al met al worden ook de onderdelen 30-32 tevergeefs voorgesteld.

5.63. De *onderdelen 33-42* komen op tegen 's hofs oordeel in rov. 7.9 omtrent de vraag of het feit dat de OT-werken gedurende een periode van ongeveer twee jaren ter inzage hebben gelegen in de bibliotheek van de District Court in Californië, ertoe

⁵⁷ Verwezen wordt naar de pleitnota van mr. Van Manen van 11 april 2002, onder 13.

leidt dat de werken rechtmatig openbaar zijn gemaakt in de zin van art. 15a Aw.

5.64. De *onderdelen 33 en 34* bevatten slechts een inleiding.

Onderdeel 35 stelt voorop dat art. 15a Aw vereist dat het werk waaruit wordt geciteerd rechtmatig openbaar gemaakt is, dat de rechtbank in Californië de OT-werken als schriftelijke partijverklaring volgens een vaste procedure in haar bibliotheek ter kennisname voor eenieder heeft neergelegd en dat het hof constateert dat de stukken gedurende twee jaar voor derden vrijelijk verkrijgbaar waren. Aldus was volgens het onderdeel sprake van openbaarmaking voor het 'gehele publiek'. Die openbaarmaking was voorts rechtmatig, nu de vaste regels van het betreffende gerecht in acht zijn genomen.

Onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd is, aldus *onderdeel 36*, dat het hof niettemin heeft gemeend dat geen sprake was van rechtmatige openbaarmaking. Onvoldoende redengevend daartoe is volgens het onderdeel 's hofs overweging dat door Scientology c.s. geen toestemming is verleend voor openbaarmaking *via internet*, nu de openbaarmaking door de District Court van Californië, waardoor derden gedurende twee jaren vrijelijk kennis van de stukken konden nemen, reeds heeft te gelden als een rechtmatige openbaarmaking. Het verdere openbaar maken op internet is daardoor in dit verband irrelevant, aldus het onderdeel.

Voorzover de woorden van het hof aldus begrepen moeten worden dat Scientology c.s. nimmer toestemming hebben gegeven voor de openbaarmaking door de District Court, geldt volgens *onderdeel 37* dat zulke toestemming niet is vereist, zodat deze stelling ontoereikend gemotiveerd is. Ook indien die stelling juist zou zijn, is onbegrijpelijk waarom de stukken twee jaar bij het gerecht ter inzage hebben gelegen, aldus de klacht. Onder 'rechtmatige openbaarmaking' als bedoeld in art. 15a Aw dient volgens *onderdeel 38* ook te worden verstaan het ter inzage leggen volgens de vaste procedure van een rechtbank.

5.65. Ik acht deze klachten gegrond. Dat vloeit voort uit hetgeen ik in nrs. 5.21-5.27 heb geschreven.

Het hof is in rov. 7.9 uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door te miskennen dat de terinzagelegging door de District Court in Californië en de daarmee gepaard gaande vrije verkrijgbaarheid voor derden een rechtmatige (voorafgaande) openbaarmaking in de zin van art. 15a Aw opleverde. Zoals onderdeel 37 terecht naar voren brengt, is niet relevant of de auteursrechthebbende toestemming heeft verleend.

Niet weersproken is dat de District Court in Californië de betrokken documenten gedurende twee jaar in zijn bibliotheek openbaar ter inzage heeft gelegd. Niet te weerspreken en niet weersproken is dat de District Court in Californië deel uitmaakt van de openbare macht; dat het een buitenlandse openbare macht is doet voor de toepassing van art. 15b (terzake van de rechtmatigheid van de voorafgaande

openbaarmaking) en art. 15a Aw, mede gelet op art. 2bis⁵⁸ en art. 10 BC, niet terzake.

5.66. *Onderdeel 39* betoogt dat het hof daarnaast heeft miskend dat een affidavit zoals de onderhavige Fishman Affidavit beschouwd dient te worden als onderdeel van een rechterlijke uitspraak, althans van een gerechtelijke procedure, en dat er derhalve ingevolge art. 11 Aw geen auteursrecht op rust zodat citeren is toegestaan.

