

6.5. Een beperking is slechts noodzakelijk in een democratische samenleving, zoals vereist in art. 10 lid 2 EVRM, indien deze beantwoordt aan een *pressing social need*, en proportioneel is aan het na te streven doel. De lidstaten, waaronder de wetgever en de autoriteiten die de wetgeving toepassen, zoals de onafhankelijke rechter, bezitten hier een *margin of appreciation*, doch deze is onderworpen aan toezicht door het EHRM.⁶⁵

Een en ander brengt mee dat in een voorliggend geval het EHRM zich niet beperkt tot een onderzoek naar de legitimiteit van de aan de beperking ten grondslag liggende regelgeving, doch de omstandigheden van het concrete geval bij zijn onderzoek betreft⁶⁶, hetgeen neerkomt op een afweging van het belang dat met de beperking wordt nagestreefd tegen het belang van de informatievrijheid ('balancing the rights in issue').⁶⁷

6.6. Het EHRM heeft zich tot dusverre niet hoeven buigen over de vraag naar de verhouding tussen het auteursrecht en art. 10 EVRM. Er zijn twee uitspraken van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens over deze kwestie⁶⁸, doch deze bieden ons weinig aanknopingspunten.

6.7. Bezien wij de nationale regeling in de Auteurswet 1912, dan valt het volgende op. De informatievrijheid van art. 10 EVRM heeft niet (expliciet) gefungeerd als toetsingskader, noch (uiteeraard: in 1912!) bij de totstandkoming, maar ook niet bij herzieningen van de Auteurswet nadat het EVRM in werking was getreden⁶⁹, al laat de jongste aanpassing van de Aw aan de Auteursrechtlijn ten deze een zekere kentering zien. Ook al noemt de Aw de informatievrijheid van art. 10 EVRM niet als zodanig als beperkingsgrond, er zijn - reeds van oudsher - in de Aw een aantal auteursrechtbeperkende bepalingen opgenomen met het oog op de informatievrijheid.⁷⁰

6.8. De Auteurswet 1912 kent van oudsher een 'open systeem' van aan de auteur toe-

⁶⁵ Zie bijv. EHRM 7 december 1976, NJ 1978, 236 (Handyside), rov. 48 en 49 en EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 m.nt. EAA (Sunday Times), rov. 59 en 62.

⁶⁶ Zie voor een uitspraak waarin het EHRM dit met zoveel woorden zegt: EHRM 28 juni 2001, NJ 2002, 181 m.nt. EJD (VGT Verein), rov. 75. Zie ook J.M. de Meij e.a., *Uitingsvrijheid, De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief* (Amsterdam 2000), p. 256.

⁶⁷ Zie bijv., in een conflict tussen art. 10 EVRM en art. 1 van het Eerste Protocol (rechten van verzoekers om hun mening te uiten versus recht van eigenaar van het winkelcentrum waar zij dit wilden doen): EHRM 6 mei 2003, nr. 44306/98 (Appleby c.s.), rov. 41-49.

⁶⁸ ECRM 6 juli 1976, NJ 1978, 237 (Geïllustreerde Pers) en ECRM 15 januari 1997, *Informatierecht/AMI* 1999, p. 115 m.nt. Hugenholtz (France 2/Frankrijk).

⁶⁹ Zie Spoor/Verkade/Visser, a.w. (2005), par. 1.6, p. 7.

⁷⁰ Denk hierbij aan het hiervoor aan de orde gekomen citaatrecht van art. 15a Aw, en aan artt. 15, 16, 16a en 18 Aw.

komende rechten, met de ruime openbaarmakings- en verveelvoudigingstermen in art. 1, die volgens de MvT aan de hand van technische en maatschappelijke ontwikkelingen verdere inhoud konden krijgen, en waarop in de artt. 12, 13 en 14 in zoverre slechts enkele voorschotten werden genomen. Het valt op dat, omgekeerd, naast de in art. 15 expliciet opgenomen beperkingen van het auteursrecht, niet expliciet een soortgelijk handvat is gegeven voor de verdere ontwikkeling van *beperkingen* van het auteursrecht. Een veel gehoorde (en nog niet uitgestorven) mening was dat de Auteurswet een open systeem van rechten, en een gesloten systeem van beperkingen kent, en dat die beperkingen bovendien nog beperkt zouden moeten worden uitgelegd.⁷¹

Schijn kan evenwel bedriegen. Artikel 1 Aw luidt: 'Het auteursrecht is het uitsluitend recht van den maker van een werk [...] om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen bij de wet gesteld'. In de *eerste* plaats behoeven de 'bij de wet gestelde beperkingen' uiteraard niet in de Auteurswet zélf te staan, maar kunnen zij ook in een andere wet van gelijke staatsrechtelijke orde voorkomen.⁷² In de *tweede* plaats komt het anno 2005 al te formeel voor om het woord 'wet' in de strofe 'behoudens de beperkingen bij de wet gesteld' anders te lezen dan 'recht' in de zin van art. 79 RO c.q. rechtersrecht.⁷³ In de *derde* en niet de minste plaats, kan hetgeen een nationale wetgever in zijn eigen wet bepaalt over de omvang van het auteursrecht, vanzelfsprekend niet afdoen aan Verdragsbepalingen van hoger orde, zoals art. 10 EVRM en art. 19 IVBPR. Die Verdragen *dienen* immers juist om te vergaande nationaal-wettelijke beperkingen van grondrechtelijke vrijheden, waaronder de informatievrijheid, te kunnen redresseren, aan de hand van de in die Verdragsartikelen neergelegde criteria. De toetsingsbevoegdheid hierbij is (mede) in handen gelegd van de nationale rechter, in zoverre mede optredend als Europese (grondrechten-)rechter⁷⁴, terwijl een in hoogste nationale instantie afgewezen beroep op het EVRM kan leiden tot een beroep op het Straatsburgse EHRM.⁷⁵

⁷¹ Vgl. hierover (kritisch) de algemene beschouwingen bij Spoor/Verkade/Visser, a.w. (2005), hoofdstuk V-A, pp. 211-224.

⁷² Bij voorkeur natuurlijk met een kruisverwijzing en een voorrangs- of achterrangserkenning, al is het maar in de Kamerstukken. Bij gebreke daarvan is er meer werk voor de rechter.

⁷³ Een (voorzichtige) aanzet daartoe is te ontwaren in HR 20 oktober 1995, nr. 15735, NJ 1996, 682 m.nt. JHS (Dior/Evora), rov. 3.6.2.

⁷⁴ Zie voor een (voorzichtige) erkenning hiervan, althans van het beginsel, wederom HR 20 oktober 1995, nr. 15735, NJ 1996, 682 m.nt. JHS (Dior/Evora), nu rov. 3.11 (volgens de HR 'dwong' in deze zaak evenwel het door Evora gestelde niet tot de conclusie dat het belang van de auteursrechthebbende voor het belang van de wederpartij bij haar vrijheid van meningsuiting moest wijken).

⁷⁵ Vgl. D.W.F. Verkade, a.w. (1990), pp. 36-39. Vgl. ook Spoor/Verkade/Visser, a.w. (2005), t.a.p.

6.9. Ik onderken dat de al eerder genoemde Auteursrechtlijn 2001/29/EG, volgens de considerans onder 32, een uitputtende opsomming van toegelaten beperkingen bevat. Ook indien dit gegeven EU-rechtelijk de nationale wetgevers ertoe verplicht geen andere beperkingen in hun Auteurswetten op te nemen, kan deze richtlijn er m.i. nog steeds niet aan in de weg staan dat art. 10 EVRM onder omstandigheden zijn eigen verdragsrechtelijke rol kan blijven spelen in auteursrechtelijke geschillen.⁷⁶

6.10. In de lagere rechtspraak is de vraag naar de verhouding tussen art. 10 EVRM en het auteursrecht een aantal keren aan bod gekomen.⁷⁷ Ik wil in het bijzonder wijzen op de zgn. Boogschutter-zaak⁷⁸ waarin de rechtbank Amsterdam het auteursrecht rechtstreeks toetste aan art. 10 EVRM in een geval waarin De Volkskrant bij een interview een foto had afgebeeld, waarop de geïnterviewde directeur naast een in het gebouw van diens onderneming aanwezige auteursrechtelijk beschermde sculptuur was afgebeeld, en De Volkskrant van inbreuk op het auteursrecht op die sculptuur werd beticht. Hoewel de afweging door de rechtbank voor De Volkskrant per saldo negatief uitpakte, vormt het vonnis m.i. een goed voorbeeld van de wijze waarop de Nederlandse rechter te werk moet gaan wanneer een partij in een auteursrechtelijk geschil een beroep doet op art. 10 EVRM.

6.11. Ter afsluiting van deze inleidende opmerkingen wil ik er nog op wijzen dat het EHRM in het algemeen de bedoeling bij het uiten van bepaalde informatie van belang acht bij de beoordeling van de vraag of de beperking daarop aan het noodzakelijkheidsvereiste voldoet. Wanneer bijv. informatie wordt geuit om in de pers wantoestanden aan de kaak te stellen en verder onderzoek daarnaar uit te lokken, zal het EHRM minder snel overtuigd zijn van de noodzaak van een beperking, dan indien ná zulke gedane zaken, of los daarvan de uiting (nog weer) aan de eer of goede naam van een ander afbreuk doet.⁷⁹ Ook de modaliteiten van de vrijheidsbeperkende

⁷⁶ Vgl. Spoor/Verkade/Visser, a.w. (2005), par. 5.6-5.7, pp. 222-224: aldaar ook over de verhouding tot de zgn. 'drie-stappentoets' van de ARI en de (omgekeerde) 'driestappentoets' van art. 10 EVRM.

⁷⁷ Zie bijv. Rb. Amsterdam 19 januari 1994, AMI 1994, p. 51, IER 1994, nr. 5, p. 50 (met illustratie), Mediaforum 1994, p. B34, NJCM-Bulletin 1994, p. 673 m.nt. Hugenholtz (Boogschutter), Hof Arnhem 15 april 1997 en 5 augustus 1997, AMI 1997, p. 214, BIE 1999, nr. 119, p. 464, Computerrecht 1997, p. 314 m.nt. Struik, Mediaforum 1997, p. B72 en B127 (KPN/Denda), 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) en Rb. Almelo 6 december 2000, AMI 2001, nr. 6, p. 69 m.nt. Cohen Jehoram, Mediaforum 2001, nr. 26, p. 177 m.nt. Beunen, BIE 2002, nr. 36, p. 219 (KPN/Denda).

⁷⁸ Zie vorige voetnoot.

⁷⁹ Zie bijv. EHRM 8 juli 1986, NJ 1987, 901 (Lingens), EHRM 25 juni 1992, Publ. Hof, Serie A nr. 239 (Thorgeir Thorgeirson), EHRM 23 september 1994, Publ. Hof, Serie A nr.

maatregelen (sancties) spelen – in het licht van de proportionaliteitstoets – een rol. Zo accepteerde het EHRM in de ‘Bluf’-zaak, waarbij het blad een BVD-document had gepubliceerd, de inbeslagneming door de Nederlandse autoriteiten, maar níet de maatregel van onttrekking aan het verkeer, omdat de inhoud al grotendeels bekend was geraakt.⁸⁰

Het behoeft voorts m.i. geen betoog dat de positie van informatie-aanbieders via internet in veel opzichten te vergelijken is met die van de pers. De pers heeft zijn klassiek bepaalde, maar in de 20^e eeuw reeds steeds verder geëvalueerde en verruimde contouren. De ‘pers’ is geen gesloten groep of begrip. Het internet heeft een verdere verruiming gegeven aan de mogelijkheden voor individuen en organisaties om een rol te vervullen die – afgezien van het buurkrantniveau – vóór het internet-tijdperk feitelijk aan beperkter groepen was voorbehouden.

6.12. Tot zover de inleidende opmerkingen. Ik ga nu over tot bespreking van onderdelen (A) 1-17 van het principale cassatiemiddel. Deze onderdelen richten zich tegen rov. 8.1-8.4, waarin het hof het beroep van Spaink en de Providers op art. 10 EVRM heeft gehonoreerd. ’s Hofs eindoordeel in rov. 8.4, slot, luidt:

‘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.’

6.13. Ook bij de bespreking van deze onderdelen past een vooropstelling. De in deze onderdelen vervatte klachten richten zich ieder tegen één van de door het hof in rov. 8.1-8.4 aan zijn eindoordeel ten grondslag gelegde omstandigheden. Nu het geenszins vanzelfsprekend is dat met de gegrondheid van één of enkele klachten en daardoor het wegvallen van één of enkele van deze omstandigheden, ’s hofs oordeel aan vernietiging bloot staat, behoort eigenlijk aan de vraag naar de gegrondheid van iedere klacht vooraf te gaan of Scientology c.s. bij die klacht voldoende belang heeft.

Het vorenstaande betekent voor mij niet dat ik de klachten niet stuk voor stuk zal

298 (Jersild), EHRM 24 februari 1997, NJ 1998, 360 (De Haes & Gijssels), EHRM 1 juli 1997, NJ 1999, 709 (Oberschlick), EHRM 25 augustus 1998, NJ 1999, 712 (Hertel), EHRM 21 januari 1999, NJ 1999, 713 (Fressoz en Roire), EHRM 3 oktober 2000, nr. 34000/96 (Du Roy en Malaurie), EHRM 28 juni 2001, NJ 2002, 181 m.nt. EJD (VGT Verein) en EHRM 13 november 2003, NJ 2004, 338 (Scharsach). Vgl. ook P.B. Hugenholtz, a.w. (De Meijbundel 2003), p. 173.

⁸⁰ EHRM 9 februari 1995, Mediaforum 1995, p. B30 m.nt. Schuijt op p. 41, NJCM 1995, p. 480 m.nt. De Meij (Bluf).

bezien. Op de vraag of, in het licht van het bovenstaande, gegrondheid van één of meer klachten tot vernietiging van het in cassatie bestreden arrest dient te leiden, zal ik indien nodig terugkomen (zie nr. 6.49).

6.14. *Onderdeel 1* voert aan dat het in 6.12 weergegeven oordeel van het hof getuigt van een onjuiste rechtsopvatting omdat het auteursrecht (slechts) de vorm waarin het idee is belichaamd beschermt, en niet de uiting van het idee als zodanig, zodat reeds hierom van een conflict tussen het auteursrecht en het recht op de vrijheid van meningsuiting geen sprake kan zijn. Het recht van Spaink (en de Providers) op haar/(hun) uiting wordt geenszins beperkt door het auteursrecht, aldus het onderdeel.

6.15. Het onderdeel faalt. Ook als men met Scientology c.s. ervan uitgaat dat het auteursrecht slechts de subjectieve vorm en niet de objectieve inhoud van een werk beschermt⁸¹, sluit dit geenszins uit dat het auteursrecht met de informatievrijheid van art. 10 EVRM in strijd kan komen.⁸² Tot het door art. 10 EVRM beschermde belang en recht om inlichtingen en denkbeelden te verstrekken, behoort of kan althans behoren een weergave in de vorm waarin een werk is vervat. Het citaatrecht van art. 15a Aw vormt hier juist een beeldend voorbeeld van. En als de nationaal-wettelijke regeling van het citaatrecht te nauw bemeten is om in een bepaald geval de overneming toelaatbaar te doen zijn, betekent dat nog niet dat daarmee het door art. 10 EVRM beschermde belang en recht om inlichtingen en denkbeelden te verstrekken in de vorm waarin een werk is vervat, is uitgeput.

