

Kritische kanttekeningen bij conservatoire beslagen op software ex art. 28 Aw

Fulco Blokhuis*

Steeds vaker vragen rechthebbenden toestemming om beslag te leggen op inbreukmakende software die bij een derde staat; bijvoorbeeld een server met inbreukmakende p2p software, een gameserver of een website van een ondernemer verwickeld in een conflict, waarbij in alle gevallen de server bij een hostingprovider staat. Bij het leggen van het beslag gaat een website tijdelijk uit de lucht en is er sprake van bijvangst (materiaal waarop volgens het verlov geen beslag kan worden gelegd). De beslagsyllabus (v 2011)¹ schrijft voor dat er geen gelijktijdig conservatoir bewijsbeslag (art. 1019b-1019d Rv) en/of beslag tot afgifte bij derden (28 Auteurswet) gelegd kan worden. Toch is dit vaak wel het geval. Daarnaast wordt een beslag ex art. 28 Aw ook gebruikt om de waarborgen van het bewijsbeslag omtrent privacy te omzeilen. Al met al genoeg redenen om de beslagpraktijk ex art. 28 Aw eens goed tegen het licht te houden. In dit artikel zullen diverse vragen worden behandeld die een beslaglegger en Voorzieningenrechter (zouden) moeten beantwoorden om eventueel tot een rechtsgeldig beslag ex art. 28 Aw te kunnen komen; vragen over jurisdictie en toepasselijk recht, de vraag of software überhaupt kan worden beslagen, en de proportionaliteitstoets. Daarnaast bespreek ik aspecten bij een forensische kopie en wordt er een korte vergelijking gemaakt met het bewijsbeslag.

Casus

Een schets van een (realistische) casus:

Bij een hostingprovider staat in een datacenter op meerdere servers een website bestaande uit inbreukmakende werken, en dus software. De exploitant van de website is een derde, die al dan niet te identificeren is en in het buitenland verblijft. De servers zijn eigendom van (of geleased door) de hostingprovider. Op de servers draaien wellicht nog websites van derden, die op geen enkele wijze bij de inbreuk zijn betrokken. De hoster pleegt zelf geen inbreuk, aangezien er is voldaan aan de criteria van art. 6:196c lid 4 BW. De rechthebbende krijgt verlov van de Voorzieningenrechter om ex art 28 Aw jo art 700 Rv conservatoir beslag te leggen onder de hostingprovider, zonder dat deze gehoord is.² Dit verlov geeft de deurwaarder de mogelijkheid om dragers waarop inbreukmakende werken staan ter sequestratie in beslag te nemen. Nadat de deurwaarder, met assistentie van een IT-deskundige, heeft vastgesteld via welk ip-nummer de servers benaderbaar zijn, zal hij overgaan tot het loskoppelen van de servers van internet. Soms worden de servers onder stroom gehouden, maar meestal gebeurt dat niet. Alle software (en daarmee websites) die op de server draait is daarmee direct ontoegankelijk gemaakt. De servers worden vervolgens in bewaring gegeven, in sommige gevallen

aan de hostingprovider. De hostingprovider zal de servers dan niet kunnen gebruiken of kunnen aanwenden voor andere klanten. Dit plaatst de hostingprovider in een lastige positie. Wanneer het om een aanzienlijke hoeveelheid data en servers gaat (in verhouding tot het totale aantal servers in het datacenter), is de impact op de diverse bedrijfsvoeringen groot. De hoster kan de servers niet gebruiken voor andere doeleinden. De onderneming van de beslagene kan in het geheel lam gelegd worden. Derden kunnen niet bij hun data. Soms laat de deurwaarder een forensische kopie maken, waarmee de eigenlijk servers bij de hostingprovider blijven. De rechthebbende zal vervolgens een bodemprocedure³ starten, waarbij afgifte of vernietiging wordt gevorderd.

1. IPR

Allereerst dient beoordeeld te worden of de rechter rechtsmacht heeft. Daarbij dient in ogenschouw genomen te worden het verschil tussen de bevoegdheid van de rechter, bijvoorbeeld op grond van EEX-Vo (Verordening (EG) 44/2001) en de bevoegdheid om grensoverschrijdende veroordelingen uit te spreken, hetgeen bij bijvoorbeeld een beslag in de cloud het geval kan zijn.⁴

Daarna dient de vraag naar toepasselijk recht te worden behandeld. Art. 8 lid 1 Rome II Verordening⁵ geeft daarop het antwoord: het land waarvoor bescherming wordt ingeropen. Beide vanzelfsprekende vragen worden (helaas) vaak niet expliciet beantwoord in beslagrekestten, beschikkingen en vonnissen.