Het hof heeft voorts volgens *onderdeel 40* miskend dat ten aanzien van werken die door de openbare macht, waartoe (in de terminologie van het onderdeel) de 'gerechtelijke macht' gerekend moet worden, zijn openbaar gemaakt ingevolge art. 15b Aw het auteursrecht in het geheel niet kan worden uitgeoefend, zodat ook in dit geval citeren is toegestaan. Niet gesteld of gebleken is dat ten aanzien van OT II en III een auteursrechtelijk voorbehoud is gemaakt, aldus het onderdeel. *Onderdeel 41* voert nog aan dat het voor de toepassing van artt. 11 en 15b Aw niet relevant is of de auteursrechthebbende toestemming heeft verleend.

5.67. Niet valt in te zien - laat staan dat gesteld of gebleken is - dat (teksten uit) de OT-werken in een vonnis of beschikking van de District Court zijn *opgenomen* of dat de werken daaraan zijn aangehecht.⁵⁹ *Onderdeel 39* faalt dus.

5.68. Het beroep in onderdeel 40, in verbinding met onderdeel 41, op art. 15b Aw is terecht, voor zover het onderdeel daarmee de basis voor de door art. 15a Aw aan citeervrijheid voorafgaande *rechtmatige* openbaarmaking aanwijst. Zie hierboven nrs. 5.21-5.27 en 5.65. Het onderdeel mist voor het overige belang, nu het niet erover klaagt dat het hof op basis van art. 15b Aw *algehele overnamevrijheid* van OT II en OT III had moeten aannemen. Het onderdeel klaagt immers enkel over het miskennen door het hof dat in verband met een beroep op art. 15b 'ook in dit geval citeren is toegestaan'.

Overigens heb ik in nr. 5.28 (met verwijzingen aldaar) aangegeven dat, en waarom, bezwaren in de weg staan aan aanvaarding van de gedachte dat openbaarmaking door de overheid overeenkomstig art. 15b zou meebrengen dat een werk (waarvan de overheid niet zelf auteursrechthebbende is) *geheel* vogelvrij zou zijn, dus ook buiten het citaatrecht. Ook op materiële gronden zou ik het onderdeel in zoverre dus geen steun willen geven.

5.69. *Onderdeel 42* voert aan dat mede om de hier genoemde redenen het oordeel van het hof, dat de openbaarmaking binnen (en buiten) de Scientology-gemeenschap (althans aan ten minste 25.000 leden) niet heeft te gelden als een rechtmatige openbaarmaking in de zin van art. 15a Aw, rechtens onjuist, onbegrijpelijk, althans

⁵⁸ Art. 2bis BC correspondeert met art. 15b Aw.

⁵⁹ Vgl. Spoor/Verkade/Visser, a.w. (2005), par. 3.58, p. 139.

onvoldoende is gemotiveerd.

5.70. Nu dit onderdeel geheel voortbouwt op de vorige onderdelen, deelt het het lot daarvan.

5.71. *Onderdelen 43 en 44* richten zich ten slotte tegen 's hofs feitelijke vaststelling in rov. 2 van het bestreden arrest, voor zover het hof als volgt heeft geoordeeld:

‘Spaink heeft in 1995 de Fishman Affidavit met bijlagen waaronder vertrouwelijke delen uit de OT-werken, op haar websites bij (voorheen genaamd) XS4ALL en bij Planet Internet geplaatst. Nadat zij deze vóór 23 februari 1996 had verwijderd, heeft Spaink haar eigen relaas over Scientology op haar websites (...) gezet, in welk relaas enige citaten uit onder meer OT II, OT III en Ability zijn opgenomen.’