6.16. *Onderdeel 2* klaagt dat het hof ten onrechte, althans onbegrijpelijk, is voorbijgegaan aan de zijdens Scientology c.s. aangevoerde omstandigheid⁸³ dat op gelijke hoogte met het recht op vrijheid van meningsuiting het fundamenteel grondrecht op ongestoord genot van eigendom (art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM) staat, onder welk recht ook het auteursrecht valt. De uitoefening van het recht op vrijheid van meningsuiting kan volgens het onderdeel derhalve slechts geschieden onder respectering van het eigendomsrecht van Scientology c.s.

6.17. Ook deze klacht faalt. Hoewel het auteursrecht onder art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM valt⁸⁴ en aldus als mensenrecht kan worden bestempeld⁸⁵, is het

⁸¹ Hierover zou meer te zeggen zijn (zie volgende voetnoot).

⁸² Zie met name P.B. Hugenholtz, a.w. (diss. 1989), p. 150 e.v. en Spoor/Verkade/Visser, a.w. (2005), par. 1.6, pp. 5-8.

⁸³ Verwezen wordt naar MvA in incidenteel beroep, onder 41 in samenhang met CvR, onder 67.

⁸⁴ Zie bijv. Vande Lanotte/Haeck (red.), Handboek EVRM Volume II (Intersentia Antwerpen 2004), pp. 321-322, met verdere verwijzingen.

⁸⁵ Vgl. ook art. 27 lid 2 Universele Verklaring voor de rechten van de mens en art. II-77 lid 2

auteursrecht daarmee geenszins verheven boven een afweging tegen de informatie-vrijheid van art. 10 EVRM.⁸⁶

Voor zover het onderdeel van een andere rechtsopvatting uitgaat, is die onjuist, terwijl de motiveringsklacht faalt omdat een rechtsoordeel in cassatie niet met een motiveringsklacht bestreden kan worden.

Voor zover het onderdeel betoogt dat het hof miskent dat er onder het EVRM plaats is voor afweging van het (mede door art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM beschermde) auteursrecht tegenover de uitingsvrijheid van art. 10 EVRM, mist het feitelijke grondslag, omdat het hof blijkens de aangevallen rov. 8.4 juist wél een zodanige afweging heeft uitgevoerd.

6.18. In *onderdeel 3* wordt aangevoerd dat het hof in rov. 8.4, slot heeft miskend dat het auteursrecht als zodanig voldoet aan de voorwaarden van art. 10 lid 2 EVRM en er dan ook geen ruimte is voor een belangenafweging als door het hof is verricht.

6.19. Deze klacht faalt omdat de nationale rechter in een situatie als de onderhavige in concreto dient te onderzoeken of de op de Auteurswet gebaseerde beperkingen op de vrijheid van informatie van art. 10 EVRM aan de in lid 2 van dat artikel gestelde voorwaarden voldoen. Een toetsing in abstracto, neerkomend op een beoordeling van de vraag of de beperkende nationale regeling als zodanig in de vorm van een wettelijke regeling bestaat, en een van de in art. 10 lid 2 EVRM vermelde belangen dient, volstaat niet, naar de jurisprudentie van het EHRM (in lijn met de tekst van art. 10 lid 2 EVRM) leert. Dit geldt ook voor een wettelijke regeling als die van het auteursrecht.

6.20. Ik bespreek onderdeel 4 in samenhang met onderdeel 8. *Onderdeel 4* betoogt dat indien er al ruimte zou zijn voor enige toetsing van het auteursrecht in een concreet geval aan art. 10 EVRM, de beschermingsomvang van het auteursrecht uitgangspunt dient te zijn en de rechter hoogstens kan toetsen of zich zodanige exceptionele, althans (zeer) bijzondere omstandigheden voordoen dat in het concrete geval het belang van de auteursrechthebbenden bij handhaving van hun auteursrechten zou moeten wijken voor dat van derden bij de vrijheid van meningsuiting. Het hof heeft dit volgens het onderdeel miskend; het hof stelt - volgens het onderdeel ten onrechte - de vrijheid van meningsuiting voorop en beoordeelt of in het concrete geval een beperking van de informatievrijheid op grond van het auteursrecht nodig is in de zin van art. 10 EVRM, althans of het belang van

van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie bij het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa, Trb. 2004, 275.

⁸⁶ Voor een voorbeeld waarin art. 10 EVRM daadwerkelijk in conflict kwam met art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM verwijs ik naar EHRM 6 mei 2003, nr. 44306/98 (Appleby c.s. tegen Verenigd Koninkrijk).

Spaink en de Providers en het algemeen belang bij de informatievrijheid van art. 10 lid 1 EVRM in verhouding tot dat van Scientology c.s. bij handhaving van hun auteursrecht in dit geval minder zwaar weegt.

In *onderdeel 8* wordt betoogd dat aan ‘al het hiervoor aangevoerde’⁸⁷ niet afdoet dat het hof in rov. 8.2, tweede alinea, overweegt dat het ‘denkbaar is dat er bijzondere gevallen zijn waarin de handhaving van het auteursrecht, zoals een inbreukverbod, moet wijken voor de informatievrijheid’, omdat zulks (temeer) in samenhang met hetgeen overigens in rov. 8.2 en 8.4, slot is overwogen, duidelijk maakt dat het hof van een onjuiste toetsingsmaatstaf is uitgegaan, althans onduidelijk is welke toetsingsmaatstaf het hof heeft gehanteerd, welk laatste gebrek ’s hofs beslissing reeds onaanvaardbaar onduidelijk en onaanvaardbaar gebrekkig inzichtelijk maakt.

6.21. De onderdelen falen. Het hof heeft blijkens rov. 8.4, slot (en rov. 8.2, laatste zin) in concreto onderzocht of de onderhavige beperking op de informatievrijheid noodzakelijk is in een democratische samenleving en aldus geoordeeld overeenkomstig het bepaalde in art. 10 lid 2 EVRM. Hierbij heeft het hof de in die Verdragsbepaling genoemde belangen gewogen. Anders dan het onderdeel betoogt, heeft het hof dus geen onjuiste toetsingsmaatstaf aangelegd.

Waar het onderdeel stelt dat het auteursrecht slechts in *exceptionele of zeer bijzondere* omstandigheden zal moeten wijken voor de informatievrijheid van art. 10 EVRM, gaat het uit van een onjuiste rechtsopvatting. Terzijde teken ik aan dat de onderdelen niet een afbakening aangeven van exceptionele of zeer bijzondere omstandigheden tegenover minder exceptionele of minder bijzondere omstandigheden, en ook niet klagen dat het in casu om omstandigheden in laatstbedoelde zin zou gaan.

Het verband tussen enerzijds rov. 8.2, tweede alinea en anderzijds rov. 8.2, laatste zin en rov. 8.4, slot laat zich als volgt verklaren. Het hof heeft in rov. 8.2, eerste drie volzinnen, aangegeven dat het auteursrecht bij de wet is voorzien en dient ter bescherming van de rechten van anderen en aldus in beginsel aan de vereisten van art. 10 lid 2 EVRM voldoet, doch dat zich bijzondere gevallen kunnen voordoen waarin het auteursrecht moet wijken voor de informatievrijheid. Dit laatste zal, blijkens rov. 8.2, laatste zin en rov. 8.4, slot, het geval zijn indien de beperking niet voldoet aan het noodzakelijkheidsvereiste van art. 10 lid 2 EVRM. Rov. 8.2, laatste zin en rov. 8.4, slot, geven hiervoor op juiste wijze het toetsingskader aan.

6.22. *Onderdeel 5* richt zich tegen rov. 8.2, derde regel en klaagt dat het hof, voor zover het daarin het auteursrecht slechts ‘in beginsel’ tot de in art. 10 lid 2 EVRM bedoelde ‘rechten van anderen’ rekent (ter bescherming waarvan het recht op infor-

⁸⁷ Op de onderdelen 5, 6 en 7 kom ik hieronder terug.

matievrijheid kan worden onderworpen aan beperkingen die in een democratische samenleving nodig zijn en bij de wet zijn voorzien), blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, nu als uitgangspunt geldt dat het auteursrecht dient te worden gerekend tot de in art. 10 lid 2 EVRM bedoelde 'rechten van anderen'.

6.23. Het onderdeel mist feitelijke grondslag, omdat het berust op een onjuiste lezing. 's Hofs oordeel in rov. 8.2, dat het auteursrecht *in beginsel* onder de rechten van anderen in de zin van art. 10 lid 2 EVRM valt, heeft aldaar onmiskenbaar geen andere betekenis dan het in het onderdeel als juist getypeerde oordeel, dat *als uitgangspunt geldt* dat het auteursrecht tot die rechten van anderen behoort. Het onderdeel faalt dus.

6.24. *Onderdeel 6* voert aan dat het hof in rov. 8.2, laatste zin heeft miskend dat met de in de Auteurswet 1912 erkende bescherming van de auteursrechten van rechthebbenden uitgangspunt dient te zijn dat Scientology c.s. recht en belang hebben bij de handhaving van hun auteursrechten en dat de vraag (hoogstens) is of zich zodanige exceptionele, althans (zeer) bijzondere, omstandigheden voordoen dat het belang van Scientology c.s. bij hun auteursrechten zou moeten wijken voor dat van de vrijheid van meningsuiting.

6.25. Het onderdeel bouwt geheel voort op onderdeel 4 van het middel en deelt het lot daarvan.

6.26. *Onderdeel 7* sluit bij het voorgaande onderdeel aan en klaagt dat het hof ook heeft miskend dat (voor zover er voor een belangenafweging al plaats zou zijn) het de vraag had te beantwoorden of er zodanige exceptionele, althans (zeer) bijzondere, omstandigheden waren die tot de conclusie zouden kunnen en moeten leiden dat in het onderhavige geval het belang van Scientology c.s. bij hun auteursrechten zou moeten wijken voor dat van de vrijheid van meningsuiting, en aldus of in het onderhavige geval toewijzing van de vorderingen van Scientology c.s. noodzakelijkerwijs achterwege zou dienen te blijven.

6.27. Ook voor deze klacht geldt dat zij geheel voortbouwt op onderdeel 4 en het lot daarvan deelt. Ik volsta met een verwijzing naar nr. 6.21.

6.28. Onderdeel 8 is besproken in nrs. 6.20-6.21.

6.29. *Onderdeel 9* klaagt dat onjuist, althans onaanvaardbaar onduidelijk is hetgeen het hof in rov. 8.2 in fine - onder verwijzing naar EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 - tot uitdrukking beoogt te brengen met de verwijzing naar 'een zekere beleidsvrijheid' die 'is overgelaten aan de nationale autoriteiten'. Het EHRM heeft, aldus het

onderdeel, in genoemde uitspraak uit 1979 tot uitdrukking gebracht dat de lidstaten bij beantwoording van de vraag of een beperking nodig is in een democratische samenleving een zekere beleidsvrijheid genieten.

Uit 's hofs beslissing blijkt volgens het onderdeel niet, althans onvoldoende of en zo ja, met betrekking tot welk aspect en in welke mate, de Nederlandse wetgevende autoriteiten, handelend in lijn met (bijvoorbeeld een internationale regeling als) de Berner Conventie, die beleidsvrijheid te buiten zijn gegaan. Indien het hof ziet op andere nationale autoriteiten dan de wetgevende autoriteiten, is de beslissing rechtens onjuist. Indien het hof iets anders bedoelt, is de beslissing onbegrijpelijk en niet naar de eisen der wet met redenen omkleed, omdat dan niet duidelijk is wat het hof wel bedoelt, aldus de klacht.

6.30. Evenals het hof gedaan heeft, neemt het onderdeel terecht tot uitgangspunt dat de lidstaten bij de beoordeling van het vereiste van noodzakelijkheid van art. 10 lid 2 EVRM een 'margin of appreciation' hebben, die onder controle staat van het EHRM. Zie nr. 6.5 supra. Deze vrijheid komt evenwel, zoals aldaar aangegeven, niet slechts wetgevende autoriteiten toe.⁸⁸ Voor zover het onderdeel daarover klaagt, faalt het dan ook.

Voor zover het onderdeel stelt dat, in een geval waarin de rechter tot de conclusie komt dat de beperking op de informatievrijheid niet noodzakelijk is in een democratische samenleving, vereist is dat de rechter expliciet aangeeft in hoeverre de wetgever de 'margin of appreciation' heeft overschreden, vindt het geen steun in het recht. Ook in zoverre kan deze klacht niet tot cassatie leiden.

6.31. *Onderdeel 10* strekt ten betoge dat het hof in rov. 8.1-8.4 niet, althans niet voldoende (kenbaar) in aanmerking heeft genomen de stelling van Scientology c.s. dat het kopiëren van, publiceren van of citeren uit de auteursrechtelijk beschermde werken van Scientology c.s. niet noodzakelijk was om desgewenst op voldoende wijze kritiek op Scientology c.s. te kunnen leveren.⁸⁹ De vraag of het doel van de (beoogde) uiting ook, in voldoende mate, kan worden bereikt zonder auteursrechtinbreuk te plegen vormt hierbij volgens de klacht een essentiële, althans relevante omstandigheid.

6.32. Het gaat hier slechts om de beoordeling van het *citeren* door Spaink. Het hof heeft daarover in rov. 8.4 geoordeeld dat is gebleken dat de citaten de door Spaink beoogde informatieverstrekking ondersteunen en geloofwaardig maken. Hiermee heeft het hof, zoals bij de beoordeling van onderdeel 1 bleek⁹⁰, geen onjuiste maatstaf

⁸⁸ Vgl. bijv. P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, a.w. (1990), p. 644 e.v.

⁸⁹ Verwezen wordt naar CvR, onder 68, pleitnotities in eerste aanleg, onder 18-19 en MvA in incidenteel appel, onder 40-41.

⁹⁰ Zie hierboven nrs. 6.14-6.15.

aangelegd. Voor zover het onderdeel van een andere maatstaf uitgaat, faalt het. 's Hofs oordeel is voorts niet onbegrijpelijk, ook niet in het licht van het partijdebat.

6.33. *Onderdeel 11* klaagt dat het hof - zonder voldoende kenbare motivering - is voorbijgegaan aan hetgeen zijdens Scientology c.s. is aangevoerd omtrent het bijzondere karakter van de OT-werken⁹¹ en zijn beslissing in zoverre onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd is.

Het onderdeel wijst erop dat zijdens Scientology c.s. met name is aangevoerd dat de vertrouwelijkheid van de OT-werken altijd gewaarborgd is gebleven en dat de betrokkenen van die intentie tot vertrouwelijkheid op de hoogte waren; dat de persoonlijkheidsrechtelijk getinte rechten een bijzondere bescherming bieden aan datgene wat te maken heeft met iemands religieuze opvattingen of levensovertuiging, ongeacht of anderen die opvatting kwalificeren als 'kinderachtig of, zoals in casu, 'bizar', ...'; dat met name in zodanig geval bij de auteursrechthebbenden een belang van bescherming aanwezig is, nu juist dan een bescherming aangewezen lijkt tegen het in de openbaarheid brengen van door een auteur bewust vertrouwelijk gehouden ontboezemingen over godsdienstige of levensbeschouwelijke materie.

