

3

IN NAAM DES KONINGS

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling civiel recht

Zaaknummer : 200.101.878/01

Zaak/rolnummer rechtbank : 363011/ HA ZA 10-1233

arrest van 29 oktober 2013

inzake

de vennootschap naar vreemd recht **REAL NETWORKS INC.**,
gevestigd te Seattle, Verenigde Staten van Amerika,
hierna te noemen: Real Networks,
appellante, eiseres in het incident,
procesadvocaat: mr. D. Knottenbelt te Rotterdam,
behandelend advocaat: mr. P.N.A.M. Claassen,

tegen

██
wonende te Groningen,
hierna te noemen: ██████████
geïntimeerde, verweerder in het incident,
advocaat: mr. D.J. Mensink te Groningen.

Het geding

Bij exploit van 25 januari 2012 is Real Networks in hoger beroep gekomen van het door de rechtbank 's-Gravenhage tussen partijen gewezen vonnis van 2 november 2011. Real Networks heeft een "incidentele vordering ex artikel 353, lid 1 jo artikel 223 Rv" ingesteld, waarbij zij, kort gezegd, afgifte, althans inzage vordert van hetgeen ingevolge het op 17 februari 2010 geleide bewijsbeslag is gekopieerd door de deurwaarder. ██████████ heeft hiertegen bij incidentele memorie van antwoord verweer gevoerd. Vervolgens hebben partijen hun standpunten doen bepleiten door hun voormelde (behandelend) advocaten, bij welke gelegenheid Real Networks een akte wijziging en verduidelijking incidentele vordering heeft genomen. Het hof heeft op voorhand de volgende stukken ontvangen:

- van Real Networks producties 73 tot en met 83 op 21 november 2012;
- van ██████████ producties 47 tot en met 50 op 23 november 2012;
- van ██████████ productie 51 op 26 november 2012;
- van ██████████ een (nader) kostenoverzicht op 5 december 2012.

Nu door mr. Claassen is medegedeeld dat door Real Networks geen bezwaar wordt gemaakt tegen de, gelet op artikel 2.17 van het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven, te late overlegging van voornoemde producties door ██████████, zal het hof deze toelaten. Ten slotte is arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

De feiten

1. In het kader van dit incident gaat het hof uit van de volgende – enerzijds gestelde en anderzijds erkende of niet gemotiveerd betwiste – feiten.

1.1. Real Networks biedt sinds de jaren '90 internetsoftware aan, waaronder de door haar in of omstreeks 1995 ontworpen zogenaamde RealPlayer software (verder ook: 'RealPlayer'), waarmee beeld en geluid via internet op de computer kunnen worden getoond e.q. afgespeeld, ook wel aangeduid als streaming. Na het installeren van RealPlayer kan de gebruiker media afspelen met Realmedia, audio met RealAudio en video met RealVideo.

1.2. RealPlayer bestaat uit zogenaamde 'player' software, 'codec' software – hierna: codecs – en overige programmacode. De functie van de codecs is het vertalen of coderen en decoderen van film- en audiobestanden. Hierdoor kunnen diverse bestandsformaten in RealPlayer worden afgespeeld. Daarnaast bevat RealPlayer ook zogenaamde 'rpplugins' software. Rplugins zijn software programma's die een uitbreiding vormen op een bepaalde applicatie en die in RealPlayer samenwerken met de codecs om bestanden af te spelen.

1.3. Real Networks biedt RealPlayer en andere producten wereldwijd aan, voornamelijk via internet. De basisvariant 'Basic Real Player' is gratis te downloaden van de website van Real Networks. Daarnaast kan additionele software worden afgenomen ('RealPlayer Plus en Realplayer Plus with RealMusic') waarvoor periodiek een bedrag moet worden betaald.

1.4. Op internet werd sinds 2003 door (een) ander(en) dan Real Networks het software programma Real Alternative aangeboden, dat de codecs en Rplugins uit Real Player bevat. Het bevat niet de Player software. De in het bestreden vonnis afgebeelde bestanden verschijnen op de computer bij het openen van Real Alternative bestanden. Bij het openen van een codec- of een Rplugins-bestand binnen Real Alternative is, zoals blijkt uit de in het vonnis afgebeelde screenshots, de copyright notice "Copyright©RealNetworks, Inc 1995 – (...)" te zien.

1.5. [REDACTED] is de eigenaar van een aantal websites waaronder [http://\[REDACTED\]](http://[REDACTED]), [http://\[REDACTED\]](http://[REDACTED]) en [http://\[REDACTED\]](http://[REDACTED]) (verder ook: de 'websites'). Real Alternative kon worden gedownload via een of meer websites van [REDACTED]. Bijvoorbeeld door de website [www.\[REDACTED\]](http://www.[REDACTED]) te openen en vervolgens op "codecpack.nl", "Real Alternative" en "save" te klikken. Op het schermje waar het mogelijk is te klikken op "save" is vermeld "from: server – B1 edskes.com".