Onderdeel 44 voert aan dat Spaink op 23 februari 1996 niet de gehele Fishman Affidavit heeft verwijderd. Zij heeft de delen uit de stukken OT II, OT III en Ability, die zij op haar homepage had staan, verwijderd en vervangen voor haar eigen relaas, dat korte citaten uit de werken OT II, OT III en Ability bevatte.⁶⁰

5.72. Deze klacht faalt wegens gebrek aan belang. Het verschil tussen de bestreden overweging en de opvatting van het onderdeel (m.i. spijkers op laag water en lood om oud ijzer) heeft immers geen gevolg voor 's hofs beslissingen omtrent de toe- of afwijzing van het gevorderde.

5.73. Nu ik de klachten in onderdelen 33-42 van het incidentele cassatiemiddel gegrond acht, en het incidentele cassatiemiddel daarmee slaagt, zal dit gevolgen kunnen hebben voor de vraag of in het principale cassatieberoep de bestrijding door Scientology c.s. van het door het hof gehonoreerde beroep van Spaink en de Providers op art. 10 EVRM nog aan de orde dient te komen.

6. Principaal cassatiemiddel onder A (1-17): Art. 10 EVRM

6.1. Het principale cassatiemiddel stelt onder A (onderdelen 1-17) de relatie aan de orde tussen het auteursrecht en art. 10 EVRM⁶¹, waarin het recht op informatievrijheid/vrijheid van meningsuiting neergelegd.⁶²

⁶⁰ Verwezen wordt naar de pleitnota van mr. Van Manen van 8 maart 1999, onder 9.

⁶¹ Pendanten van art. 10 EVRM zijn art. 19 van het Internationale verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) en art. 7 Grondwet; de Auteurswet kan echter in verband met art. 120 Grondwet niet aan art. 7 Grondwet getoetst worden.

⁶² In de literatuur is, na een aarzelende start, deze kwestie vervolgens meer en meer nadrukkelijk aan de orde gekomen, zie bijv.: H. Cohen Jehoram, Auteursrecht contra vrijheid van

6.2. Artikel 10 EVRM luidt:

‘1. Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. [...]

2. Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.’

6.3. Onverminderd de begrenzingsen in lid 2 van art. 10 EVRM, heeft het Europese Hof voor de rechten van de mens (hierna: EHRM) in een reeks uitspraken, ingezet met het Handyside-arrest⁶³, het belang en de strekking van de informatievrijheid benadrukt:

‘The freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and each individual’s self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to information or ideas that are favourable received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no democratic society.’

6.4. Het EHRM heeft geoordeeld dat de beperkingen op grond van art. 10 lid 2 EVRM ‘must [...] be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly’.⁶⁴

meningsuiting?, NJB 1974, pp. 1393-1405; B.P. Hugenholtz, Auteursrecht op informatie (diss. 1989), pp. 150-170; P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, De Europese conventie in theorie en praktijk (3e druk Nijmegen 1990), pp. 457-458; D.W.F. Verkade, Intellectuele eigendom, mededinging en informatievrijheid (1990); J.M. de Meij, Auteursrecht en informatievrijheid, NJB 1991, pp. 45-51; E.J. Dommering, Internet: een juridische plaatsbepaling van een nieuw communicatieproces, Computerrecht 1996, pp. 210-221; E.J. Dommering (red.), Informatierecht, Fundamentele rechten voor de informatiesamenleving (2000), pp. 431-455; H. Cohen Jehoram, Auteursrecht en expressievrijheid, in: Hins/Nieuwenhuis (red.), Van ontvanger naar zender (De Meij-bundel 2003), pp. 77-87; P.B. Hugenholtz, Auteursrecht contra informatievrijheid in Europa, in dezelfde De Meij-bundel, pp. 157-174 en Spoor/Verkade/Visser, a.w. (2005), par. 1.6, pp. 5-8 en par. 5.6-5.7, pp. 219-224.

⁶³ EHRM 7 december 1976, NJ 1978, 236 (Handyside), rov. 49.

⁶⁴ Zie bijv. EHRM 25 maart 1985, NJ 1987, 900 m.nt. EAA (Barthold), rov. 58 en EHRM 25 november 1999, NJ 2001, 63 m.nt. EJD (Nilsen), rov. 43.