2. Roerende zaken

Vervolgens moet de vraag worden gesteld of beslag tot afgifte ex art. 28 wel een juridische grondslag biedt om beslag te leggen op software die zich op (de harde schijf van) een server van een derde bevindt?

* Mr. F. Blokhuis is advocaat bij Boekx Advocaten te Amsterdam.

1. Te vinden op rechtspraak.nl.
2. Conservatoir beslag is overigens niet noodzakelijk voor een vordering tot opeising of vernietiging ex art. 28 Aw. Hoewel 709 lid 3 Rv voorschrijft dat bij bewaring de beslagene of andere belanghebbenden gehoord moeten worden, tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden.
3. Afgifte van de servers kan in principe niet in kort geding, want dit leidt niet tot een constitutief vonnis.
4. Vrzr Rb. Leeuwarden 10 september 2010, Spinder III, IEPT 20100910.
5. Verordening (EG) nr. 864/2007 van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele

Een eventuele volgende vraag luidt: is een server aan te merken als materiaal of een werktuig dat voornamelijk is gebruikt bij de schepping of vervaardiging van deze zaken? Op grond van een grammaticale en wetshistorische interpretatie is het antwoord op beide vragen mijns inziens ontkennend. Wellicht biedt de teleologische interpretatie een oplossing.

2.1 Grammaticale analyse

Art. 28 dient om (verdere) inbreuken tegen te gaan. Het geeft de rechthebbende de mogelijkheid om (1) *roerende zaken* of (2) *materialen of werktuigen* die voornamelijk bij de schepping of vervaardiging van deze zaken zijn gebruikt in beslag te nemen en afgifte of vernietiging daarvan te vorderen. Het wordt daarom ook wel ‘quasi-revindicatie’ genoemd. Art. 28 wordt door Spoor/Verkade/Visser⁶ als een paardenmiddel aangeduid.

Artikel 28 lid 1. Het auteursrecht geeft aan de gerechtigde de bevoegdheid om roerende zaken, die geen registergoederen zijn en die in strijd met dat recht zijn openbaar gemaakt of een niet geoorloofde verveelvoudiging vormen of die materialen of werktuigen zijn die voornamelijk bij de schepping of vervaardiging van deze zaken zijn gebruikt, als zijn eigendom op te eisen dan wel onttrekking aan het verkeer, vernietiging of onbruikbaarmaking daarvan te vorderen. Teneinde tot vernietiging of onbruikbaarmaking over te gaan, kan de gerechtigde de afgifte van deze zaken vorderen.

Software een roerende zaak?

De vraag die voorligt is of software te kwalificeren is als een roerende zaak.

Volgens diverse uitspraken is software geen roerende zaak. Software kan op zichzelf niet worden aangemerkt als een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object en is dan ook geen zaak in de zin van art. 3:2 BW. Software bestaat uit computergegevens, en die zijn niet vatbaar voor inbeslagneming in traditionele zin. De server is niet een inbreukmakend werk, het is slechts (ten dele) een drager van een inbreukmakend werk.⁷ In het recente arrest Hulskamp – Beeldbrigade heeft de Hoge Raad de vraag of software een zaak is in het midden gelaten. Het hof oordeelde eerder in diezelfde zaak dat software géén zaak was.⁸ De AG Wuisman geeft in voornoemd arrest een lezenswaardig overzicht van diverse stromingen over dit debat en maakt ook een vergelijking met elektriciteit.

Art. 28 biedt niet een bevoegdheid om vernietiging te vorderen van objecten die geen roerende zaken zijn. Als software geen roerende zaak is, biedt art. 28 dus niet de mogelijkheid om onttrekking aan het verkeer van software vorderen. De gedachte dat er wel onttrekking van het verkeer kan worden gevorderd van ongeoorloofde verveelvoudigingen die zich bevinden op een drager (zaak), is mijns inziens onjuist voorzover die onttrekking ziet op de software en niet op roerende zaken. De ongeoorloofde verveelvoudiging moet volgens de tekst van art. 28 een roerende zaak vormen. Dit wordt onderstreept door de beslagsyllabus (v2011) waarin is opgenomen dat er alleen beslag tot afgifte op stoffelijke voorwerpen en roerende zaken kan worden gelegd. Desalniettemin wordt er in de praktijk regelmatig beslag op een drager gelegd, waarop het inbreukmakende werk staat. Een taalkundige uitleg van art. 28 biedt die mogelijkheid echter niet.