1.6. Op 15 februari 2010 heeft de voorzieningenrechter in de rechtbank 's-Gravenhage een ex parte beschikking afgegeven waarin hij oordeelt dat voorshands voldoende aannemelijk is geworden dat [REDACTED] Real Alternative aanbiedt, dat Real Alternative verveelvoudigingen bevat van software waarop auteursrechten van Real Networks rusten en dat [REDACTED] door het aanbieden van Real Alternative inbreuk maakt op de auteursrechten van Real Networks. De voorzieningenrechter heeft [REDACTED] bevolen de openbaarmaking van Real Alternative te staken op straffe van verbeurte van een dwangsom. Voorts heeft hij Real Networks verlof verleend om conservatoir bewijsbeslag te leggen op alle schriftelijke en elektronische documenten waaruit de omvang van de inbreuk blijkt. Bepaald is dat de deurwaarder de

beslagen documenten in gerechtelijke bewaring zal geven aan de aangewezen gerechtelijke bewaarder Digijuris.

1.7. Op 17 februari 2010 is de ex parte beschikking aan [REDACTED] betekend en heeft Real Networks beslag onder [REDACTED] gelegd als hiervoor vermeld. In dat kader zijn elektronische bescheiden gekopieerd en zijn vervolgens alle gekopieerde elektronische bescheiden digitaal onderzocht aan de hand van de volgende (door de advocaat van Real Networks opgegeven) zoekwoorden

1. "REAL ALTERNATIVE"
2. Codepack
3. Realalternative
4. Realalt201
5. "Server-b1 [REDACTED].com"
6. "Rv40.dll"
7. "Cook.dll"
8. "Rppl3260.dll"
9. "Recf3260.dll"
10. Emd3260.dll"
11. "[http://home.heenet.nl/h/\[REDACTED\]/codepack.htm](http://home.heenet.nl/h/[REDACTED]/codepack.htm)"
12. "[http://mirrors.\[REDACTED\].net](http://mirrors.[REDACTED].net)"

Vervolgens zijn na beperking van de elektronische bescheiden op basis van voormelde zoekwoorden en daarop volgende beoordeling van de resulterende bescheiden op relevantie (met behulp van (een) ICT-deskundige(n) van Digijuris) overeenkomstig het verlot, de resterende relevante bescheiden in bewijsbeslag genomen.

De zoektermen 1, 3, 4 en 6 tot en met 10 verwijzen naar bestanden die onderdeel zijn van Real Alternative (vergelijk punt 4 van de akte wijziging en verduidelijking incidentele vordering en punten 27 ev. van de pleitaantekeningen van mr. Claassen).

1.8 Op 17 februari 2010 heeft [REDACTED] alle (hyper)links van zijn website(s) naar Real Alternative verwijderd.

1.8 Op verzoek van Real Networks heeft een voorlopig getuigenverhoor plaatsgevonden op 19 maart 2012, waarbij onder meer de rechter die het bestreden vonnis heeft gewezen en [REDACTED] als getuigen zijn gehoord.

De incidentele vordering

2. Na eiswijziging bij akte van 6 december 2012 vordert Real Networks in het incident in hoger beroep te bepalen **primair** dat afschriften worden verstrekt van hetgeen ingevolge het bewijsbeslag is gekopieerd door de deurwaarder, althans **subsidiair** inzage daarin wordt verleend aan een onafhankelijke deskundige teneinde de relevante bestanden te beschrijven, althans **meer subsidiair** afschrift, inzage of uittreksel te verschaffen op een door het hof te bepalen wijze.

Zij stelt daartoe (thans in hoger beroep) dat zij met de (digitale) bestanden waarvan zij afgifte, althans inzage vordert kan bewijzen dat [REDACTED] inbreuk heeft gemaakt op de auteursrechten van Real Networks met betrekking tot (de codecs en de Rpluggins in) RealPlayer.

Processuele verweren

3. Real Networks en [REDACTED] hebben de onderhavige, op grond van artikel 843a Rv ingestelde, incidentele vordering "ex artikel 353 lid 1 Rv jo 223 Rv", aangemerkt als een provisionele vordering strekkende tot het verkrijgen van een voorlopige voorziening.
4. [REDACTED] betwist de vordering onder meer op processuele gronden. Hij stelt dat Real Networks niet ontvankelijk verklaard moet worden in haar incidentele vordering en/of sprake is van misbruik van procesrecht omdat
 1. een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 223 Rv slechts kan worden gevorderd indien en nadat de bodemprocedure aanhangig is gemaakt en er geen sprake is van een aanhangige procedure omdat nog geen memorie van grieven is genomen;
 2. aan deze incidentele (provisionele) vordering kan pas worden toegekomen nadat een inhoudelijk debat in de hoofdzaak is gevoerd;
 3. er sprake is van een verkapt hoger beroep nu de vordering ex artikel 843a Rv ook in eerste aanleg is ingesteld en daar is afgewezen, waartegen hoger beroep openstaat;
 4. de vordering niet voldoet aan de substantiëringsplicht;
 5. het vereiste spoedeisend belang ontbreekt.
5. Het hof zal hieronder eerst deze processuele verweren bespreken.

Ad 1 en 2.