6.34. Het systeem van de Auteurswet 1912 (en van de Berner Conventie) levert geen aanwijzingen op voor een bijzondere bescherming van werken met een religieus karakter. Aan de steller van het middel kan toegegeven worden dat dit systeem wél aanwijzingen oplevert voor een verdergaande bescherming van niet openbaar gemaakte (veelal samenvallend met: vertrouwelijke) werken, dan voor openbaar gemaakte werken.⁹²

6.35. Het gaat in de aangevallen overweging van het hof evenwel om de uitleg en toepassing van art. 10, leden 1 en 2 EVRM. Artikel 10 EVRM kent zijn eigen, in nrs. 6.1 becommentarieerde maatstaven. Daarin komt, aan de kant van de beperkingsgronden van lid 2, naast de bescherming van 'rechten van anderen' ook voor het belang om 'de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen'⁹³.

Zoals uiteengezet in nrs. 6.4.-6.5 geldt daarnaast echter de toets dat de beperking van de uitingsvrijheid 'in een democratische samenleving noodzakelijk is' (met de daarbij behorende proportionaliteitstoets). Nu ook de bekendmaking van vertrouwelijke gegevens aan deze nadere toetsing onderworpen is, en nu het geen betoog behoeft dat het belang om inlichtingen te verstrekken volgens de hoofdregel van art. 10 lid 1 EVRM bij uitstek ook betrekking kan hebben op vertrouwelijke mededelingen, *faalt* het onderdeel voor zover het zou betogen dat de door Scientology c.s.

⁹¹ Verwezen wordt naar de pleitnota in hoger beroep, p. 10.

⁹² Vgl. bijv. Spoor/Verkade/Visser, a.w. (2005), par. 4.17, p. 179.

⁹³ Het onderdeel verwijst, opvallenderwijs, niet hiernaar.

ingeroepen (c.q. in auteursrechtelijke zin gestaafde) vertrouwelijke verspreiding *op zichzelf* zou medebrengen dat andere dan de even bedoelde – door het hof tot uitgangspunt genomen – maatstaven zouden moeten zijn aangelegd.

6.36. Nadat het hof op juiste wijze was uitgegaan van de maatstaven van art. 10 EVRM, is 's hofs oordeel, niettegenstaande het door Scientology c.s. ingeroepen (c.q. in auteursrechtelijke zin gestaafde) vertrouwelijke karakter, reeds niet onbegrijpelijk in het licht van 's hofs (uitvoerige) rov. 8.3 en de daarop voortbouwende rov. 8.4, eerste en tweede alinea (waartegen blijkens deze conclusie door mij geen slagende klachten worden aangetroffen).

6.37. Voorts dient opgemerkt te worden dat het hof in rov. 8.4, derde alinea (die, naar blijken zal, door onderdeel 16 vergeefs aangevochten wordt) als 'bijkomend argument' heeft overwogen (en ook al eerder in rov. 7.9 heeft overwogen) dat de documenten OT II en OT III tijdelijk (twee jaar) voor een ieder (vrijelijk) verkrijgbaar waren, en aldus (rov. 7.9) 'in het publiek domein' zijn gekomen. Naar het klaarblijkelijke en begrijpelijke oordeel van het hof was daarmee van daadwerkelijke vertrouwelijkheid in objectieve zin geen sprake meer. Dat het hof in rov. 7.11 het beroep van Spaink en de Providers op het citaatrecht van art. 15a Aw afwees omdat het geen voorafgaande *rechtmatige* openbaarmaking in de zin van dat artikel aanwezig achtte, doet daaraan niet af.⁹⁴ Ten overvloede: de omstandigheid dát de documenten OT II en OT III door toedoen van de District Court van Californië tijdelijk voor een ieder verkrijgbaar waren, duidt op zichzelf al op de – in het kader van art. 10 EVRM relevante – rol die deze documenten in een maatschappelijk debat over de CoS spelen.

6.38. In *onderdeel 12* wordt geklaagd dat, voor zover het hof in rov. 8.4, tweede regel met de verwijzing naar 'citaten van derden' tot uitdrukking bedoelt te brengen dat de in het relaas van Spaink opgenomen citaten uit de OT-werken geen auteursrechtinbreuk opleveren, zulks rechtens onjuist is, nu ook in zodanig geval sprake is van openbaarmaking en/of verveelvoudiging van niet rechtmatig openbaar gemaakte documenten.

6.39. Deze klacht faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. Een oordeel als in het onderdeel vervat ligt immers niet besloten in rov. 8.4, tweede regel en met name niet in het gebruik van de woorden 'citaten van derden'.

6.40. *Onderdeel 13* klaagt dat, voor zover het hof in rov. 8.4 heeft meegewogen dat

⁹⁴ Overigens heb ik in nr. 5.65 e.v. aangegeven, dat de daartegen gerichte incidentele cassatieklacht van Spaink en de Providers m.i. opgaat.

de citaten uit OT II en OT III het betoog van Spaink 'ondersteunen en geloofwaardig maken', zulks onvoldoende is om de auteursrechtinbreuk te rechtvaardigen, althans voortdoring van de auteursrechtinbreuk te dulden, met een beroep op vrijheid van meningsuiting. In het licht van hetgeen het hof overigens overweegt omtrent het 'gehele relaas' van Spaink geldt temeer hetgeen in onderdeel 10 omtrent het op andere, niet inbreukmakende, wijze leveren van kritiek op Scientology c.s. is aangevoerd.

6.41. De klacht faalt. 's Hof's oordeel in rov. 8.4, eerste alinea, dat gebleken is dat de citaten uit de OT-werken de door Spaink beoogde informatieverstrekking ondersteunen en geloofwaardig maken, is wel degelijk een omstandigheid die een rol kan spelen bij de beoordeling van de vraag of Spaink en de Providers een beroep op art. 10 EVRM toekomt. Het onderdeel vormt in wezen een herhaling van de klacht in onderdeel 10 en deelt het lot daarvan. Voor zover het onderdeel klaagt dat deze omstandigheid op zichzelf niet doorslaggevend kan worden geacht, faalt het bovendien bij gebrek aan feitelijke grondslag, nu 's hofs oordeel niet uitsluitend hierdoor wordt gedragen.

6.42. In *onderdeel 14* wordt aangevoerd dat, waar het hof in rov. 8.4 heeft overwogen dat 'gesteld noch gebleken is dat zij [Spaink] daarmee (mede) een commercieel doel heeft beoogd', onvoldoende inzichtelijk is welke betekenis een en ander heeft voor 's hofs verdere redenering, en dat de beslissing aldus onvoldoende is gemotiveerd. Voor zover het hof heeft geoordeeld dat in een situatie dat geen commercieel doel met de informatieverstrekking (mede bevattend een inbreuk op auteursrecht) wordt beoogd, het auteursrecht, althans de handhaving daarvan, op eerder aanvaardbaar te achten gronden kan worden terzijde gesteld (met de redenering die het hof voorts presenteert) dan in andere situaties het geval is, is zulks rechtens onjuist, althans is die beslissing onvoldoende gemotiveerd, aldus het onderdeel.

6.43. In de kennelijke gedachtegang van het hof zou een bij Spaink eventueel wél aanwezig commercieel doel mogelijk tot een ander – voor Scientology c.s. gunstiger – oordeel hebben kunnen leiden. Nu het onderdeel níét bestrijdt 's hofs feitelijk oordeel dat gesteld noch gebleken is dat Spaink met het weergeven van de citaten (mede) een commercieel doel heeft beoogd, faalt het onderdeel bij gebrek aan belang.

6.44. *Onderdeel 15* klaagt over de wijze waarop het hof in rov. 8.4, tweede alinea vergaande consequenties verbindt aan de in rov. 8.3 gepresenteerde (selectieve) citaten en betoogt dat 's hofs oordeel niet voldoet aan de aan dergelijke vergaande conclusies te stellen zware motiveringseisen. In rov. 8.3 immers citeert het hof een aantal passages uit enkele documenten, behorend tot een zeer omvangrijke hoeveelheid producties die tot de gedingstukken behoren. Het hof geeft echter onvoldoende

precies aan op welke gronden en aan de hand van welke passages het hof tot zijn oordeel in rov. 8.4, tweede alinea is gekomen; het hof volstaat met een algemene verwijzing naar 'de hiervoor onder 8.3 vermelde teksten'. Nu het hof partijen in rov. 6 heeft voorgehouden dat het enkele overleggen van producties uit een eerder gevoerd kort geding en/of het zich daarop in algemene zin beroepen niet voldoen/voldoet aan het vereiste dat een partij die zich op bepaalde feiten en omstandigheden wil beroepen, dit op zodanige wijze moet doen dat voor de rechter voldoende duidelijk is wat als grondslag voor de vordering wordt voorgelegd en voor de wederpartij waarop zij haar verdediging dient af te stemmen, heeft evenzeer voor de procespartijen, in dit geval Scientology c.s. te gelden dat voor hen voldoende duidelijk moet zijn op welke gronden de rechter tot zijn beslissing komt.

6.45. Het onderdeel faalt. Het onderdeel suggereert wellicht, maar klaagt niet dat het hof – in rov. 6 aan partijen als ongenoegzaam voorgehouden – zich heeft gebaseerd op producties uit het kort geding tussen partijen, waarnaar in deze hoofdzaakprocedure niet of onvoldoende verwezen zou zijn. In zoverre is er geen klacht, of zo die er is, mist zij feitelijke grondslag, of voldoet ze niet aan art. 407 lid 2 Rv.

Dat geldt ook voor zover het onderdeel erover zou klagen dat het hof de vindplaatsen van de in rov. 8.3 geciteerde documenten niet genoegzaam zou hebben aangegeven. Het hof heeft overigens wel degelijk vindplaatsen aangegeven; tot méér precisie daarbij was het hof niet gehouden.

Het hof was ook niet gehouden tot nadere motivering waarom hij tot zijn in rov. 8.4 genoemde conclusies kwam. Nu 's hofs oordeel niet onbegrijpelijk is, verlangt het onderdeel in zoverre, ten onrechte, een 'motivering achter de motivering', en klachten over onbegrijpelijkheid stuiten in zoverre af op niet-voldoening van het onderdeel aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv.

6.46. *Onderdeel 16* richt zich tegen rov. 8.4, derde alinea, waarin het hof als bijkomende omstandigheid heeft meegewogen 'dat de documenten OT II en OT III door toedoen van voormelde 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'.

Volgens het onderdeel is allereerst onvoldoende duidelijk of en in welke mate deze omstandigheid bijdraagt aan 's hofs in rov. 8.1-8.4 gegeven beslissing. Voorts valt niet, althans niet zonder nadere motivering die ontbreekt, in te zien dat en in welke mate deze omstandigheid de handhaving van het auteursrecht kan blokkeren, althans daartoe kan bijdragen, in het bijzonder indien in auteursrechtelijke zin die werken door de genoemde handelwijze van de District Court te Californië niet rechtmatig openbaar zijn gemaakt. 's Hofs beslissing is volgens het onderdeel daarenboven rechs tens onjuist voor zover daarin in aanmerking wordt genomen de omstandigheid dat -

kort gezegd - de auteursrechtelijk beschermde documenten voor derden beschikbaar waren ondanks het feit dat in auteursrechtelijke zin uitgangspunt is dat geen sprake is geweest van rechtmatige openbaarmaking, nu aldus dat aspect van die (tijdelijke) beschikbaarheid in het kader van de binnen het raamwerk van art. 10 EVRM uit te voeren toetsing, althans binnen de door het hof uitgevoerde toetsing, toch weer die rol speelt, althans kan spelen.

6.47. Het onderdeel berust, evenals onderdeel 11, op een miskennis van het aan art. 10 EVRM eigen, autonome toetsingskader. Ik verwijs naar de nrs. 6.1-6.5 en naar de bespreking van onderdeel 11 in nrs. 6.33-6.37. Aldaar heb ik al aangegeven waarom onderdeel 16 behoort te falen: in het systeem van art. 10 lid 2 EVRM met zijn criterium van de 'noodzaak in een democratische samenleving' (*pressing social need*) voor een wettelijke (bijv. auteursrechtelijke) beperking van de informatievrijheid getuigt het niet van een onjuiste rechtsopvatting en is alleszins begrijpelijk dat het hof het door Scientology c.s. ter versterking van hun beroep op auteursrecht ingeroepen vertrouwelijkheidsargument gerelativeerd heeft op de wijze als hij in rov. 8.4, derde alinea gedaan heeft. Ik verwijs verder naar nr. 6.37.

6.48. *Onderdeel 17* komt op tegen 's hofs oordeel in rov. 8.4, vierde alinea, 'dat het dwingen van de Providers om in dit geval de informatie van Spaink te verwijderen of ontoegankelijk te maken disproportioneel is'.

Volgens het onderdeel valt allereerst niet in te zien dat een en ander een rol kan spelen bij beantwoording van de vraag of de vorderingen van Scientology c.s. jegens Spaink toewijsbaar zijn en in het bijzonder van de vraag of art. 10 EVRM aan de handhaving van het auteursrecht door Scientology c.s. in de weg staat. Voor zover de overweging betrekking heeft op de vorderingen jegens de Providers, is voorts onjuist dat deze omstandigheid een rol speelt bij de in rov. 8.1-8.4 aan de orde zijnde vraag naar de verhouding tussen het auteursrecht van Scientology c.s. en art. 10 EVRM. Daarenboven motiveert het hof op geen enkele wijze op welke grond het meent dat het disproportioneel is de informatie van Spaink te verwijderen of ontoegankelijk te maken. Ten slotte verwijst het onderdeel naar de onderdelen (C) 23-27.

6.49. Hoewel 's hofs oordeel, dat het dwingen van de Providers om de informatie van Spaink te verwijderen of ontoegankelijk te maken disproportioneel is, niet op begrijpelijke wijze duidelijk maakt dat dit een rol kan spelen bij de vraag of Spaink een beroep op art. 10 EVRM kan doen, meen ik dat dit onderdeel, ook als de klacht op zichzelf gegrond is, niet tot cassatie kan leiden, en wel wegens gebrek aan belang. 's Hofs oordeel in rov. 8.4 wordt namelijk (ruimschoots) voldoende gedragen door de overige, tevergeefs bestreden, overwegingen. Ik verwijs naar nr. 6.13.

7. *Principaal cassatiemiddel onder B (18-20): Inbreukverbod*

7.1. De onderdelen (B) 18-20 van het principale cassatiemiddel richten zich tegen rov. 10 van het bestreden arrest, waarin het hof heeft geoordeeld dat buiten beschouwing kan blijven 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 art. 10 lid 1 EVRM al dan niet moet wijken voor de beperking van het auteursrecht, waartoe het hof overwoog:

‘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 publicatie 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.’

De onderdelen betogen kort gezegd dat, nu er in cassatie, in ieder geval veronderstellenderwijs, van kan worden uitgegaan dat door het plaatsen van de (gehele) Fishman Affidavit met bijlagen op de website niet aan de eis van proportionaliteit is voldaan, dat art. 10 EVRM er niet aan in de weg staat dat Scientology c.s. hun auteursrecht uitoefenen, en dat Spaink (ontoelaatbaar) inbreuk maakte op het auteursrecht van Scientology en mitsdien onrechtmatig handelde, de hier aan de orde zijnde beslissing rechtens onjuist is, of althans ongenoegzaam is gemotiveerd.