2.2 Wetgeschiedenis

Laten we eens wat nader kijken naar de wetgeschiedenis. Het begrip ‘roerende zaken’ is bij de wetwijzigingen in 2004 (Auteursrechtrichtlijn 2001/29/EG) en 2007 (Handhavingsrichtlijn 2004/48/EG) niet gewijzigd of aangevuld. De Handhavingsrichtlijn spreekt echter over ‘goederen’.⁹ Heeft de wetgever de Handhavingsrichtlijn dan wel correct geïmplementeerd? Voor het antwoord op die vraag is van belang of software een goed kan zijn. De heersende leer is dat software geen vermogensrecht is. De intellectuele eigendomsrechten die op software rusten zijn vermogensrechten en daarmee goederen. Men moet echter een onderscheid maken tussen het object software en de rechten die daarop rusten. Aangezien software geen goed is, maakt het voor deze analyse niet meer uit of de Handhavingsrichtlijn correct is geïmplementeerd.

Terzijde merk ik daar toch nog het volgende over op. De Raad van State merkte bij implementatie van de Handhavingsrichtlijn op dat ‘het niet geheel duidelijk is of de richtlijn met de term goederen hetzelfde bedoelt als het Nederlandse Burgerlijk Wetboek’. *Het begrip «zaken» is echter enger dan het in de richtlijn in artikel 8, eerste lid, genoemde begrip «goederen of diensten» (artikel 3:2 BW)*.¹⁰ Op advies van de Raad van State is de term goederen zoveel mogelijk als meest ruime term in de implementatiewetgeving aangehouden. Aanvankelijk stond in het wetsvoorstel van art. 28 lid 9 Aw het begrip ‘zaken.’ Op advies van de Raad van State is het begrip ‘zaken’ vervolgens gewijzigd in ‘goederen of diensten’. In de Memorie van Toelichting¹¹ staat dat implementatie niet nodig is, omdat art. 28 Aw al voorziet in ‘*de opeising van en beslag op inbreukmakende goederen in geval van inbreuk op een auteursrecht.*’ Die opmerking is opvallend, omdat de tekst van art. 28 Aw zag op roerende zaken. Daar komt nog bij dat in de Memorie van Toelichting bij de implementatie van artikel 9 lid 2 Handhavingsrichtlijn over ‘roerende en onroerende zaken’ wordt gesproken.¹² Tijdens de implementatie van de Handhavingsrichtlijn werd vermoedelijk te weinig aandacht geschonken aan de juiste terminologie omtrent zaken of goederen.

Onderscheid roerende zaken en documenten

Art. 28 lid 1 kent geen onderscheid tussen roerende zaken en documenten. Bij de implementatie van het bewijsbeslag werd in de wet wel een scherp onderscheid gemaakt tussen roerende zaken en documenten. Art. 1019b Rv schept de mogelijkheid om, naast roerende zaken en werktuigen,

verbintenissen (Rome II).

6. Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* 2005, 11.33, p. 521.
7. Feitelijk is alleen de harde schijf in de server de drager.
8. HR 27 april 2004, *LJN* BV1301, (Hulskamp – Beeldbrigade), waarin de Hoge Raad de vraag of software een zaak is in het midden werd gelaten. De AG stelde in de conclusie dat software een aan een roerende zaak gelijk te stellen object was. Zie verder *LJN* BM6320 r.o. 4.6 Vr. Rb. Arnhem 3 april 2008, (Roo de Roos), *LJN* BC 9312, IEPT 20080403; Vr. Rb. Haarlem 8 januari 2010, IEPT20100108 (Silver Holding ea vs Siemens).
9. Zie ondermeer overweging 24 en art. 9 lid 1 sub b en art. 10 lid 1.
10. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 392, nr. 4.
11. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 392, nr. 3 (MvT).
12. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 392, nr. 3, 4.2 (MvT).

ook conservatoir beslag op documenten te leggen. En in art. 1019a lid 2 Rv wordt een koppeling gemaakt met art. 843a Rv. Dit laatste artikel gebruikt de term 'bescheiden'. Uit de Memorie van Toelichting bij art. 843a Rv blijkt dat onder bescheiden tevens op een gegevensdrager aangebrachte gegevens wordt verstaan.¹³ Documenten kunnen ook digitale bescheiden en dus ook software betreffen, zo volgt ondermeer uit de uitspraken Horren.com/Interhor¹⁴, Reprise - Ferring¹⁵ en Spinder III.¹⁶

Een wetshistorische uitleg van art. 28 biedt dus ook niet de mogelijkheid om beslag te leggen op software, niet zijnde de gegevensdrager.