Deze verweren falen. Ten onrechte gaat [REDACTED] ervan uit dat de onderhavige vordering betrekking heeft op het verkrijgen van een voorlopige voorziening. De onderhavige vordering ex artikel 843a Rv strekt tot het verkrijgen van stukken en informatie met het oog op bewijslevering in de lopende bodemprocedure. De gevorderde overlegging/inzage betreft dus de instructie van de zaak en heeft geen betrekking op het verkrijgen van een voorlopige voorziening (vergelijk HR 22 januari 2010, LJN: BK1639 en 13 juli 2012, LJN: BW3263). Dat ook Real Networks daar ten onrechte van uitgaat, doet daar niet aan af. Het hof kan [REDACTED] bovendien niet volgen in zijn stelling dat de zaak in hoger beroep niet aanhangig is. Een geding is aanhangig nadat de dagvaarding is aangebracht. Overigens is voor toewijzing niet nodig dat het inhoudelijk debat in de hoofdzaak is gevoerd. De vordering ex artikel 843a Rv kan worden ingesteld zowel in als buiten rechte, derhalve ook als geen procedure aanhangig is (HR 8 juni 2012, LJN BV8510 en 13 juli 2013, LJN: BW3263) en zowel als incidentele vordering als in een zelfstandige procedure (HR 6 oktober 2006, LJN AX7774), zelfs in een kort geding naast een reeds aanhangige bodemprocedure (HR 8 februari 2013, LJN: BY6111).

Ad 3.

[REDACTED] stelt dat hoger beroep het rechtsmiddel is dat moet worden gebruikt om op te komen tegen een vonnis in eerste aanleg en de thans ingestelde vordering een verkapte vorm van een hernieuwde procedure in eerste aanleg is. Het hof is van oordeel dat ook dit verweer niet slaagt nu het in beginsel mogelijk is dezelfde vordering opnieuw in te stellen, ook als deze is afgewezen en de incidentele vordering ex artikel 843a Rv kan worden ingesteld in elke stand van het geding. Bovendien wijkt de vordering in dit hoger beroep in zoverre van de incidentele vordering in eerste aanleg af dat Real Networks in eerste aanleg stelde dat haar belang daarbij gelegen was in het bekend worden met de identiteit van andere inbreukmakers

ten einde tegen deze te kunnen optreden, terwijl zij thans stelt dat zij de bewijsstukken nodig heeft ter onderbouwing van de gestelde auteursrechtinbreuk door [REDACTED]

Ad 4.

Ook dit verweer faalt. Naar het oordeel van het hof is voldoende duidelijk wat Real Networks vordert en op welke gronden. Voor zover [REDACTED] hiermee heeft bedoeld te betwisten dat Real Networks afgifte of inzage van "bepaalde bescheiden" vordert en sprake is van "fishing expedition", komt dat verweer hierna aan de orde.

Ad 5.

Voor toewijzing van een (incidentele) vordering ex artikel 843a Rv is geen spoedeisend belang vereist. In zoverre faalt dit verweer. Voor zover [REDACTED] hiermee de aanwezigheid van het voor toewijzing vereiste "rechtmatig belang" heeft willen betwisten, zal het hof dat verweer hierna bespreken.

De grondslagen van de incidentele vordering en de overige verweren

6. Ter onderbouwing van haar incidentele vordering in hoger beroep stelt Real Networks dat (aannemelijk is dat) [REDACTED] inbreuk heeft gemaakt op haar auteursrechten met betrekking tot haar software programma('s). Zij stelt daartoe dat

1. RealPlayer een auteursrechtelijk beschermd werk is,
2. Real Alternative onderdelen bevat die voor 100% zijn gekopieerd uit de Real Player software (namelijk de codecs en Rppugins) en
3. [REDACTED] de maker, dan wel de medemaker is van Real Alternative, althans Real Alternative of delen daarvan heeft geupload, althans Real Alternative van computers/servers toebehorend aan en/of in de invloedssfeer van [REDACTED] door derden is gedownload.

Zij vordert afgifte, althans inzage op de voet van artikel 843a Rv ten einde, ter ondersteuning van haar vordering in de hoofdzaak, haar stellingen, naar het hof begrijpt de stelling onder 3 (de betrokkenheid van [REDACTED] bij de inbreuk), nader te onderbouwen.

7. [REDACTED] betwist dat voldaan is aan de voor toewijzing van een vordering ex artikel 843a Rv, geldende vereisten van a.) een rechtmatig belang, b.) bescheiden *aangaande een rechtsbetrekking* waarbij Real Networks partij is en c.) *bepaalde* bescheiden.

Voorts stelt [REDACTED] de data bedrijfsgeheimen van zijn huidige en voorgaande werkgevers bevatten en dat de privacy van hem en derden wordt geschonden door inzage.

Criterium toewijzing vordering ex artikel 843a Rv

8. Op grond van artikel 843a Rv kan hij die daarbij rechtmatig belang heeft inzage, afschrift of uittreksel vorderen van bepaalde bescheiden *aangaande een rechtsbetrekking* waarbij hij partij is.

Bepaalde bescheiden

9. [REDACTED] betwist dat voldaan is aan het vereiste "bepaalde bescheiden", nu geen bepaalde specifieke stukken worden genoemd. Hij is van oordeel dat sprake is van een "fishing expedition".

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 26 oktober 2012, LJN: BW9244, na te hebben aangenomen dat er een redelijke grond is voor de veronderstelling dat er enige relevante stukken bestaan, overwogen:

“De vordering heeft betrekking op een onderwerp dat nauwkeurig is afgebakend door omschrijving van het dossier en het noemen van de bij de stukken betrokken personen en instanties.