7.2. *Onderdeel 18* klaagt dat het hof niet vrijstond te oordelen dat het gevorderde inbreukverbod achterwege dient te blijven, nu immers, in ieder geval veronderstellenderwijs, vaststaat dat (ontoelaatbaar) auteursrechtinbreuk is gepleegd, althans onrechtmatig is gehandeld, zodat het hof een daarop gerichte verbodsvordering diende toe te wijzen.

7.3. Hieromtrent wil ik het volgende opmerken. Een rechterlijk verbod of bevel is veelal gegrond op art. 3:296 lid 1 BW. Volgens die bepaling wordt degene die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe op vordering van de gerechtigde door de rechter veroordeeld, tenzij anders volgt uit de wet, de aard der verplichting of een rechtshandeling.

Een vordering tot een verbod komt evenwel slechts voor toewijzing in aanmerking indien er een dreiging of vrees voor herhaling bestaat.⁹⁵ De beoordeling van de vraag

⁹⁵ Zie bijv. Losbl. Onrechtmatige daad II.1, aantt. 96 en 131 (T.E. Deurvorst).

of hiervan sprake is, is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt.⁹⁶ Volgens Van Nispen kan hierover slechts gezegd worden dat een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid niet vereist en dat een theoretische mogelijkheid niet voldoende is. De omstandigheden van het geval zijn beslissend.^{97,98}

7.4. Het hof kon dus wel degelijk het gevorderde inbreukverbod afwijzen op de grond dat er geen dreiging van auteursrechtinbreuk dan wel onrechtmatig handelen meer bestond. Hierop stuit de klacht af.

7.5. *Onderdeel 19* betoogt dat het hof, door te oordelen dat het gevorderde inbreukverbod achterwege dient te blijven omdat het 'thans op dit punt geen dreiging meer aanwezig' acht, een onjuiste, namelijk te lichte, maatstaf heeft gehanteerd. Indien 's hofs afwijzing al aanvaardbaar zou kunnen zijn, dan is zulks eerst dan gerechtvaardigd indien redelijkerwijs niet aan twijfel onderhevig is dat niet (wederom) zal worden overgegaan tot plaatsing op de website, althans tot enige publicatie in andere zin, althans de dreiging van inbreuk ondubbelzinnig is weggenomen.

7.6. Het hof heeft, zoals hierboven in nr. 7.3 bleek, een juiste maatstaf gehanteerd. Voorts is zijn oordeel niet onbegrijpelijk. Een maatstaf als in het onderdeel voorgestaan vindt geen steun in het recht. De klacht faalt.

7.7. *Onderdeel 20* voert nog aan dat 's hofs oordeel, dat thans geen dreiging meer aanwezig is, onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd is, nu het hof niet (voldoende kenbaar) de volgende zijdens Scientology c.s. in de procedure aangevoerde (relevante) stellingen heeft meegewogen⁹⁹:

- Spaink wist wel degelijk dat zij inbreuk maakte op de auteursrechten van Scientology c.s.; zij baseerde haar standpunt op het feit dat de Fishman Affidavit gedurende een zekere tijd vrij verkrijgbaar was in een Amerikaanse rechtbank en dat maakte volgens haar, doch ten onrechte, het kopiëren van de Fishman Affidavit inclusief bijlagen rechtmatig;

⁹⁶ Zie bijv. HR 11 februari 1966, NJ 1966, 405 m.nt. HB (Centrafarm/Ciba-Geigy), HR 1 december 1995, nr. 15815, NJ 1996, 510 m.nt. DWFV (Intres/Disney), verwijzend naar de conclusie van A-G Vranken voor dat arrest (waarin sub 25-27 verdere verwijzingen) en HR 21 december 2001, C99/355, NJ 2002, 217 m.nt. TK (VJV c.s./Staat), rov. 3.3 (onder D).

⁹⁷ C.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel* (diss. 1978), p. 191.

⁹⁸ De in de s.t. namens Scientology c.s. opgenomen verwijzing naar rov. 3.3 van HR 28 juni 1985, NJ 1986, 356 (Claas/Van Tongeren), is niet terzake. Het ging daar om het specifieke geval van (als zodanig onbestreden) voortdurende hinder door voortdurend gebruik van een perceel in strijd met een bestemmingsplan; onder die omstandigheden was er, anders dan het hof gedaan had, geen plaats voor nadere belangenafweging.

⁹⁹ Verwezen wordt naar CvR, onder 26-32 en 52, pleitnota in eerste aanleg, onder 15-22 en MvE, onder 43-44.

- Spaink stelt nog steeds dat Scientology c.s. geen rechten hebben en ook dat zij gerechtigd is de Fishman Affidavit op het internet te plaatsen;
- Uit de uitlatingen van Spaink kan afgeleid worden dat het plaatsen van de Fishman Affidavit niet zozeer ten doel heeft kritiek te leveren, doch meer de organisatie van Scientology c.s. te schaden, omdat zij weet dat Scientology c.s. de in de Fishman Affidavit opgenomen stukken als vertrouwelijk beschouwen;
- Ook nu nog weigert Spaink immers ondubbelzinnig de rechten van Scientology c.s. te erkennen en toe te zeggen dat zij zich in de toekomst van het plegen van auteursrechtinbreuk zal onthouden;
- Daar komt nog bij dat Spaink anderen ertoe heeft aangezet ook kopieën van de Fishman Affidavit op het internet te plaatsen.

7.8. Ik meen dat 's hofs oordeel in rov. 10, dat er geen dreiging meer bestaat dat de Fishman Affidavit wordt gepubliceerd, niet onbegrijpelijk is en geen nadere motivering behoefde, ook niet in het licht van de hiervoor aangevoerde stellingen. Het hof kon bij zijn – feitelijk, vgl. hierboven 7.3 – oordeel doorslaggevende betekenis toekennen aan het feit dat Spaink, sinds zij de OT-werken in 1996 (na sommatie van Scientology c.s.) van haar homepage had verwijderd, deze werken niet meer heeft gepubliceerd, ondanks het feit dat een inbreukverbod jegens haar tot tweemaal toe werd afgewezen.

8. *Principaal cassatiemiddel onder C (21-28):*

De positie van internet (service) providers

8.1. Zoals gezegd komt in onderdelen (C) 21-28 van het principale cassatiemiddel aan de orde de positie van internet providers in auteursrechtelijk en civiel-aansprakelijkheidsrechtelijk opzicht, wanneer door individuele gebruikers (ook wel *information providers* genoemd) auteursrechtinbreuken worden gepleegd of anderszins onrechtmatig wordt gehandeld, of een dreiging daarvan bestaat.

8.2. Deze problematiek heeft in het laatste decennium veel aandacht getrokken, in de literatuur¹⁰⁰ maar ook bij supranationale, internationale en nationale regelgevers, en

¹⁰⁰ Ik noem, wat de Nederlandse literatuur betreft: P.B. Hugenholtz, Het auteursrecht, het internet en de informatiesnelweg, NJB 1995, pp. 513-519; B.N. Westenbrink, Juridische aspecten van het Internet (1996), o.m. p. 87; H.W.K. Kaspersen, Aansprakelijkheid van Internet-providers, Computerrecht 1996, pp. 9-13; F. Kuitenbrouwer, Internet: de vrijheid voorop, in: Brants/Kelk/Moerings (red.), Er is meer, Opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief (Swart-Bundel 1996), pp. 291-302; D.J.G. Visser, Het auteursrecht en de Internet provider, AA 1996, pp. 158-160; E.J. Dommering, De auteursrechtelijke aansprakelijkheid van intermediairs, het Kabelpiratenarrest revisited in de tijd van Internet, in: Verkade/Visser (red.), Intellectuele eigenaardigheden (Bremer-bundel 1998), pp.

in de rechtspraak. Dat verbaast niet, gezien het aanvankelijk geleidelijk toenemende en inmiddels niet meer weg te denken belang van het internet als wereldomspannend netwerk van computernetwerken, en het spanningsveld van verschillende tegengestelde waarden dat zich ook op internet manifesteert. De onderhavige zaak biedt van dit laatste een goed voorbeeld.

De auteursrechtelijke positie van internet (service) providers

8.3. De eerste vraag die ik onder ogen wil zien, betreft de positie in auteursrechtelijk opzicht van internet (service) providers, zoals de partijen die door het hof en in deze conclusie worden aangeduid als 'de Providers'. In dit verband zijn vooreerst van belang de reeds genoemde Auteursrechtlijn 2001/29/EG en de implementatiewet van 2004.¹⁰¹

8.4. Art. 2 van de Auteursrechtlijn verplicht de lidstaten ten behoeve van de rechthebbenden te voorzien 'in het uitsluitende recht, de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden'.¹⁰² Dit zeer ruim geformuleerde reproductierecht brengt mee dat vrijwel iedere handeling op het internet onder het uitsluitende recht van de auteursrechthebbende valt, ook waar het gaat om louter technische reproducties.

8.5. De Auteursrechtlijn bevat in art. 5 lid 1 evenwel een (verplichte) beperking

75-82; W.J.H.T. Dupont e.a., Aansprakelijkheid van tussenpersonen in het Nederlandse intellectuele eigendomsrecht, in: Van Buren-Dee/Grosheide (red.), Tussen de polen van bescherming en vrijheid, Aspecten van aansprakelijkheid (Intersentia Groningen 1998), pp. 223-232; P.B. Hugenholtz, Het Internet: Het auteursrecht voorbij?, Preadvises NJV 1998, pp. 223-235 (verslag in Handelingen NJV 1998-II); K. Koelman, Wat niet weet, wat niet deert: civielrechtelijke aansprakelijkheid van de internet provider, Mediaforum 1998, pp. 204-213; H. Hijmans, Aansprakelijkheid op het Internet na de totstandkoming van richtlijn 2000/31/EG, Computerrecht 2000, pp. 234-239; J.E.J. Prins en S.J.H. Gijrath, Privaatrechtelijke aspecten van elektronische handel (2000), pp. 161-170; M.H.M. Schellekens, Aansprakelijkheid van Internetaanbieders (2001); D.J.G. Visser, 'Napsteren', 'Gnutellen' en de afwezigheid van legale muziek op Internet, Computerrecht 2001, pp. 131-133 en Spoor/Visser/Verkade, a.w. (2005), par. 8.9, pp. 405-408.

¹⁰¹ Zie over de richtlijn en de implementatie ervan, voor zover hier van belang: M.R. de Zwaan, Collega's van God, IER 1998, pp. 247-253; E.J. Arkenbout, Nieuw auteursrecht op komst, Informatierecht/AMI 2000, pp. 125-131; P.B. Hugenholtz, Brussels Broddelwerk, Recht en krom in de auteursrechtlijn, AMI 2001, pp. 2-8; H. Cohen Jehoram, Implementatie van de Auteursrechtlijn, De stille strijd tegen een spookrijder, NJB 2002, pp. 1690-1695 en J.M.B. Seignette, Implementatie en dan nog meer: Reactie op het conceptwetsvoorstel voor de implementatie van de Auteursrechtlijn, AMI 2002, pp. 6-10.

¹⁰² Deze bepaling is, vanwege het flexibele karakter van het reeds in de Auteurswet 1912 opgenomen verveelvoudigingsrecht, niet expliciet in de Auteurswet neergelegd, zie Kamerstukken II 2001-2002, 28482, nr. 3 (MvT), p. 13.

op dit veelomvattende reproductierecht. Door deze bepaling zijn hiervan uitgezonderd: 'tijdelijke reproductiehandelingen, als bedoeld in artikel 2, die van voorbijgaande of incidentele aard zijn, en die een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procédé en die worden toegepast met als enig doel de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon of een rechtmatig gebruik van een werk of ander materiaal mogelijk te maken, en die geen zelfstandige economische waarde bezitten [...]'.¹⁰³ Bij deze reproductiehandelingen kan onder meer gedacht worden aan het tijdelijk opslaan van informatie ter vergemakkelijking van de latere doorgifte (het zogenaamde 'caching'), evenwel op voorwaarde dat de informatie niet wordt gemodificeerd en dat niet wordt geïntervenieerd bij in de bedrijfstak gangbare rechtmatig gebruik van technologie voor het verkrijgen van gegevens over het gebruik van de informatie.¹⁰⁴

8.6. De Auteursrechtlijn bevat, naast het reproductierecht van art. 2, in artt. 3 en 4 het recht van mededeling aan het publiek (waaronder het zogenaamde beschikbaarstellingsrecht¹⁰⁵), resp. het distributierecht^{106,107}. Het recht van mededeling aan het publiek ziet blijkens de considerans onder 27 niet op de loutere beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten. Dit sluit aan bij de Agreed Statement bij art. 8 van het WIPO-Auteursrechtverdrag.¹⁰⁸

¹⁰³ Deze bepaling is geïmplementeerd in art. 13a Aw, dat de 'technische kopie' niet als veeelvoudiging beschouwt. Vgl. Spoor/Verkade/Visser, a.w. (2005), par. 4.14, pp. 176-177. Zie voor kritiek op deze wijze van implementatie: H. Cohen Jehoram, a.w. NJB 2002, p. 1691 en J.M.B. Seignette, a.w. AMI 2002, pp. 7-8.

¹⁰⁴ Zie de Considerans bij de Auteursrechtlijn onder 33 en Kamerstukken II 2001-2002, 28482, nr. 3 (MvT), p. 38. De bepaling is volgens de MvT ook van toepassing op bijv. het maken van kopieën die onmisbaar zijn om een werk vanaf een beeldscherm te kunnen raadplegen en op 'browsen'.

¹⁰⁵ Met het recht van mededeling aan het publiek wordt bedoeld op openbaarmakingshandelingen, per draad of draadloos, waarbij onderscheid bestaat tussen de bron van de mededeling en de plaats waar het medegedeelde wordt geconsumeerd; bij het beschikbaarstellingsrecht gaat het om de interactieve doorgifte op aanvraag waarbij het materiaal voor particulieren toegankelijk is op de door hen individueel gekozen plaats en tijd, zie MvT, Kamerstukken II 2001-2002, 28482, nr. 3, pp. 13-14.

¹⁰⁶ Het recht om fysieke exemplaren van het werk te verspreiden, zie MvT, Kamerstukken II 2001-2002, 28482, nr. 3, p. 15.

¹⁰⁷ Ook deze bepalingen vindt men niet met zoveel woorden terug in de in 2004 gewijzigde Auteurswet 1912.

¹⁰⁸ Bij de 'Agreed Statement' gaat het om ter Diplomatieke Conferentie geaccordeerde verklaringen, die dienden om het WIPO-Auteursrechtverdrag voor de Diplomatieke Conferentie aanvaardbaar te maken, met vermindering van amendering van de voorliggende verdragsartikelen en de formele kanten van dien. Volgens (het destijds bij de WIPO-Conferentie betrokken lid van de Nederlandse delegatie) Arkenbout gaat het bij de onderhavige Agreed Statement om een handreiking naar de telecommunicatie-industrie: E.J. Arkenbout, Nieuwe verdragen over auteursrecht en naburige rechten, Informatierecht/AMI 1997, p. 70.

De Agreed Statement bepaalt: 'It is understood that the mere provision of physical facilities

8.7. Tegen de bovenstaande achtergrond kan gezegd worden dat de Auteursrecht-richtlijn met zich brengt dat de activiteiten van zogenaamde *mere conduit* providers (zij geven uitsluitend informatie door of verschaffen toegang tot een communicatie-netwerk, vgl. de ‘pijpleiding’) of *caching* providers (zij slaan informatie tijdelijk op ter vergemakkelijking van latere doorgifte) veelal niet, maar van *hosting* providers (hun activiteiten bestaan uit het opslaan van informatie) doorgaans wél als auteurs-rechtelijke relevante handelingen moeten worden beschouwd.