Rechtspraak

De rechtspraak is niet eenduidig.¹⁷ Rechtbank Haarlem heeft in meerdere (niet gepubliceerde) beschikkingen en in de Silver-Siemens uitspraak¹⁸ aangegeven dat er wel conservatoir beslag tot afgifte van servers of pc's kan worden gelegd, die drager zijn van inbreukmakende software. In de Silver-Siemens zaak draaide de software op servers of pc's, die geen eigendom waren van de inbreukmaker.¹⁹ De vraag of er vernietiging of onttrekking aan het verkeer van software kon worden gevorderd kwam daarbij niet aan de orde, omdat het slechts ging om vordering tot opheffing beslag onder een derde.

In de Roode Roos²⁰ werd bewijsbeslag op bestanden op een server bij een derde op grond van art. 444a Rv (binnentreden) niet toegestaan door Rechtbank Arnhem. In die zaak had verzoekster zelf aangegeven dat elektronische bestanden geen zaken zijn.

2.3 Werktuigen

Ook kan worden beargumenteerd dat de server het werktuig is waarmee de inbreukmakende zaak is gecreëerd. Spoor/Verkade/Visser stellen – naar mijn mening volkomen terecht – dat het voor hun duidelijk is dat art. 28 niet kan worden gebruikt voor fotokopieerapparaten, drukpers of pc's.²¹ Servers noemen zij niet, maar die passen zo in dat rijtje. Desalniettemin wijst de praktijk uit dat er wel beslag op pc's of servers wordt gelegd, alhoewel er daarbij niet wordt gemotiveerd of het wel of niet om een productiemiddel gaat.

Wetshistorie en uitwerking

Sinds 1989 biedt de wet de mogelijkheid om beslag te leggen op de productiemiddelen/werktuigen. Er moet voldoende verband zijn tussen het productiemiddelen en de inbreuk. In de Memorie van Toelichting werd dit als volgt beargumenteerd:²²

(...) De voorstellen tot wijziging van het eerste lid van artikel 28 strekken ertoe de in dit artikel voorziene beslagregeling uit te breiden en te verbeteren. Naast beslag op de in strijd met het auteursrecht openbaar gemaakte voorwerpen of op ongeoorloofde vervoer- en verspreidingsmiddelen wordt voorgesteld ook het beslag op de productiemiddelen mogelijk te maken. Een dergelijk beslag is zeer effectief, aangezien daarmee de fabricage van illegale producten kan worden stopgezet.(...)

Met de implementatie van de Handhavingsrichtlijn in 2007 werd lid 1 gewijzigd.²³ Productiemiddelen werden vervangen door materialen of werktuigen. In art. 46 van het TRIPS-Verdrag²⁴ staat een aanduiding wat met deze middelen bedoeld zou moeten worden

(...) The judicial authorities shall also have the authority to order that materials and implements the predominant use of which has been in the creation of the infringing good (...)

De mogelijkheid heeft als doel materialen of werktuigen aan het verkeer te onttrekken, die hoofdzakelijk gebruikt zijn bij de productie van zaken, zodat er geen nieuwe inbreukmakende werken kunnen worden gemaakt. De maatregel moet dus effectief zijn. De mogelijkheid lijkt niet bestemd te zijn voor hardware, zoals pc's of servers. Ter ondersteuning daarvan kan nog het volgende worden aangevoerd:

1. Omdat art 28 voorschrijft dat het werktuig alleen ziet op vervaardiging van roerende zaken en software geen roerende zaak is, biedt het op basis van de voorgaande analyse geen mogelijkheid voor beslag op software.
2. De software is meestal elders vervaardigd, niet door de derde hostingprovider en meestal ook niet hoofdzakelijk²⁵ met de server, maar op een lokale pc.
3. Het is zeer de vraag of beslag op een server effectief zal zijn, in die zin voege dat het de fabricage van inbreukmakende werken zal stoppen. Meestal zijn de servers zo opgezet, dat er bij uitval van de ene een andere server de functie overneemt. De inbreukmaker zal zeer waarschijnlijk een back-up hebben of de website op diverse servers op meerdere locaties hebben staan, en het werk op iedere pc of server kunnen vervaardigen. Het beslag leidt er meestal niet toe dat de fabricage of inbreuk wordt stopgezet (tenzij in het geval dat alle data op de beslagen servers stond).