Duurmee zijn de bescheiden waarvan afschrift wordt gevorderd voldoende concreet in de vordering aangewezen om te worden aangemerkt als ‘bepaald’ in de zin van art. 843a Rv. De omstandigheid dat de bescheiden niet individueel omschreven zijn doet hieraan niet af, nu zij A. niet bekend waren”.

Voldoende lijkt derhalve (thans) te zijn dat het bestaan van de bescheiden in voldoende mate vaststaat en dat de bescheiden, afhankelijk van de omstandigheden van het geval – waarbij het erom gaat wat in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van de verzoeker kan worden verlangd, waarbij in het bijzonder zijn (on)bekendheid met die bescheiden een rol speelt –, voldoende concreet zijn aangewezen en afgebakend, bijvoorbeeld naar onderwerp en personen.

In casu staat vast dat de gekopieerde bescheiden bestaan. Het gaat om op zoekterm en relevantie geselecteerde gegevens. Door het gebruik van de hiervoor genoemde zoektermen en het onderzoek op relevantie door de deurwaarder (met behulp van (een) ICT deskundige(n)) zijn de bescheiden waarvan afgifte/inzage wordt gevorderd afgebakend.

█ heeft gesteld dat sommige zoektermen betrekking hebben op een gehele website van hem en dat de zoekterm cook.dll ook voorkomt in een aantal legale afspeel- en bewerkingsprogramma's.

Nu █ niet betwist dat cook.dll ook voorkwam in Real Alternative, kan zijn stelling dat deze term ook voorkomt in bepaalde andere programma's onvoldoende afdoen aan het oordeel dat het hier om voldoende afgebakende relevante bescheiden gaat.

Nu Real Networks zelf stelt dat het bij de zoektermen

2. Codepack (dat had overigens waarschijnlijk codepack moeten zijn)

5. “server-bl.█.com”

11. “<http://home.hecnet.nl/h█/codepack.htm>”

12. “<http://mirrors.█.net>”

niet gaat om onderdelen van Real Alternative (maar om websites van █ of websites waarin de naam van █ voorkomt), zal het hof de gevorderde afgifte/inzage, in het licht van de vereisten “bepaalde bescheiden” en “rechtmatig belang”, in zoverre afwijzen. Voor zover op die websites bestanden stonden waarin de overige zoektermen voorkomen, zijn deze al op grond daarvan gekopieerd. Voor het overige zijn de bescheiden door voormelde selectie voldoende nauwkeurig afgebakend en omschreven.

Aangaande een rechtsbetrekking/rechtmatig belang

- Moet de gestelde rechtsbetrekking – in casu auteursrechtinbreuk – aannemelijk zijn? -

10. █ betwist dat aan de vereisten “rechtmatig belang” en “rechtsbetrekking” is voldaan omdat niet aannemelijk is dat de vordering in de hoofdzaak zal worden toegewezen; hij stelt, onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 14 november 1997, NJ 1998, 113 r.o. 3.4, dat het vereiste belang slechts aanwezig is als vaststaat of voldoende aannemelijk is dat in de hoofdzaak een vordering van gelijke strekking als de “provisionele”

vordering zal worden toegewezen. In dit verband betwist hij dat hij auteursrechtinbreuk heeft gemaakt en wijst hij erop dat de vordering in eerste aanleg is afgewezen. Voorts stelt hij dat Real Networks haar rechten ter zake heeft verwerkt.

11. Zoals hiervoor al is overwogen is geen sprake van een provisionele vordering en is in de hoofdzaak ook niet een vordering van gelijke strekking aan de orde, zodat de voor zo'n provisionele vordering geldende vereisten hier niet gelden.

12. Een verbintenis (uit onrechtmatige daad) wegens inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht geldt, zoals blijkt uit artikel 1019a Rv, maar ook voordien al werd aangenomen, als een rechtsbetrekking als bedoeld in artikel in artikel 843a Rv. De vraag rijst of voor toewijzing nodig is dat de gestelde (dreigende) inbreuk vaststaat of dat voldoende is dat deze (dreigende) inbreuk (in enige mate) aannemelijk is dan wel sprake is van een redelijk vermoeden of serieuze aanwijzingen van (dreigende) inbreuk dan wel deze (dreigende) inbreuk onderbouwd is gesteld. [REDACTED] stelt dat nodig is dat vaststaat of voldoende aannemelijk is dat er sprake is van inbreuk. Real Networks stelt dat niet vereist is dat de inbreuk vaststaat en dat voldoende is dat de bescheiden relevant zijn voor het onderbouwen van een niet op voorhand kansloze vordering, althans een voldoende onderbouwde vordering.

13. Artikel 1019a Rv is opgenomen ter implementatie van artikel 6, lid 1 eerste zin van de Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten – hierna: de handhavingrichtlijn. Voorts is daartoe aansluiting gezocht bij artikel 843a Rv. In artikel 6 van de handhavingrichtlijn is bepaald:

“De lidstaten dragen er zorg voor dat de bevoegde rechterlijke instanties op verzoek van de partij die redelijkerwijs beschikbaar bewijsmateriaal heeft overgelegd dat voldoende is om haar vorderingen te onderbouwen, en voor staving van haar vorderingen bewijsmateriaal heeft genoemd dat zich in de macht van de wederpartij bevindt, overlegging van dit bewijsmateriaal door de wederpartij kunnen gelasten, behoudens bescherming van vertrouwelijke informatie”.