8.8. Tot zover de auteursrechtelijke positie van de internet (service) provider op grond van de Auteursrecht-richtlijn en de implementatiewet. Als regel van overgangs-recht bepaalt de implementatiewet dat zij de vóór de datum van inwerkingtreding (1 september 2004) verrichte exploitatiehandelingen, alsmede vóór dat tijdstip verwor-ven rechten onverlet laat.

8.9. Ik zal nu stilstaan bij de auteursrechtelijke positie van internet (service) provi-ders, zoals die gold vóór de inwerkingtreding van de ARI en de implementatiewet. Hierbij kan ik goeddeels aansluiten bij hetgeen ik in mijn conclusie voor het arrest Buma/Kazaa¹⁰⁹ (onder 5.6-5.13) schreef over de vraag naar de auteursrechtelijke po-sitie van Kazaa als aanbieder van zogenaamde *file sharing- software*.

8.10. De vraag valt uiteen in twee nadere vragen:

a) Kunnen internet (service) providers, samen met de gebruiker, als mede-openbaarmaker worden aangemerkt?

b) Verrichten internet (service) providers, ook los van de gebruiker, auteursrechte-lijke relevante handelingen?

a) Kunnen internet (service) providers, samen met de gebruiker, als mede-openbaarmaker worden aangemerkt?

8.11. In (oudere) jurisprudentie is de vraag aan de orde geweest of niet zelf uitvoe-rende personen (tevens) als openbaarmakers kunnen worden aangemerkt. In 1919 oordeelde de Hoge Raad dat de exploitant van een ‘cabaret’ niet zelf (mede) een on-geoorloofde openbaarmaking verrichtte van een aldaar door een pianist uitgevoerd muziekwerk:

‘dat nu in het engageeren van een pianist om in een Cabaret op een openbaar con-

for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of this Treaty or the Berne Convention. It is further understood that nothing in Article 8 precludes a Contracting Party from applying Article 11 bis (2).’

¹⁰⁹ HR 19 december 2003, C02/186, JOL 2003, 687 (Buma/Kazaa). Ook verder ontleen ik bepaalde alinea’s aan deze conclusie.

cert, dat men daar geeft, muziekstukken uit te voeren en het zodoende tot die uitvoeringen medewerken, op zich zelf zonder meer nog niet oplevert openbaar maken, dat in den zin der wet ongeoorloofd zou zijn...’,

De Hoge Raad liet hierop volgen dat:

‘... van medewerken tot ongeoorloofde uitvoeringen alleen dan sprake zou kunnen zijn, indien mede feiten waren gesteld waaruit zou voortvloeien, dat die ongeoorloofde uitvoeringen in de opdracht waren begrepen, althans dat deze waren voorzien of behoorden te worden voorzien’.¹¹⁰

8.12. Blijkens een arrest uit 1920 ging de sociëteit, die in haar zaal gelegenheid gaf tot uitvoeringen, in auteursrechtelijk opzicht vrijuit. De Hoge Raad overwoog:

‘dat toch ook in dit artikel [art. 12 Aw, A-G] die uitdrukking [openbaar maken, A-G] de beteekenis heeft, welke daaraan in het dagelijksch leven wordt toegekend, d.w.z.: het feitelijk ten gehore brengen van het werk.’¹¹¹

In een arrest van een week later uit 1920 blijkt op positieve wijze het belang dat de Hoge Raad toekent aan een rechtstreekse betrokkenheid bij de daadwerkelijke uitvoering: de dirigent van een koorwerk geldt wél als mede-openbaarmaker van dat ‘zangstuk’.¹¹²

8.13. Dat het gelegenheid geven tot het plegen van auteursrechtinbreuk op zichzelf niet voldoende is om als (deelneming aan) auteursrechtinbreuk te gelden, blijkt ook uit de volgende uitspraak, waarin het ging om de aansprakelijkheid van de *organisator* van een muziekwedstrijd voor de ongeoorloofde openbaarmaking van een bij die wedstrijd *voorgescreven* muziekwerk. De Hoge Raad overwoog:

‘dat nu dit enkele feit [het gelegenheid bieden tot uitvoering van muziekstukken, A-G], waar zelfs niet is gesteld, dat verweerster kon of moest voorzien dat de vereenigingen dat werk ongeoorloofd zouden uitvoeren, niet kan opleveren deelneming of medewerking aan de schending van eischers auteursrecht, noch op zich zelf een inbreuk op dit recht uitmaakt.’¹¹³

Ofschoon de Hoge Raad hier enige rol aan de voorzienbaarheid van de te plegen rechtsinbreuken toekende, bleek hij het gelegenheid geven tot auteursrechtinbreuk op zichzelf niet als een auteursrechtelijke openbaarmaking te beschouwen.¹¹⁴

¹¹⁰ HR 18 december 1919, NJ 1920, p. 35 (Kollo/Lize; ‘Cabaret Métropole’).

¹¹¹ HR 11 juni 1920, NJ 1920, 718 (Vereeniging Buitensociëteit).

¹¹² HR 18 juni 1920, NJ 1920, 797.

¹¹³ HR 11 februari 1926, NJ 1926, 354 (Harmonie Phileutonia).

¹¹⁴ Vgl. S. Gerbrandy, a.w. (1988), art. 12, aant. 1, p. 125.

8.14. In het licht van het bovenstaande meen ik dat de vraag of internet (service) providers als 'mede-openbaarmaker' van de door de gebruikers verrichte openbaarmakingen kunnen worden aangemerkt, ontkennend moet worden beantwoord.

b) Verrichten de internet (service) providers - los van de gebruikers - zelf auteursrechtelijk relevante handelingen?

8.15. Bij deze vraag zijn de zgn. kabelpiratenarresten uit de jaren '80 van belang. Het ging daarbij om omroeprechtelijk illegale uitzenders van tv-programma's die 's nachts, na afloop van de officiële uitzendingen, signalen op de ontvangstantenne van de Amsterdamse kabelexploitant KTA instraalden, waardoor deze signalen vervolgens via de kabel aan de abonnees werden doorgegeven. Het door de piraten doorgestraalde aanbod omvatte (onder meer) lopende bioscoopfilms. In een van de procedures van de auteursrechthebbenden tegen KTA oordeelde de Hoge Raad:

'Het hof heeft [...] vastgesteld dat de apparatuur van KTA de van piraten ontvangen signalen bewerkt, versterkt en via het kabelnet van KTA doorgeeft aan al haar abonnees te Amsterdam. Dit een en ander moet aldus worden begrepen dat het de activiteit van KTA is – bestaande in het in werking doen zijn van haar apparatuur – die meebrengt dat haar abonnees de films op hun scherm ontvangen. Daarvan uitgaande heeft het Hof terecht geoordeeld dat hier sprake is van openbaarmaking van de films door KTA in de zin van de Auteurswet 1912.'¹¹⁵

In een volgende procedure, ditmaal naar aanleiding van het tijdens de reguliere kabeluitzendingen 'wegdrukken' van het officiële signaal door het piratensignaal, herhaalde de Hoge Raad zijn in bovengenoemd arrest gegeven oordeel.¹¹⁶

In beide arresten werd de kabelexploitant door de Hoge Raad dus als zelfstandige openbaarmaker van het door de piraten ingestraalde signaal gekwalificeerd. Opgemerkt zij dat deze opvatting van de Hoge Raad niet zonder kritiek is gebleven.¹¹⁷

¹¹⁵ HR 14 januari 1983, NJ 1984, 696 m.nt. Van Nieuwenhoven Helbach onder NJ 1984, 697 (KTA/Columbia Pictures e.a. I), rov. 3.6.

¹¹⁶ HR 22 november 1985, NJ 1986, 158 (KTA/Columbia Pictures e.a. II).

¹¹⁷ E.J. Dommering, a.w. (Bremer-bundel 1998), pp. 75-82. Op p. 78 merkt Dommering op dat, zo al van openbaarmaking gesproken kan worden, de kabelpiraten de openbaarmakers waren en niet KTA: 'De analogie met de zaalverhuurder die naar vaste jurisprudentie niet zelf openbaarmaakt, maar laat openbaarmaken, dringt zich bij het door piraten gebruikmaken van de in werking zijnde antenne-inrichting op. [...] Het lijkt er op dat de HR door de beslissingen in de Amstelveense zaken gefixeerd was op de draadomroepinrichting als een zelfstandige schakel in de verspreiding.' (In de 'Amstelveense' zaken ging het om de vraag of het actief doorgeven van radio- en tv-programma's door kabeltv-ondernemingen een '(nieuwe of afzonderlijke) openbaarmaking' opleverden, des ja: zie NJ 1982, 435 en NJ 1984, 697).

Ook ik heb mij kritiek op de kabelpiratenjurisprudentie gepermitteerd, in mijn noot onder het kort geding vonnis tussen Scientology c.s. en een aantal van de partijen in onderhavige

8.16. Na opkomst van de digitale (netwerk)technieken is in de auteursrechtelijke literatuur discussie ontstaan over de betekenis van deze kabelpiratenarresten voor onder meer de aansprakelijkheid van internet (service) providers. Sommigen hebben toepasselijkheid van de kabelpiratenarresten op internet van de hand gewezen.¹¹⁸ Dommering wijst hierbij op een aantal verschillen tussen internet providers en kabelexploitanten, zoals de actieve rol van de internet gebruiker tegenover de passieve rol van de kabelabonnee, de grote verscheidenheid aan webpagina's tegenover het overzichtelijke aanbod van de kabelexploitant en (ten slotte) de actieve rol van kabelexploitanten in (de selectie van) het aanbod.¹¹⁹

8.17. Tegen het standpunt dat internet providers als openbaarmakers moeten worden beschouwd pleit de reeds genoemde, en ook vóór de inwerkingtreding van de Auteursrechtlijn relevante 'Agreed Statement' waarin uitdrukkelijk is bepaald dat het op internet toegesneden openbaarmakingsrecht (het 'making-available'-recht) uit dit verdrag níét ziet op het enkele ter beschikking stellen van de faciliteiten om een werk openbaar te maken.

Tot zover de auteursrechtelijke positie van internet (service) providers.

De aansprakelijkheidsrechtelijke positie van internet (service) providers naar burgerlijk recht

8.18. Thans wil ik enige paragrafen wijden aan de vraag hoe de positie van internet (service) providers naar het civiele aansprakelijkheidsrecht moet worden beoordeeld, in het geval dat individuele gebruikers inbreuk maken op andermans recht.

8.19. De Auteursrechtlijn noch de Auteurswet bevatten regels omtrent de civielrechtelijke aansprakelijkheid van internet (service) providers. De considerans bij de Auteursrechtlijn (onder 16) verwijst hiervoor naar de richtlijn betreffende bepaalde juridische aspecten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (de Richtlijn elektronische handel)¹²⁰.

zaak: zie Computerrecht 1996, p. 76.

¹¹⁸ Zie bijv. H.W.K. Kaspersen, a.w. Computerrecht 1996, p. 11; E.J. Dommering, a.w. (Bremer-bundel 1998), pp. 75-82; M.H.M. Schellekens, a.w. (2001), p. 187 en D.J.G. Visser, a.w. Computerrecht 2001, p. 132.

¹¹⁹ A.w., pp. 78-81.

¹²⁰ Richtlijn 2000/31/EG van 8 juni 2000, PbEG L178/1. Zie over deze richtlijn bijv.: H. Hijmans en J. Roording, Juridische aspecten van elektronische handel: de ontwerp-richtlijn, Mediaforum 1999, pp. 136-139; H. Hijmans, a.w. Computerrecht 2000, pp. 234-239; N.M. Wisman en M. de Koning, De e-commerce richtlijn, Bb 2000, pp. 95-99; M.H.M. Schellekens, a.w. (2001), pp. 215-225 en C.B. van der Net, De civielrechtelijke aansprakelijkheid van internetproviders na de Richtlijn elektronische handel, JAVI 2002, pp. 10-15.

8.20. Deze Richtlijn elektronische handel bevat in artt. 12-14 een horizontale regeling¹²¹ voor de beperking van de aansprakelijkheid van internet (service) providers.

8.21. Met ingang van 30 juni 2004 zijn de genoemde bepalingen in art. 6:196c BW neergelegd.¹²² Het artikel onderscheidt in navolging van de richtlijn in gevallen waarbij het gaat om 'mere conduit' (art. 6:196c leden 1 en 2), 'caching' (196c lid 3) en 'hosting' (196c lid 4).¹²³ Onder bepaalde in de wet genoemde voorwaarden is de internet provider niet aansprakelijk voor de doorgegeven of opgeslagen informatie.

8.22. Aansprakelijkheid van de dienstverlener die optreedt als 'mere conduit' ontbreekt indien hij zich inderdaad daartoe beperkt en niet betrokken is bij de inhoud van de informatie. De dienstverlener die 'caching'-activiteiten verricht komt een beroep op art. 6:196c lid 3 BW toe wanneer hij (i) de tijdelijk opgeslagen informatie niet wijzigt, (ii) de toegangsvoorwaarden voor de informatie in acht neemt, (iii) zich houdt aan erkende en gangbare regels betreffende de bijwerking van de informatie, (iv) niet de in de bedrijfstak geldende of gebruikelijke technologie voor het verkrijgen van gegevens over het gebruik van informatie wijzigt, en (v) de informatie verwijdert of de toegang daartoe onmogelijk maakt, zodra hij te weten komt dat de informatie verwijderd werd van de plaats waar zij zich oorspronkelijk in het netwerk bevond of dat de toegang ertoe onmogelijk werd gemaakt, of dat een bevoegde autoriteit daartoe heeft bevolen.

De ratio voor deze twee uitsluitingen is dat de dienstverlener louter technische handelingen verricht en die handelingen een passief karakter hebben.¹²⁴ Zelfs als de hier bedoelde internet (service) provider op de hoogte is van onrechtmatige activiteiten of informatie, kan hij, mits hij zich houdt aan de genoemde voorwaarden, niet aansprakelijk gehouden worden.

8.23. De aansprakelijkheid van de hosting provider is slechts uitgesloten indien hij niet daadwerkelijk weet of redelijkerwijs behoort te weten van de onwettige situatie, dan wel indien hij, zodra hij er daadwerkelijk kennis van heeft of behoort te hebben, prompt handelt en de informatie verwijdert of de toegang daartoe onmogelijk maakt. Blijkens de considerans bij de Richtlijn elektronische handel (onder 46) dient de verwijdering of het ontoegankelijk maken te geschieden met inachtneming van onder meer het beginsel van de vrijheid van meningsuiting.

¹²¹ De bepalingen raken grote delen van zowel het publiekrecht als het privaatrecht.

¹²² Bij de wet ter uitvoering van de Richtlijn elektronische handel, Wet van 13 mei 2004, Stb. 2004, 210. De richtlijn had per 17 januari 2002 moeten zijn omgezet.

¹²³ Zie omtrent deze begrippen nr. 8.7 supra.

¹²⁴ MvT, Kamerstukken II 2001-2002, 28197, nr. 3, pp. 26-27.