In de Engelse tekst van dit artikel 6 wordt gesproken van *“reasonably available evidence sufficient to support”*.

Artikel 43 TRIPs vereist eveneens dat de verzoeker *“redelijkerwijs beschikbaar bewijsmateriaal heeft overgelegd dat voldoende is om haar vorderingen te onderbouwen”*.

In de memorie van toelichting op het wetsontwerp betreffende aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en andere wetten ter uitvoering van de handhavingrichtlijn is vermeld:

“Er moet dus sprake zijn van een reële vordering, waarbij een inbreuk voorshands voldoende aannemelijk is gemaakt en waarbij bijvoorbeeld de precieze aard of de omvang van de inbreuk niet kan worden vastgesteld zonder aanvullend bewijsmateriaal”.

(Kamerstukken II 2005/2006 30392 nr.3, pagina 18)

Wanneer voor toewijzing verlangd zou worden dat de vordering vaststaat, althans zodanig aannemelijk is dat zij in kort geding toewijsbaar zou zijn, lijkt dat niet verenigbaar met de strekking van de handhavingrichtlijn zoals vermeld in punt 20 van de considerans, dat ervoor moet worden gezorgd dat effectieve middelen voor het overleggen, verkrijgen en

beschermen van bewijsmateriaal beschikbaar zijn omdat het bewijs een uiterst belangrijk element voor de vaststelling van inbreuken op intellectuele eigendomsrechten is.

14. De wetgever heeft ervoor gekozen voor de implementatie aan te sluiten bij de toentertijd reeds bestaande regeling van artikel 843a Rv.

15. In de memorie van toelichting op het wetsvoorstel "Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden" (waarbij artikel 843a wordt vervangen door artikel 162a Rv) is vermeld:

"Het bestaan van een rechtsbetrekking hoeft nog niet in rechte vast te staan. Het al dan niet bestaan van een rechtsbetrekking en/of de inhoud en omvang daarvan kunnen juist de inzet van het (ophanden zijnde) geding zijn. De uitkomst daarvan is mede afhankelijk van de feiten die op dat moment vaak nog niet geheel helder zijn. Dat is precies de reden dat afschrift van bescheiden wordt verlangd. In voorkomend geval kan een gerechtelijke procedure zelfs geheel worden vermeden als de feiten helder zijn".

(Kamerstukken II 2011/2012 33079, nr. 3, pagina 9)

16. Gelet op het bovenstaande is het hof van oordeel dat voor toewijzing van een vordering ex artikel 843a Rv niet nodig is dat de inbreuk aannemelijk is, zoals geldt voor toewijzing in kort geding. Dat zou immers niet verenigbaar zijn met het uitgangspunt dat een vordering tot afgifte/inzage van bescheiden ook kan worden ingesteld ter vaststelling van inbreuk. Wel is degene die afgifte/inzage vordert, ook in het kader van het vereiste rechtmatig belang, gehouden redelijkerwijs beschikbaar bewijsmateriaal ter ondersteuning van zijn vordering over te leggen. Dat valt af te leiden uit artikel 6 van de handhavingsrichtlijn en geldt blijkens het bepaalde in lid 4 van artikel 843a Rv ook voor niet-IE-zaken. De omstandigheid dat de inbreukvordering in eerste aanleg is afgewezen en nog geen grieven zijn genomen acht het hof onvoldoende redenen om de incidentele vordering af te wijzen.

Naar het oordeel van het hof is in ieder geval voldoende voor toewijzing dat eiser zodanige concrete feiten en omstandigheden heeft aangevoerd dat daaruit, ook gelet op de betwisting door de wederpartij en de reactie daarop van eiser, een redelijk vermoeden van (dreigende) inbreuk kan volgen en dat de bescheiden waarvan afgifte of inzage wordt gevorderd van belang zijn voor het (nader) onderbouwen van de gestelde (dreigende) inbreuk en toewijzing van een daarop gebaseerde inbreukvordering.

17. Het hof merkt overigens op dat, gelet op artikel 6 handhavingsrichtlijn, het arrest van de Hoge Raad van 26 oktober 2012, LJN: BW9244 en zijn uitspraak (naar aanleiding van aan de Hoge Raad gestelde prejudiciële vragen over bewijsbeslag in niet-IE-zaken) van 13 september 2013 wellicht de lat nog lager moet worden gelegd en voldoende zou kunnen zijn dat de rechtsbetrekking onderbouwd is gesteld. Vergelijk de annotatoren T.S. Jansen (JOR 2013, 30) en E. Verhulp (NJ 2013, 220) bij het arrest van 26 oktober 2012, die komen tot de conclusie dat het vereiste van een rechtsbetrekking (vrijwel) geen zelfstandige betekenis meer heeft naast het vereiste dat de partij die afgifte of inzage vordert daarbij rechtmatig belang heeft.

18. Dit een en ander kan hier in het midden blijven nu het hof op de hierna te vermelden gronden van oordeel is dat sprake is van een redelijk vermoeden dat [REDACTED] inbreuk op de auteursrechten van Real Networks heeft gemaakt. Voorts is het hof van oordeel dat de

bescheiden waarvan afgifte/inzage wordt gevorderd, met uitzondering van de bescheiden geselecteerd op de in rechtsoverweging 9 genoemde zoektermen, van belang zijn voor het (nader) onderbouwen van die inbreuk, met name van de gestelde betrokkenheid van [REDACTED] bij deze inbreuk.