Blijkens de MvT¹²⁵ moet de hosting provider geacht worden kennis te hebben van de onwettige informatie indien hij daarop is geattendeerd, en aan de juistheid van de kennisgeving in redelijkheid niet kan worden getwijfeld.¹²⁶ Dit zal het geval zijn indien de kennisgeving afkomstig is van een rechter of de informatie onmiskenbaar onrechtmatig is. In bijzondere gevallen, waarin de provider gegronde redenen heeft om te twijfelen aan de rechtmatigheid van de bij hem opgeslagen informatie, kan volgens de MvT, in verband met de belangen van derden een onderzoeksplicht op de provider komen te rusten.¹²⁷

8.24. Aan de MvT ontleen ik met betrekking tot de positie van internet (service) providers onder art. 6:196c lid 4 voorts de volgende passage:¹²⁸

‘De dienstverlener die van een ander afkomstige informatie opslaat, is doorgaans in staat adequaat op te treden tegen de bij hem opgeslagen informatie. Vanuit de praktijk wordt er wel op gewezen dat de dienstverlener alsdan uit twee kwaden dreigt te moeten kiezen. De dienstverlener die de informatie niet ontoegankelijk maakt, riskeert aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad. De dienstverlener die de informatie wel ontoegankelijk maakt, riskeert een vordering van de afnemer van zijn dienst wegens wanprestatie. De dienstverlener moet inderdaad het belang van (potentieel) door de onrechtmatige informatie gelaedeerden enerzijds en het belang van afnemers van die informatie, doorgaans zijn contractuele wederpartijen, en in het verlengde daarvan het belang van de informatievrijheid en het voorkomen van onwenselijke vormen van inhoudscontrole vooraf anderzijds tegen elkaar afwegen. Voor onoverkomelijke problemen behoeft echter niet te worden gevreesd. Het belang van de vrije uitwisseling van informatie in de maatschappij en de steeds belangrijker rol die de elektronische snelweg daarin speelt, brengen namelijk mee dat van een dienstverlener in beginsel slechts zal kunnen worden gevergd dat hij de informatie verwijdert of ontoegankelijk maakt, indien redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan over het onrechtmatig karakter daarvan.’

8.25. De aansprakelijkheidsbeperkingen van art. 6:196c leden 1-4 BW staan blijkens lid 5 niet ‘in de weg aan het verkrijgen van een rechtelijk verbod of bevel’ tegen de provider.¹²⁹ De in overeenstemming met de richtlijn opgenomen afzonderlijke regeling van lid 5 voor *het rechterlijk verbod of bevel* is kennelijk bedoeld ter onderscheiding van het in leden 1-4 primair op aansprakelijkheid voor *schadevergoeding* geschreven regime.¹³⁰

¹²⁵ MvT, pp. 49-50.

¹²⁶ De MvT verwijst naar het rechtbankvonnis in onderhavige procedure.

¹²⁷ Zie voor een uitspraak waarin aan de hand van art. 14 van de Richtlijn elektronische handel werd onderzocht of de provider aansprakelijk was: Hof Amsterdam 7 november 2002, NJ 2003, 54 (XS4ALL/Deutsche Bahn).

¹²⁸ MvT, p. 50.

¹²⁹ Zie ook artt. 12 lid 3, 13 lid 2 en 14 lid 3 Richtlijn elektronische handel.

¹³⁰ Respectievelijk voor de door de Richtlijn en de implementatiewet ook bestreken strafsancties.

Hoewel de tekst van art. 6:196c lid 5 BW in dat opzicht niet glashelder is, gaat het blijkens de MvT (nog steeds) om aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad.¹³¹ Volgens de MvT is daartoe dan ook vereist dat het voor de provider redelijkerwijs mogelijk is om op te treden, preciezer geciteerd: dat dit 'op proportionele wijze en tegen aanvaardbare kosten mogelijk is [...] met personele en technische maatregelen.'¹³² Ook in ander opzicht zal het niet-verwijderen van de informatie onrechtmatig geoordeeld moeten worden: het kan immers niet zo zijn dat de loutere wens van een belanghebbende bij het niet-verdere doorgeven van bepaalde informatie al voldoende zou zijn voor een rechterlijk verbod of bevel. (Denk bijv. aan de wens van een oud-politicus dat een kritisch artikel over zijn handel en wandel niet langer verspreid wordt, evenwel zonder dat er sprake is van een onrechtmatige perspublicatie, noch van inbreuk op auteursrecht of enig ander recht).

8.26. Op het (al bestaande) leerstuk van de onrechtmatige daad in verband met betrokkenheid bij inbreuk op (onder meer) het auteursrecht zal ik hierna in nr. 8.29 e.v. ingaan.

8.27. Naast de aansprakelijkheidsregeling van artt. 12-14 Richtlijn elektronische handel is ook art. 15 van die richtlijn van belang. Art. 15 lid 1 verbiedt de lidstaten internet (service) providers een algemene verplichting op te leggen om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, of om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden. Omdat een dergelijke verplichting in het commune Nederlandse recht ontbreekt, werd implementatie van deze bepaling niet nodig geacht.¹³³

Op grond van art. 15 lid 2 van de richtlijn *kunnen* de lidstaten de providers ook de verplichting opleggen de bevoegde autoriteiten in te lichten over vermeende onwettige activiteiten. Een dergelijke verplichting is niet in de wet ter uitvoering van de richtlijn opgenomen.¹³⁴

Ten slotte kunnen de dienstverleners op grond van art. 15 lid 2 richtlijn worden verplicht om informatie te verstrekken waarmee de afnemers van hun dienst kunnen worden geïdentificeerd. Nu naar het Nederlandse civiele recht reeds de mogelijkheid bestaat dat de rechter de dienstverlener een dergelijke verplichting oplegt, werd om die reden van implementatie van deze bepaling afgezien.¹³⁵

8.28. Het wetsvoorstel tot aanpassing aan de Richtlijn elektronische handel bevat

¹³¹ MvT, p. 47 bovenaan, p. 50 onderaan.

¹³² MvT, Kamerstukken II 2001-2002, 28197, nr. 3, p. 51.

¹³³ MvT, p. 27.

¹³⁴ MvT, pp. 27-28.

¹³⁵ MvT, pp. 28 en 51.

geen specifieke bepaling van overgangsrecht. In dat geval heeft de wet op grond van art. 68a Overgangswet NBW onmiddellijke werking. Ook hier is het evenwel zinvol om in te gaan op de situatie zoals die gold vóór de inwerkingtreding van de Richtlijn elektronische handel.

8.29. Ik breng in herinnering de jurisprudentie van de Hoge Raad waaruit volgt dat zaalhouders en organisatoren van evenementen, die niet zelf als openbaar maker kunnen worden gezien, doch uitsluitend *laten* openbaar maken, slechts onder omstandigheden aansprakelijk kunnen worden geacht op grond van onrechtmatige daad.¹³⁶

8.30. Ik noem met name het arrest van de Hoge Raad Buma/De Vries¹³⁷ uit 1957. In de procedure van Buma tegen De Vries, had het hof Leeuwarden aansprakelijkheid van De Vries ex art. 1401 BW aangenomen in verband met auteursrechtinbreuken, gepleegd door musici die optraden in het café van De Vries' echtgenote. De Vries had volgens het hof in strijd met de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid gehandeld, omdat:

- De Vries bij de muziekavonden in het café te Lippenhuizen aanwezig was om er samen met zijn vrouw de tucht te handhaven, en *daarbij de zeggenschap had over het personeel, daaronder begrepen de musici*, terwijl de gemeentelijke muziekverenigingen op zijn naam (en niet die van zijn echtgenote) werden verleend,

- De Vries herhaaldelijk door Buma opmerkzaam was gemaakt op reeds gepleegde inbreuken,

- het onder deze omstandigheden op zijn weg had gelegen om, alvorens de muziekuitvoeringen plaatsvonden, opgave van de uit te voeren nummers te vragen en zich ervan te vergewissen of die nummers tot Buma's repertoire behoorden.

Ik teken aan dat van een aansprakelijkheid louter op grond van 'zaalhouderschap' of 'faciliteren' geen sprake is. Zowel in het arrest van het hof, als in het arrest van de Hoge Raad (die het cassatieberoep van De Vries verwierp) is m.i. 'scharnierend' dat De Vries *zeggenschap had over het personeel, daaronder begrepen de musici*. De Hoge Raad geeft in zijn arrest expliciet aan dat het hof (daarmee) *niet* heeft beslist dat voor het geven van een gebod als het onderhavige voldoende is, dat de betrokkene feitelijk bij machte is de inbreuk te verhinderen.

8.31. M.i. bevat dit arrest de te hanteren beoordelingscriteria voor gevallen waarin het bijdragen aan (eventuele) inbreuken op intellectuele eigendomsrechten aan de orde is.

8.32. Ik wil ten slotte nog een opmerking maken over de hyperlink. Een hyperlink is

¹³⁶ Vgl. Spoor/Verkade/Visser, a.w. (2005), par. 8.8-8.9, pp. 404-408.

¹³⁷ HR 8 maart 1957, NJ 1957, 271 (Buma/De Vries).

een elektronische doorverwijzing. In het algemeen wordt aangenomen dat het aanbrenge van een hyperlink geen auteursrechtelijk relevante handeling inhoudt¹³⁸, doch onder omstandigheden wel een onrechtmatige daad jegens de rechthebbende kan opleveren.¹³⁹ De vraag of een *internet (service) provider* aansprakelijk kan worden gesteld voor het toegankelijk maken van een hyperlink, wordt m.i. voorts niet beantwoord in de Richtlijn elektronische handel en evenmin in art. 6:196c BW¹⁴⁰. Deze vraag zal derhalve moeten worden beoordeeld naar de algemene regels van het aansprakelijkheidsrecht waarbij m.i. de criteria uit het arrest Buma/De Vries handvatten kunnen bieden.

8.33. Tot zover mijn inleidende opmerkingen. Thans ga ik over tot bespreking van het principale cassatiemiddel onder C (onderdelen 21-28), dat zich met rechts- en motiveringsklachten richt tegen rov. 11 en 12 van het bestreden arrest.

8.34. *Onderdeel 21* betoogt dat 's hofs oordeel in rov. 12, dat van auteursrechtinbreuk door verveelvoudiging en openbaarmaking door de Providers evenmin kan worden gesproken, nu de citaten van Spaink in casu geen auteursinbreuk opleveren, geen stand kan houden op grond van hetgeen in de onder A opgenomen klachten (onderdelen 1-17) is aangevoerd.

8.35. *Onderdeel 21* bouwt daarmee geheel voort op de onderdelen 1-17 en deelt het lot daarvan.

8.36. *Onderdeel 22* voert aan dat, voor zover het hof uit het oog heeft verloren dat de vordering tegen de Providers (in ieder geval mede) gebaseerd was op de stelling dat de Fishman Affidavit met bijlagen *in hun geheel* op de website van Spaink hadden gestaan (vgl. rov. 10), dit (uit het oog verliezen) onbegrijpelijk is.¹⁴¹ In dit licht is het

¹³⁸ De inwerkingtreding van de Auteursrechtlijn maakt dit m.i. niet anders.

¹³⁹ Zie bijv. P.B. Hugenholtz, a.w. Preadvies NJV 1998, pp. 212-213; D.J.G. Visser, *Tech-niek en contract geven auteursrecht op Internet het nakijken*, NJB 1998, p. 1037; M.H.M. Schellekens, a.w. (2001), pp. 163-165 en Spoor/Visser/Verkade, a.w. (2005), par. 4.13, p. 174 en par. 8.9, p. 407, met verdere literatuurverwijzingen.

Vgl. voor rechtspraak bijv. Pres. Rb. 's-Gravenhage 17 augustus 2000, *Mediaforum* 2000, p. 353 m.nt. Visser (*Webdarts*), Pres. Rb. Rotterdam 22 augustus 2000, *IER* 2000, nr. 55, p. 268 m.nt. EJA (*Kranten.com*), Hof 's-Gravenhage 21 december 2000, *Mediaforum* 2000, p. 87 m.nt. Van Eechoud (*De Telegraaf/NVM*) (op andere gronden gecasseerd door HR 22 maart 2002, NJ 2003, 149), Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 10 april 2001, KG 2001, 117, Vزر. Rb. Arnhem 20 juni 2002, *Computerrecht* 2002, p. 311 m.nt. Asscher, Vزر. Rb. Leeuwarden 30 oktober 2003, *AMI* 2004, p. 32 m.nt. Koelman (*Vriend/Batavus*) en Rb. Haarlem 12 mei 2004, NJ 2004, 357 (*Techno Design*).

¹⁴⁰ Deze gedragingen vallen m.i. niet te brengen onder mere conduit, caching of hosting.

¹⁴¹ Verwezen wordt naar de MvE (lees: appeldagvaarding), onder 45-56, de CvR, onder 33-41 en 48-50, de pleitnota in eerste aanleg, onder 24-28 en de pleitnota in hoger beroep, pp.

volgens het onderdeel ook onbegrijpelijk dat het hof in rov. 12 (in fine) heeft geoordeeld dat 'voor het overige [...] Scientology c.s. onvoldoende feiten en omstandigheden [hebben] gesteld waaruit het tegendeel kan blijken'.

8.37. Deze klacht kan bij gebrek aan feitelijke grondslag niet slagen. Het hof heeft immers in rov. 13, derde alinea, geoordeeld dat, gelet op hetgeen in rov. 10 (ten aanzien van de latere opstelling van Spaink) is overwogen, geen dreiging (meer) bestaat dat de volledige Fishman Affidavit op de servers van de Providers zal worden geplaatst. Hiermee heeft het hof de betreffende grondslag van de vordering van Scientology c.s. niet over het hoofd gezien.

8.38. *Onderdeel 23* klaagt dat het hof ook overigens is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof heeft volgens het onderdeel miskend dat service providers op het moment dat zij toegang geven tot verveelvoudigingen aanwezig op hun computersystemen, zelf auteursrechtinbreuk plegen indien het om inbreukmakende werken gaat. Scientology c.s. hebben uiteengezet¹⁴² dat de werken via de systemen van de Providers ter beschikking worden gesteld, dat indien een gebruiker inbreuk maakt en de documenten ter beschikking stelt op zijn homepage daarvan een kopie aanwezig is in het computersysteem van de betreffende Providers, en dat aan derden die de homepage opvragen vervolgens door de Providers een kopie ter beschikking wordt gesteld die eventueel gedownload kan worden. Aldus is er volgens het onderdeel sprake van inbreukmakende openbaarmaking en/of verveelvoudiging van de werken (ook) door de Providers. Indien de inbreukmakende documenten ter beschikking worden gesteld van derden met behulp van een in een homepage opgenomen 'link' die de inbreukmakende documenten, zich al dan niet bevindend in een ander computersysteem, aanwijst en die bij activering veroorzaakt dat een verveelvoudiging van deze documenten wordt vertoond op het scherm van de computer van de gebruiker, is volgens het onderdeel eveneens sprake van inbreukmakende openbaarmaking en/of verveelvoudiging van de werken door de gebruiker en de Providers, waardoor (ook) deze laatsten inbreuk maken op de rechten van Scientology c.s. en derhalve onrechtmatig handelen jegens hen.

8.39. Wat betreft de aan de vorderingen ten grondslag gelegde stelling dat Spaink tot februari 1996 *de volledige Fishman Affidavit met bijlagen*, waaronder de OT-werken en Ability, op haar website had geplaatst, heeft het hof in rov. 10 geoordeeld dat, 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

11-12.