19. Zoals hiervoor in rechtsoverweging 6 aangeven voert Real Networks ter onderbouwing de gestelde auteursrechtinbreuk aan dat

1. RealPlayer een auteursrechtelijk beschermd werk is,
2. Real Alternative onderdelen bevat die voor 100% zijn gekopieerd uit de Real Player software (namelijk de codecs en Rplugins) en
3. [REDACTED] de maker, dan wel de medemaking is van Real Alternative, althans Real Alternative of delen daarvan heeft geupload, althans Real Alternative van computers/servers toebehorend aan en/of in de invloedssfeer van [REDACTED] door derden is gedownload.

20. [REDACTED] betwist dat

- a. Real Player een auteursrechtelijk beschermd werk is;
- b. dat hij (mede)maker is van Real Alternative of Real Alternative heeft geupload op één van zijn websites of vanaf een van zijn websites was te downloaden. Hij stelt dat hij uitsluitend op zijn websites een hyperlink heeft geplaatst naar websites van derden (zoals op onder meer de website onder www.freenet.de) waarop Real Alternative werd aangeboden als gratis te downloaden legale freeware. Hij stelt dat het enkel plaatsen van een hyperlink niet als openbaarmaken in de zin van de Auteurswet – hierna: Aw – kan worden gekwalificeerd, maar hooguit kan worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, waarvoor geen bewijsbeslag kan worden gelegd.

Voorts stelt hij dat Real Networks de ter onderbouwing van haar vordering aangevoerde grondslag dat [REDACTED] (mede)maker is van Real Alternative heeft prijsgegeven en beroept hij zich op rechtsverwerking.

21. Het hof merkt op dat [REDACTED] niet gemotiveerd betwist dat in Real Alternative codecs en Rplugins van RealPlayer zijn overgenomen. Zijn betwisting bij gebrek aan wetenschap acht het hof, gelet op de onderbouwing van deze stelling door Real Networks en mede in aanmerking nemende dat [REDACTED] blijkens zijn stellingen en zijn verklaring als getuige goed op de hoogte is van de onderhavige materie, onvoldoende.

22. Het hof zal eerst de verweren die los staan van de bescheiden waarvan afgifte/inzage wordt gevorderd, behandelen. Het slagen van die verweren zou er immers toe kunnen leiden dat een inbreukvordering al om die reden zou moeten worden afgewezen, met als gevolg dat Real Networks bij afgifte/inzage geen rechtmatig belang zou hebben. Het betreft het onder a vermelde verweer en het beroep op rechtsverwerking.

23. Wat betreft het verweer onder a volstaat [REDACTED] met het stellen van de vraag of sprake is van een auteursrechtelijk beschermd werk en het plaatsen van "vraagtekens bij het auteursrechtelijk beschermd zijn van de codecs".

Een computerprogramma komt voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking indien het een eigen oorspronkelijk karakter heeft (niet ontleend is) en het persoonlijk stempel van de maker draagt (een vorm heeft die het resultaat is van scheppende arbeid en dus van creatieve keuzes). Computerprogramma's worden ook uitdrukkelijk genoemd in artikel 10,

lid 1, onder 12 Aw, welke bepaling is toegevoegd ter voldoening aan Richtlijn 91/250/EEG, thans vervangen door de Richtlijn 2009/24/EG.

Real Networks heeft als productie 40b in hoger beroep een gecombineerde verklaring van Vice president en Deputy General Counsel Bill Way en software engineer Atul Puri overgelegd, waarin gemotiveerd wordt aangegeven dat met name de codecs het resultaat zijn van scheppende arbeid en van creatieve keuzes. Gelet op deze onderbouwing had het op de weg gelegen van [REDACTED] zijn verweer nader te onderbouwen. Nu hij dat heeft nagelaten gaat het hof daaraan als onvoldoende onderbouwd voorbij. Dit verweer faalt derhalve.

24. Het beroep op rechtsverwerking faalt eveneens. [REDACTED] stelt dat Real Networks de werkelijke openbaarmakers van Real Alternative reeds jarenlang heeft gedoozd en ongemocid heeft gelaten en dat Real Networks zelf delen van RealPlayer heeft vrijgegeven. Real Networks betwist dat haar gedogen kan worden verweten, stellende dat zij, voordat zij op het spoor van [REDACTED] kwam, de bron van Real Alternative niet kon achterhalen en dat na het verwijderen van de link van de website(s) van [REDACTED] er geen nieuwe releases van Real Alternative meer op internet zijn verschenen. Enkel stílzitten is bovendien onvoldoende om rechtsverwerking aan te nemen. Real Networks betwist dat zij heeft ingestemd met een statuswijziging van (onderdelen van) RealPlayer van auteursrechtelijk beschermd werk naar freeware. Zij betwist ook dat zij daartoe strekkende of aldus op te vatten uitingen heeft gedaan. Uit het door [REDACTED] in eerste aanleg als productie 11 overgelegde "advies" van [REDACTED], die volgens [REDACTED] toentertijd voor Real Networks werkte, kan instemming niet worden afgeleid. Nog daargelaten dat niet gesteld of gebleken is dat [REDACTED] bevoegdheid daartoe had, leest het hof hierin, zonder nadere toelichting die ontbreekt, geen toestemming of afstand. [REDACTED] richt zich tot gebruikers van Real Alternative met informatie over RealPlayer. Daaruit kan slechts worden afgeleid dat hij op de hoogte was van Real Alternative. Dat Real Networks daarvan op de hoogte was staat vast en is niet relevant, nu zij stelt dat het voor haar niet mogelijk was eerder op te treden wegens onbekendheid van de inbreukmakers. Dit probleem voor rechthebbenden die inbreuken op internet aantreffen is algemeen bekend, zeker bij gebruikers van "fora" als waarop dit bericht van [REDACTED] was geplaatst. Daaruit kan geen toestemming, afstand of gedogen door Real Networks worden afgeleid. Hetzelfde geldt voor het als productie 27 door [REDACTED] overgelegde bericht van River Past Corporation op internet, dat Real Networks delen van RealPlayer (helix) heeft vrijgegeven.

25. Het verweer van [REDACTED] dat Real Networks de, ter onderbouwing van haar vordering aangevoerde, grondslag dat [REDACTED] (mede)maker is van Real Alternative heeft prijsgegeven, behoeft in het kader van deze incidentele vordering geen behandeling. Aan de vereisten van artikel 843a Rv is ook voldaan voor zover Real Networks de gestelde auteursrechtinbreuk baseert op de stelling dat [REDACTED] Real Alternative of delen daarvan heeft geupload, althans Real Alternative van computers/servers toebehorend aan en/of in de invloedssfeer van [REDACTED] door derden is gedownload. [REDACTED] heeft niet betwist dat ook dan sprake is van auteursrechtinbreuk.

26. Gelet op het bovenstaande en het verweer, vermeld in rechtsoverweging 20 onder b dient thans nog de vraag te worden beantwoord of er een redelijk vermoeden is dat [REDACTED] Real Alternative kan hebben geupload op zijn website(s), dan wel Real Alternative kon worden gedownload van computers/servers toebehorend aan en/of in de invloedssfeer van [REDACTED]

27. Deze vraag dient naar het oordeel van het hof bevestigend te worden beantwoord, gelet op de volgende stellingen van Real Networks en de door haar overgelegde stukken, de daartegen gevoerde verweren in aanmerking nemende:

- Real Networks heeft vele op internet verschenen berichten overgelegd, waaruit valt af te leiden dat [REDACTED] op relevante wijze betrokken was bij Real Alternative als maker, "uploader", verspreider of aanbieder daarvan (zie met name de in hoger beroep overgelegde producties 45 tot en met 50, 53 tot en met 57 en 70 in hoger beroep). [REDACTED] betwist niet de authenticiteit van deze berichten op internet, maar stelt dat deze onjuist of niet relevant zijn;
- Real Networks stelt, onder overlegging van screenshots van mirror servers, waarbij de naam van [REDACTED] in de url is opgenomen en statistieken, dat in 2004 en 2005 honderdduizenden hits (waarbij Real Alternative zal zijn gedownload) op die mirror servers hebben plaatsgevonden (vergelijk producties 58 tot en met 64 en 71 in hoger beroep). [REDACTED] betwist niet dat zijn naam in de url van bedoelde mirrorservers voorkomt, maar stelt dat hij niets te maken heeft met de daarop geplaatste bestanden;
- Real Networks stelt, onder overlegging van het proces-verbaal van het op 19 maart 2012 gehouden getuigenverhoor (productie 69 in hoger beroep), dat ofwel [REDACTED] in staat was Real Alternative op de servers van freenet.de te plaatsen en daarvan te verwijderen, ofwel de rechter in eerste aanleg (bewust of onbewust) op het verkeerde been heeft gezet bij een door hem gegeven demonstratie. Dit laatste acht het hof voorshands juist. Uit bedoelde demonstratie heeft de rechter afgeleid dat Real Alternative tijdens de zitting "live" werd gedownload van de website www.freenet.de en daarop dus (door een ander buiten [REDACTED] om) beschikbaar werd gesteld. Zij verklaart immers: "(...) ik de indruk had dat ik naar een live website keek, zoals je gewoon op internet kijkt. In mijn beleving keek ik gewoon naar een website (...)". Het bestreden vonnis is mede gebaseerd op de vaststelling dat Real Alternative (buiten [REDACTED] om) op de server van freenet stond en kon worden gedownload. [REDACTED] betwist niet (langer) dat in de dagen voor en na de zitting Real Alternative niet van de website van www.freenet.de kon worden gedownload. Hij stelt in hoger beroep (en verklaart als getuige) dat het ging om een eerdere download/ een eerder opgenomen filmpje.
- Real Networks heeft bij pleidooi in hoger beroep gewezen op het bestaan van 3 (hyper)links (op websites) van [REDACTED] ([http://al.\[REDACTED\].com/klmcoeder.102.exe](http://al.[REDACTED].com/klmcoeder.102.exe), <http://codecpack.nl/realalt.160.exe>, <http://codecpack.nl/160light.exe>), waaraan een te downloaden bestand is verbonden en gesteld dat daardoor de bezoeker bij het aanklikken van de link direct uitkomt op de locatie van de website waar het bestand zich bevindt, hetgeen blijkt uit de toevoeging exe (executable) in de link. [REDACTED] betwist niet het bestaan van deze links en de gestelde betekenis van de toevoeging exe in het algemeen. Hij stelt echter dat er een htaces redirect (een soort doorverwijzing) is of kan worden gebruikt naar een bestand op een andere website (vergelijk het als productie 48 van [REDACTED] overgelegde rapport van FOX IT). Real Networks heeft gemotiveerd betwist dat [REDACTED] steeds gebruik heeft gemaakt van een htaces redirect, waarbij zij verwijst naar een eigen verklaring van [REDACTED] overgelegd als productie 6 bij de conclusie van antwoord, dat hij in het verleden gewone links had, zonder htaces redirect. Voorts ligt het naar het voorlopig oordeel van het hof niet voor de hand een bestand aan een link te verbinden en daarnaast een voorziening aan te brengen om via een doorverwijzing niet dat bestand van de desbetreffende website, maar van een andere website te laten downloaden, terwyl om dat te bereiken een enkele link zou volstaan. Gelet op het bovenstaande gaat het hof aan het verweer van [REDACTED] dat hij (steeds) een htaces redirect gebruikte als