¹⁴² Verwezen wordt naar de MvE (lees: appeldagvaarding), onder 45-46, de inleidende dagvaarding, onder 16 en de CvR, onder 33-47.

tot publicatie op enigerlei wijze van deze Fishman Affidavit met bijlagen, er thans geen dreiging meer bestaat zodat het gevorderde inbreukverbod achterwege dient te blijven en in het midden kan blijven of er sprake is van auteursrechtinbreuk. Dit geldt blijkens rov. 13, derde alinea, ook voor de in onderdeel 23 (dat op onderdeel 22 voortbouwt) bedoelde, door Spaink voor haar website gebezigde (service) Providers. Het hof behoefde in dit verband derhalve niet toe te komen aan de vraag of deze Providers onder andere omstandigheden auteursrechtinbreuk zouden kunnen plegen met betrekking tot *volledige* werken als OT II en OT III.

Wat betreft de grondslag dat Spaink uit OT II en OT III heeft *geciteerd*, heeft het hof in rov. 12 en in rov. 13, eerste en tweede alinea onder meer geoordeeld dat, nu Spaink door haar relaas met de litigieuze citaten op haar website, geen auteursrechtinbreuk maakt¹⁴³, van auteursrechtinbreuk door de Providers evenmin kan worden gesproken. Reeds hierop stuit de klacht af.

8.40. Desondanks wil ik hieromtrent het volgende opmerken. Nu de betrokken Providers hier als hosting provider moeten worden beschouwd (zij bieden de gebruiker ruimte op hun server aan om een homepage te bouwen en informatie op te slaan) zullen zij, gelet op art. 5 lid 1 Auteursrechtrichtlijn (en art. 13a Aw) als verveelvoudiger moeten worden beschouwd (zie nr. 8.5).¹⁴⁴ Dat zij ook als openbaarmaker moeten worden bestempeld kan op grond van de considerans bij de Auteursrechtrichtlijn en de Agreed Statement bij art. 8 WIPO-Auteursrechtverdrag evenwel niet worden aanvaard (zie nr. 8.6).

Wat de hyperlink betreft, breng ik in herinnering dat het aanbrengen ervan in het algemeen niet als auteursrechtelijk relevante handeling wordt beschouwd (zie nr. 8.32).

8.41. In *onderdeel 24* wordt geklaagd dat uit rov. 11 en 12 van 's hofs arrest voorts niet blijkt dat het hof heeft onderkend dat Scientology c.s. aan hun vorderingen (mede) ten grondslag hebben gelegd dat de Providers onrechtmatig hebben gehandeld jegens Scientology c.s., ook indien hun activiteiten niet kunnen worden aangemerkt als openbaarmaking en/of verveelvoudiging.¹⁴⁵ Het hof heeft een en ander niet, althans niet zonder nadere motivering, kunnen passeren als het in rov. 12 heeft gedaan, aldus de klacht.

8.42. Ook deze – eveneens op onderdeel 22 voortbouwende, en daarmee nog steeds

¹⁴³ Aldus de verwoording in rov. 13, eerste alinea; in rov. 12 en in rov. 13, tweede alinea zegt het hof het korter, maar onmiskenbaar in dezelfde zin.

¹⁴⁴ Dit ligt m.i. overigens anders indien deze vraag beoordeeld wordt naar het recht zoals dat gold voor de inwerkingtreding van de Auteursrechtrichtlijn.

¹⁴⁵ Verwezen wordt naar de CvR, onder 72-86 en de pleitnota in eerste aanleg, onder 24-34.

op door Spaink voor haar website gebezigde (service) Providers betrekking hebbende – klacht faalt. Het hof heeft deze grondslag wel degelijk onder ogen gezien, getuige 's hofs oordeel in rov. 13 van het bestreden arrest. In de tweede alinea geeft het hof aan dat nu van inbreuk op het auteursrecht of onrechtmatig handelen door Spaink geen sprake is, evenmin sprake is van onrechtmatig handelen van de Providers; in de derde alinea beslist het hof dat gelet op hetgeen in rov. 10 is overwogen, er ook geen dreiging is dat de (volledige) Fishman Affidavit met bijlagen op de servers van de Providers zullen worden geplaatst; en ten slotte overweegt het hof in de vierde en laatste alinea dat daarmee de grieven van Spaink en de Providers, voor zover die gebaseerd zijn op beweerde onrechtmatige gedragingen van de Providers, slagen.

8.43. In *onderdeel 25* wordt in aansluiting op het vorige onderdeel aangevoerd dat het hof heeft miskend dat de Providers op grond van de zorgvuldigheid die het maatschappelijk verkeer betaamt verplicht (kunnen) zijn, nadat door de rechthebbende auteursrechtinbreuk/onrechtmatig handelen redelijkerwijs aannemelijk is gemaakt en nadat de Providers van de aanwezigheid en het inbreukmakende karakter van die informatie op de hoogte zijn gesteld, deze inbreukmakende informatie te verwijderen, en/of (desgevraagd) de personalia van de betreffende gebruikers aan de auteursrecht-hebbende te verstrekken, althans dat zij daartoe gehouden zijn indien aan de kennisgeving van de rechthebbende in redelijkheid niet kan worden getwijfeld.

8.44. Dit – nog steeds op onderdeel 22 voortbouwende – onderdeel faalt omdat uit rov. 10-13 volgt dat er geen sprake (meer) is van auteursrechtinbreuk of onrechtmatig handelen van Spaink en dat er daarmee geen dreiging (meer) is dat de (volledige) Fishman Affidavit met bijlagen door de door haar gebezigde (service) Providers op het internet zal worden geplaatst. Scientology c.s. hebben dan ook geen belang bij deze klacht. Het hof kon (ook) een in onderdeel 25 bedoelde beoordeling van de gedragingen van de Providers naar civiel aansprakelijkheidsrecht derhalve onbesproken laten.

8.45. Ik merk hierover niettemin nog het volgende op. Op grond van art. 6:196c lid 4 BW is de aansprakelijkheid van (hosting) Providers uitgesloten indien zij, zodra zij kennis hebben van een onwettige situatie maatregelen nemen en de informatie verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk maken. Hierbij geldt dat de Providers geacht worden kennis te hebben van de informatie indien zij daarop zijn geattendeerd en aan de juistheid van de kennisgeving redelijkerwijs niet kan worden getwijfeld, bijv. in het geval dat de kennisgeving afkomstig is van een rechter of de informatie onmiskenbaar onrechtmatig is.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Dit strookt m.i. met het recht zoals dat gold voor de inwerkingtreding van de Richtlijn

Uit hetgeen het hof heeft overwogen, volgt dat, nu – als vaker aangegeven – ten aanzien van deze Providers een dreiging niet (meer) aanwezig is, naar zijn oordeel aan deze voorwaarden niet is voldaan. Ik verwijs naar nrs. 8.37 en 8.39.

8.46. *Onderdeel 26*, nog steeds voortbouwend op de vorige klachten, betoogt dat een en ander ertoe leidt dat rov. 13, voor zover betrekking hebbend op de positie van de onderhavige Providers, onjuist is, althans ontoereikend gemotiveerd.

Daarenboven is volgens de klacht onvoldoende inzichtelijk waarom het hof de door Scientology c.s. gevorderde, en door de rechtbank grotendeels toegewezen, verklaring voor recht alsnog heeft afgewezen. Zulks geldt temeer en in het bijzonder ten aanzien van hetgeen zijdens Scientology c.s. is aangevoerd omtrent de publicatie van de Fishman Affidavit met bijlagen, nu wat dat betreft de door het hof gegeven redenering en beslissing omtrent ‘de citaten’ in ieder geval al toepassing mist.¹⁴⁷

8.47. Voor zover het onderdeel voortbouwt op de vorige klachten, deelt het het lot daarvan.

Voorts is m.i. geenszins onduidelijk op welke grond het hof de door Scientology c.s. jegens de onderhavige Providers gevorderde verklaring voor recht wat betreft het citeren door Spaink heeft afgewezen. Dit wordt (wederom) verklaard door het oordeel dat Spaink geen auteursrechtinbreuk of onrechtmatige daad jegens Scientology c.s. heeft gepleegd (of, wat betreft de publicatie van de volledige OT II en III, dit in het midden kan blijven, vanwege de verwijdering), en dat dus ook aan de Providers, in de visie van het hof, geen verwijten kunnen worden gemaakt (zie rov. 13). Wat betreft de eerdere weergave van de volledige Fishman Affidavit met bijlagen zien Scientology c.s. voorts over het hoofd dat een eventueel eerder inbreukmakend/onrechtmatig handelen van Spaink niet automatisch onrechtmatig handelen van de Providers met zich brengt. Van dit laatste kon slechts sprake zijn indien de Providers, op het moment dat zij door Scientology c.s. op de hoogte werden gesteld van de onrechtmatige informatie op hun servers, onvoldoende maatregelen hadden genomen om deze informatie te verwijderen of de toegang daartoe af te sluiten. Hiervan kan de Providers evenwel geen verwijt worden gemaakt omdat Spaink zelf de informatie (OT II en OT III), na door Scientology c.s. te zijn gesommeerd, van haar website heeft verwijderd. Voorts heeft het hof deze verklaring, ook wat betreft het eventuele auteursrechtelijk inbreukmakend handelen van de Providers kunnen afwijzen, nu hij geen dreiging van herhaling van dit handelen aanwezig oordeelde.

Ook in zoverre kan de klacht niet tot cassatie leiden.

8.48. *Onderdeel 27* klaagt dat het hof (in rov. 11 en 12) onvoldoende onder ogen

elektronische handel: zie nr. 8.29 e.v.

¹⁴⁷ Verwezen wordt naar de pleitnotities in eerste aanleg, onder 13-17.

heeft gezien dat de vorderingen van Scientology c.s. jegens de Providers niet uitsluitend waren gerelateerd aan de vordering jegens Spaink, en mitsdien/althans in ieder geval de vorderingen tegen de Providers ook beoordeeld dienden te worden onafhankelijk van het oordeel over het handelen van Spaink. Volgens het onderdeel kan feitelijk uitgangspunt zijn (vgl. rov. 10) dat de gehele Fishman Affidavit met bijlagen op een website is geplaatst, en kan mitsdien in cassatie - in ieder geval veronderstellenderwijs - uitgangspunt zijn dat in zoverre sprake is van auteursrechtinbreuk, althans van onrechtmatig handelen.

Daarbij is zijdens Scientology c.s. in feitelijke instanties het volgende aangevoerd:¹⁴⁸

- de Fishman Affidavit met bijlagen is door ene Lerma zonder enige toestemming overgezet in een voor computers leesbare vorm en in eerste instantie door Lerma verspreid via een nieuwsgroep op het internet;
- het document is uiteindelijk door diverse personen, waaronder Spaink, op hun homepages, die zich bevonden op de computersystemen van de Providers, geplaatst;
- de betreffende homepages vermeldden niet de personalia van hun eigenaar en deze waren evenmin langs andere weg te achterhalen, met uitzondering van de personalia van Spaink;
- de Providers is gevraagd een einde te maken aan de inbreuk en de personalia van de gebruikers te verstrekken;
- aan de Providers is gedetailleerde informatie over de vindplaats van de inbreukmakende documenten verstrekt;
- een en ander was voor de Providers voldoende om kennis te nemen van de inbreukmakende documenten;
- zijdens Scientology c.s. is contact opgenomen met de Providers en hun advocaten om tot een praktische oplossing, strekkende tot beëindiging van de inbreukmakende handelingen, te komen; en ten slotte
- uit de uitingen van de personen die de Fishman Affidavit op hun homepages plaatsten kon worden opgemaakt dat zij zich ervan bewust waren dat het hier een illegale verveelvoudiging van die werken betrof.

Het hof heeft, aldus de klacht, miskend dat dit een en ander ten grondslag heeft gelegen aan de zijdens Scientology c.s. in eerste aanleg en in hoger beroep ingestelde vorderingen jegens de Providers.

8.49. Mijns inziens is, gelet op het gehele partijdebat, niet onbegrijpelijk dat het hof de vorderingen jegens de Providers heeft beschouwd als voortbouwend op de vorderingen jegens Spaink en de daaraan ten grondslag liggende feiten.

¹⁴⁸ Verwezen wordt naar CvR, onder 7-9 en 72-86 en pleitnotities in eerste aanleg, onder 24-30.

Een reconstructie van het partijdebat wijst het volgende uit. In eerste aanleg hebben de Providers nadrukkelijk én gemotiveerd (niet alleen juridisch, maar ook feitelijk) ontkend dat een of meer hunner inbreuk zou hebben gemaakt. Uit de CvD in eerste aanleg citeer ik:

‘Geen onderbouwing

44. Frappant is dat eisers in deze procedure tot op heden hebben nagelaten te onderbouwen waarom zij van mening zijn dat een of meer van de providers inbreuk hebben gemaakt op hun auteursrechten. Nergens in de procedure is aangegeven op welk adres bij welke provider stukken zijn aangetroffen die inbreuk maken op auteursrechten van eisers. Eisers hebben tot op heden volstaan met sub 14 van de inleidende dagvaarding te stellen dat het Fishman Affidavit zonder hun toestemming op het internet openbaar gemaakt en/of verveelvoudigd wordt via de systemen van de providers, door een aantal van hun gebruikers, waaronder Spaink.

45. Betwist wordt dat abonnees van alle gedaagde providers de litigieuze stukken op het internet hebben getoond en tonen. Eisers hebben ook nagelaten uitdraaien over te leggen van zulke vermeend inbreukmakende homepages, zodat onduidelijk is om welke redenen die homepages inbreuk op de rechten van eisers zouden maken. (Is de inhoud van die homepages bijvoorbeeld identiek aan die van Spaink of wijkt deze af?). Hier wordt er van uit gegaan dat eisers van mening zijn dat de betreffende andere home page bezitters exact dezelfde informatie op hun home page hebben staan als Spaink.’

8.50. De rechtbank heeft *blijkens de door haar vastgestelde feiten* dit verweer kennelijk gehonoreerd. Bij de feitenvaststelling in rov. 1 (waarnaar het hof in zijn rov. 3, in cassatie onbestreden, verwijst), heeft de rechtbank onder 1.9 en onder 1.10 immers (uitsluitend) overwogen:

‘1.9. Gedaagde sub 20 (hierna: ‘Spaink’) heeft twee Internet-aansluitingen. Zij maakt daartoe gebruik van de diensten van gedaagde sub 1 [Dataweb BV, A-G] en van Planet International BV (thans geen partij meer in deze procedure). Spaink heeft op het Internet twee home pages, waarop tot 23 februari 1996 de Fishman Affidavit heeft gestaan. Op die datum heeft Spaink haar home pages gewijzigd en de bijlagen bij de Fishman Affidavit daarvan verwijderd; sindsdien staan daarop wel citaten uit die bijlagen.

1.10. Volgens een op verzoek van eisers 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 gelijk-luidend.’

8.51. Omdat Spaink na sommatie door Scientology c.s. de volledige teksten van haar homepages had verwijderd en nog slechts door de rechtbank toelaatbaar geoordeelde citaten daarop had staan, terwijl met betrekking tot de volledige teksten geen vrees

voor herhaling bestond, wees de rechtbank de vordering tegen Spaink af (rov. 14). De daartegen gerichte grief van Scientology c.s. faalde bij het hof (rov. 8.4, rov. 13), terwijl naar mijn hiervoor gegeven mening de cassatieklachten van Scientology c.s. tegen dat oordeel van het hof eveneens dienen te falen.