onvoldoende onderbouwd voorbij.

Aan de stelling van [REDACTED] dat onmogelijk uit de beslagen bescheiden kan blijken dat, kort gezegd, [REDACTED] auteursrechtinbreuk heeft gepleegd, gaat het hof gelet op het bovenstaande en de gemotiveerde betwisting van die stelling door Real Networks, als onvoldoende onderbouwd voorbij. Niet gemotiveerd betwist is dat gegevens, na voormelde selectie van alle gekopieerde bescheiden (op een schijf met de grote capaciteit van 650 gigabyte) zijn opgeslagen.

28. Op grond van het bovenstaande is het hof van oordeel dat Real Networks rechtmatig belang heeft bij haar vordering en dat er sprake is van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarbij Real Networks partij is.

29. Ten slotte heeft [REDACTED] nog gesteld dat zijn data vertrouwelijke bedrijfsgegevens van derden (zijn vroegere en huidige werkgevers), ter bescherming waarvan hij geheimhoudingsverklaringen heeft getekend, en privégegevens van hem en derden bevatten. In het derde lid van artikel 1019a Rv is bepaald dat lid 4 van artikel 843a Rv niet van toepassing is. Daar is voorts bepaald dat de rechter de vordering afwijst voor zover de bescherming van vertrouwelijke informatie niet is gewaarborgd. [REDACTED] heeft niet concreet onderbouwd aangegeven welke (soort) vertrouwelijke informatie ten onrechte openbaar zou worden door de gevorderde afgifte/inzag. Nu hij op de hoogte is van de zoektermen waarop de beslagen bescheiden zijn geselecteerd en van de vermeende eventuele vertrouwelijke informatie, kon concretisering van hem gevergd worden. Nu hij dit heeft nagelaten, gaat het hof aan dit verweer als onvoldoende onderbouwd voorbij. Het bovenstaande geldt temeer nu de vordering slechts zal worden toegewezen voor zover het materiaal betreft dat geselecteerd is op zoektermen, die verwijzen naar bestanden die onderdeel zijn van Real Alternative.

30. Het in dit incident primair gevorderde zal derhalve worden toegewezen, met dien verstande dat het slechts zal worden toegewezen voor het materiaal geselecteerd op de zoektermen, vermeld in rechtsoverweging 1.7, onder 1, 3, 4 en 6 tot en met 10.

31. Daar voor de beslissing over de kostenveroordeling de beslissing in de hoofdzaak van belang kan zijn, zal het hof de beslissing daarover aanhouden.

Beslissing

Het gerechtshof:

In het incident

Bepaalt dat door de bewaarder aan Real Networks afschriften ter beschikking worden gesteld van de bescheiden die ingevolge voormeld bewijsbeslag, zoals gelegd door gerechtsdeurwaarder E.A. Dragstra zijn gekopieerd, voor zover deze zijn geselecteerd op de zoektermen

1. "REAL ALTERNATIVE"
3. Realalternative
4. Realalt201
6. "Rv40.dll"
7. "Cook.dll"
8. "Rppf3260.dll"

9. "Reef3260.dll"

10. Embd3260.dll"

verklaart dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

houdt de beslissing over de kosten van dit incident aan;

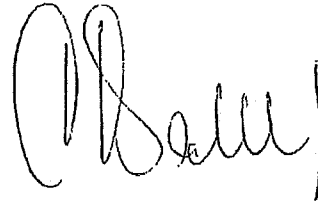
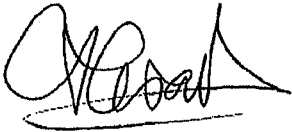
wijst de incidentele vordering voor het overige af;

in de hoofdzaak

verwijst de zaak naar de rol van 7 januari 2014 voor het indienen van de memorie van grieven aan de zijde van Real Networks;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.D. Kiers-Becking, M.Y. Bonneur en S.J. Schaafsma; het is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 29 oktober 2013 in aanwezigheid van de griffier.



Voor grosse aan:
Uitgegeven aan mr. D. Knottenbelt
Advocaat van app./geint.
De Griffier van het Gerechtshof
te Den Haag

Knottenbelt