De rechtbank wees wél enige jegens de Providers gerichte vorderingen (in gewijzigde vorm) toe, waarover dadelijk meer.

8.52. De appelfase werd ingeleid door de dagvaarding (inclusief grieven) zijdens Scientology c.s. In de inleiding op de grieven stelden zij op pp. 9-10 onder 'III. De feiten' onder meer:¹⁴⁹

'8. In 1995 hebben diverse personen, waaronder geïntimeerde sub 20, Karin Spaink, kopieën van diverse van de hiervoor genoemde gepubliceerde en ongepubliceerde vertrouwelijke werken op het internet, dat wil zeggen deze personen hebben kopieën van die werken geplaatst op de computersystemen (servers) in eigendom van de andere geïntimeerden, service providers, geplaatst, die daarna deze kopieën toegankelijk maakten voor iedere internet-gebruiker. Door dat te doen maakten deze personen inbreuk op het auteursrecht van appellanten, zoals nu is bevestigd door de rechtbank 's-Gravenhage in haar beslissing van 9 juni 1999.'

Bij Memorie van antwoord (p. 4) hebben de Providers hiertegen bezwaar gemaakt:

'5. De appeldagvaarding bevat in pars. 7 t/m 11 een deels onjuiste uiteenzetting van de feiten. De Providers en Spaink betwisten c.q. volharden in de betwisting:

[...]

- dat de rechtbank heeft bevestigd dat diverse personen auteursrechtinbreuk maakten op haar werken (MvG, par. 8); de rechtbank heeft slechts (ten onrechte) geoordeeld dat Spaink gedurende korte tijd auteursrechtinbreuk maakte op OT II, OT III en Ability'.

8.53. Naast deze bestrijding van het door Scientology c.s. gestelde feitensubstraat, hebben de Providers in hun incidentele grief I (dus) erover geklaagd dat de rechtbank blijkens rov. 16 en blijkens het dictum van het vonnis heeft aangenomen dat zij onrechtmatig gehandeld hadden.

De Providers verwezen daarbij naar uitgewerkte betwistingen in eerdere instantie.¹⁵⁰

8.54. Op grief I in het incidenteel appel antwoordden Scientology c.s. bij MvA in het incidenteel appel onder meer (p. 4 onder 6): 'RTC is van mening dat de Arrondissementsrechtbank terecht heeft overwogen dat van onrechtmatig handelen door de Providers, onder de door de Arrondissementsrechtbank genoemde voorwaarden spra-

¹⁴⁹ De eerste volzin van het citaat loopt niet goed.

¹⁵⁰ Zie MvA/MvG in incidenteel appel, onder 24, verwijzend naar: pp. 15-16 pl.n. mr. Van Manen in het kg, par. 14 CvA, par. 46-71 CvD. Vgl. voorts par. 44-45 CvD en par. 57-58 pleitnota mr. Van Manen in prima.

ke kan zijn.’ Ook Scientology c.s. verwezen daarbij naar uitgewerkte betwistingen in eerdere instantie.¹⁵¹

8.55. Het debat is voortgezet bij pleidooien voor het hof. Blijkens de pleitnota van mr. Hermans (pp. 4-5) is zijdens Scientology c.s. wel geklaagd over onjuiste vaststelling van feiten door de rechtbank, maar niet op het op in nr. 8.53 gecursiveerde, door de Providers bedoelde punt.

8.56. Bij pleidooi voor het hof hebben de Providers, blijkens de pleitnota van mr. Van Manen onder incidentele grief I, nr. 65, nogmaals geklaagd over ontoereikend bewijs met betrekking tot openbaarmaking door de Providers, met verwijzing naar de (gemotiveerde) stellingname in nr. 58 van de pleitnota in prima. Daaraan is (in nr. 66) toegevoegd dat Spaink en alle andere abonnees na februari 1996 (circa drie en een half jaar voor het vonnis) nooit meer OT II en III en Ability op hun websites hebben aangeboden¹⁵² en er geen vrees voor herhaling aannemelijk is gemaakt.

8.57. Zijdens de Providers is hieraan toegevoegd dat de rechtbank met het oog op de rechtsvorming had kunnen volstaan met overwegingen.

8.58. Onder deze omstandigheden meen ik dat het hof, zonder miskening van een rechtsregel, en in het licht van de door de rechtbank onder 1.9 en 1.10 (door Scientology c.s. niet als te beperkt aangevochten) vastgestelde feiten, die het hof (in cassatie onbestreden) heeft overgenomen, alsmede in het licht van het partijdebat niet onbegrijpelijk, is gekomen tot zijn in rov. 12, laatste alinea, neergelegde oordeel (cursivering van mij, A-G):

‘12. [...] 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.*’

8.59. Evenmin is onbegrijpelijk ’s hofs oordeel in de op rov. 12 voortbouwende rov. 13 dat ‘uit het vorenstaande’ voortvloeit (post alia) :

‘13. [...]

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 Pro-

¹⁵¹ Zie, naast de MvA, onder 6, de verwijzingen onder 7 naar par. 72-86 van de CvR en par. 24-34 van de pleitnota van mr. Hermans in prima.

¹⁵² Daarbij is onmiskenbaar bedoeld: anders dan via door de rechtbank toelaatbaar geoordeelde citaten.

viders 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 1 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. [...] [mijn curs., A-G]

8.60. De klacht wordt m.i. dan ook tevergeefs voorgesteld. Ik teken daarbij nog aan dat, hoewel aan het belang bij het verkrijgen van een verklaring voor recht geen hoge eisen gesteld worden, op grond van art. 3:303 BW nog altijd de eis geldt dát er vol-doende belang dient te zijn. Bij afwezigheid van een dreiging ten aanzien van de onderhavige Providers, zoals door het hof – als gezegd: in het licht van het partijdebat niet onbegrijpelijk – aangenomen, kon het hof oordelen dat zulk een belang ontbrak. Ik wijs er nog op dat het hof de door de rechtbank in haar rechtsoverwegingen in het algemeen aangenomen maatstaven voor aansprakelijkheid van service providers niét heeft gedesavoueed.

8.61. *Onderdeel 28* betoogt ten slotte dat het hof in rov. 8.4 ten aanzien van de Providers heeft overwogen dat hij bij de daar te nemen beslissing in aanmerking heeft genomen dat het dwingen van de Providers om in dit geval de informatie van Spaink te verwijderen of ontoegankelijk te maken disproportioneel is. Het onderdeel brengt tegen deze beslissing de in onderdeel (A) 17 en in onderdelen (C) 23-27 aangevoerde klachten in.

8.62. Het onderdeel bouwt volledig voort op de daarin genoemde eerdere klachten en moet het lot daarvan delen.

9. De overige klachten van het principale cassatiemiddel (onder (D) 29-32)

9.1. Het principale cassatiemiddel bevat in onderdelen (D) 29-32 ‘overige’ klachten, die zich richten tegen rov. 5, 7.6-7.12 en 13.

9.2. *Onderdeel 29* richt zich tegen rov. 5, slot waarin het hof overweegt:

‘Wat de overige werken betreft stellen Scientology c.s. onder 19 van hun memorie van antwoord in het incidenteel appèl dat het feit dat in deze procedure alleen het auteursrecht van Scientology c.s. op de werken OT II, OT III en Ability is komen vast te staan niet afdoet aan de verplichting van de Providers om “de verveelvoudiging van andere werken”, waarop Scientology auteursrecht heeft, te verwijderen dan wel te blokkeren na ontvangst van een kennisgeving aan de juistheid waarvan in redelijkheid niet valt te twijfelen. Daar Scientology c.s. ook in hoger beroep niet nader hebben onderbouwd dat zij rechthebbende(n) zijn op andere werken dan OT

II. OT III en Ability, gaat het hof aan de vermeende inbreuk op die “andere werken” voorbij.’

Deze beslissing is volgens het onderdeel onbegrijpelijk, allereerst gelet op de stelling van Scientology c.s. dat zij tevens rechthebbenden zijn op de werken OT I en OT IV-VII¹⁵³. De rechtbank heeft ten aanzien van de werken OT IV-VII overwogen dat Scientology c.s. er terecht op wijzen ‘dat bij de akte worden overgedragen de rechten op de “Works”, volgens de definitie omvattende alle werken van Hubbard, en dat Attachment B een opgave is van “certain of the Works” die geregistreerd zijn bij de Copyright Office’; in de visie van de rechtbank levert een en ander een vermoeden, althans een begin van bewijs op, dat ook OT IV-VII in de overdracht zijn begrepen. Gezien hetgeen de rechtbank overigens overwoog, behoefde hier geen nader (tegen)bewijs door Spaink en de Providers te worden geleverd.

In het licht van de stellingen van Scientology c.s., het oordeel van de rechtbank, en het ontbreken van (voldoende geadstrueerde) stellingen van Spaink en de Providers, is onbegrijpelijk dat het hof oordeelt dat Scientology c.s. ‘ook in hoger beroep niet nader hebben onderbouwd’ dat zij rechthebbende(n) zijn op de andere werken.

9.3. Ik acht ’s hofs oordeel dat Scientology c.s. onvoldoende hebben onderbouwd dat zij rechthebbenden zijn op andere OT-werken dan OT II en III niet onbegrijpelijk, gelet op het feit dat Scientology c.s. slechts hun rechten op OT II en III en Ability hebben onderbouwd (hetgeen op zichzelf niet onbegrijpelijk is omdat voor onderhavige procedure, ook in de visie van Scientology c.s., uitsluitend deze werken (en Ability) van belang waren¹⁵⁴).

Overigens faalt de klacht m.i. ook bij gebrek aan feitelijke grondslag wegens onjuiste lezing, en/of bij gebrek aan belang.

In de aangevallen laatste alinea van rov. 5.3 spreekt het hof niet alleen over onvoldoende onderbouwing door Scientology c.s. dat zij rechthebbende zijn op andere werken dan OT II, OT III en Ability, maar ook over de door Scientology c.s. gestelde ‘vermeende’ inbreuk op ‘andere werken’ (waarop Scientology c.s. auteursrecht claimen).

Ook indien het onderdeel terecht zou klagen over ’s hofs overwegingen met betrekking tot de rechten van Scientology c.s. op de ‘andere werken’, blijft – als onbestreden – overeind dat slechts sprake was van ‘vermeende’ inbreuken op die ‘andere werken’.

Door in rov. 13, laatste alinea te overwegen dat de daar bedoelde incidentele grieven

¹⁵³ Verwezen wordt naar de inleidende dagvaarding, onder 4-5 en de CvR, onder 17-24 met verwijzingen.

¹⁵⁴ Zie bijv. CvR, onder 17 en de pleitnotities in hoger beroep van mr. Hermans, p. 4 (onder ‘de vaststaande feiten’).

slagen voor zover die zijn gebaseerd op beweerde onrechtmatige gedragingen van de Providers, heeft het hof kennelijk geoordeeld dat door Scientology c.s. niet genoegzaam is gesteld, noch is gebleken, dat (óók, of juist) ten aanzien van de 'andere werken' sprake is van een dreiging van auteursrechtinbreuk. Dit oordeel is in het licht van het partijdebat niet onbegrijpelijk. Zoals ik in nrs. 7.3-7.4 aangaf, stond het hof vrij om onder die omstandigheden de gevorderde bevelen af te wijzen.

9.4. *Onderdeel 30* klaagt dat het hof, ondanks hetgeen het in rov. 7.6-7.12 heeft overwogen, de gevorderde verklaring voor recht¹⁵⁵, welke vordering mede zag op de plaatsing van de gehele Fishman Affidavit en mede zag op Spaink, afwijst. Hetgeen in rov. 8.1-8.4, 10 en 13 wordt overwogen kan die afwijzing volgens het onderdeel niet dragen. Rov. 8.1-8.4 zien immers - kort gezegd - op de ná 23 februari 1996 ontstane situatie (verwijdering van de Fishman Affidavit), terwijl het in rov. 10 en 13 gaat om het vermeend ontbreken van een 'dreiging'.

9.5. De betreffende vordering zag op de verklaring voor recht dat de OT-werken, althans de werken OT II en III niet rechtmatig openbaar zijn gemaakt, althans niet in de zin van art. 15a lid 1 onder 1 Aw.

Het hof heeft, gelet op het oordeel dat Spaink en de Providers een beroep op art. 10 EVRM toekomt wat de citaten betreft, en gelet op de afwezig geoordeelde dreiging van hernieuwde plaatsing van de volledige OT II en III, deze vordering kunnen afwijzen wegens gebrek aan belang hierbij (zie rov. 7.1 en 7.12, slot). Indien de Hoge Raad (zoals ik in nrs. 5.65 e.v. verdedigd heb) zou menen dat het citaatrecht van art. 15a op OT II en III wél van toepassing is, hebben Scientology c.s. nog minder belang bij deze vordering.

9.6. *Onderdeel 31* komt op tegen rov. 7.12, slot, waarin het hof heeft geoordeeld dat grief 1 in het principaal appel slaagt, maar dat zulks gelet 'op hetgeen hierna zal worden overwogen niet tot vernietiging van het vonnis (kan) leiden'. Deze beslissing kan niet in stand blijven indien één of meer van de in de hoofdstukken A tot en met C en in D onder 29 aangevoerde klachten tot vernietiging van het arrest van het hof leidt/leiden.

9.7. De klacht deelt het lot van de klachten waarop het voortbouwt.

9.8. Tot slot komt *onderdeel 32* op tegen rov. 13 waarin het hof een samenvatting van de eerder gegeven beslissingen geeft. De beslissing in rov. 13, eerste gedeelte (eerste vijf regels), ten aanzien van Spaink kan volgens het onderdeel geen stand houden, gelet op hetgeen hiervoor in de onderdelen onder A en B is aangevoerd. Hetgeen in

¹⁵⁵ Verwezen wordt naar de CvE, onder c en de MvE, onder IIc.

rov. 13, tweede gedeelte, wordt beslist ten aanzien van de Providers kan geen stand houden op grond van hetgeen hiervoor onder C en in A17 is aangevoerd. De verwijzing in rov. 13, derde gedeelte, naar rov. 10 kan geen stand houden op grond van het onder B aangevoerde. Ten slotte kunnen de samenvattende oordelen in rov. 13, laatste gedeelte (laatste vijf regels), 14 en 15 op grond van het eerder in het middel aangevoerde evenmin stand houden.

9.9. Nu ook dit onderdeel geheel voortbouwt op eerdere klachten, geldt ook daarvoor dat het het lot daarvan deelt.

10. Slotsom

Ik acht het door mij vooraf behandelde voorwaardelijke incidentele cassatieberoep (over het citaatrecht) gegrond. Daarmee ontvalt voor een deel het belang aan het principale cassatiemiddel, waar het gaat over de door het hof i.v.m. art. 10 EVRM toelaatbaar geachte citaten. De daarop betrekking hebbende klachten van het principale middel falen overigens naar mijn mening.

Ook de overige klachten van het principale middel kunnen m.i. niet tot cassatie leiden.

11. Conclusie

Mijn conclusie strekt tot verwerping van het principale cassatieberoep.

De procureur-generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'A.G. de Koster', is written over the printed name of the Procureur-Generaal.

A-G