2.4 Teleologische interpretatie

Naast de grammaticale en wetshistorische interpretatie, is er natuurlijk ook nog de sociologische en teleologische interpretatie om tot een juridisch antwoord te komen op de vraag of software kan worden beslagen. 'Ook het maatschappelijk gebeuren is een factor bij de rechtsvinding,' zo schreef Paul

13. MvT, Parl. Gesch. Herz. Rv, p. 553.
14. Rb. Den Haag 24 augustus 2009, Horren.com/Interhor IEPT 20090824.
15. Vzgr Rb Haarlem, 28 juli 2011, Reprise-Ferring, IEPT20110728.
16. Vrgr Rb. Leeuwarden 10 september 2010, Spinder III, IEPT 20100910.
17. Omdat er niet vaak geprocedeerd wordt door de beslagene – er moet immers aangetoond worden dat de vordering van eiser summierlijk ondeugdelijk is – is er relatief weinig jurisprudentie bekend in verhouding tot het aantal beslagen.
18. Vrgr. Rb. Haarlem 8 januari 2010, Silver Holding ea vs Siemens, IEPT 20100108.
19. Opeising en vernietiging kan gevorderd worden bij een ieder die feitelijk en juridisch tot afgifte in staat is.
20. Vzgr Rb Arnhem, 3 april 2008, De Roode Roos v De Rooij, IEPT 20080403.
21. Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht 2005*, 11.29, p. 518.
22. *Kamerstukken II 1986/87*, nr 19 921 – 3, onderdeel F, p. 10.
23. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 482, nr. 3.
24. Art. 46 TRIPS heeft geen rechtstreekse werking, maar nationale regels dienen te worden uitgelegd in het licht van de bewoordingen en het doel van dit artikel. HvJ EU 14 december 2000 C-300/98 en C-392/98 (Dior v Tuk).
25. Dit verwijst naar predominant van art. 46 TRIPS.

Scholten al.²⁶ Maakt dat beslag op software die zich op een server bevindt mogelijk? De praktijk wijst voorzichtig uit dat dat kan. Het is te betreuren dat de wetgever die praktijk niet heeft gecodificeerd in 2004 en 2007 (waaruit ook meteen een tegenargument kan worden afgeleid). Ik vrees dat praktijk een gevolg is van de gewoonte om beslag te leggen op CD's als gegevensdragers (en roerende zaken), waarbij er redelijk gemakkelijk is overgestapt naar pc's, laptops en servers. Je kan software niet beslaan, maar wel de drager en dus vorder je onttrekking of vernietiging van de drager. Dat gaat bij een server van een derde wel erg ver.

Bij een hoster is er een losse zakelijke band met de inbreukmaker, waar soms nog meerdere resellers tussen zitten. Anderzijds is er ook een steeds lossere verband tussen de roerende zaak (server/harde schijf) en de ongeoorloofde veeleenvoudiging (software). Daarbij moet in ogenschouw worden genomen dat er bij een beslag op een server of harde schijf bijna altijd bijvangst wordt beslagen. Dit moet worden gescheiden van het object waarvoor verlop is verleend. Dit alles maakt dat het gewenst is de rechtspraak om op beslag te leggen op een server als drager van inbreukmakende software eens kritische beschouwen.

Als de rechter meent dat de software op de server op enigerlei wijze kan worden beslagen, komen wij toe aan de proportionaliteitsafweging.

3. Proportionaliteitstoets

Bij de wetwijziging in 2007 ter implementatie van de Handhavingsrichtlijn 2004/48/EG is de proportionaliteitstoets in art. 28 lid 8 Aw opgenomen. De rechter moet rekening houden met de noodzakelijke evenredigheid tussen de ernst van de inbreuk en de gevorderde maatregelen en met de belangen van derden (Art. 28 lid 8/art. 46 TRIPS-Verdrag). Ook de beslag syllabus (2011) schrijft voor dat de verzoeker in het verzoekschrift gemotiveerd moet aangegeven waarom het beslag nodig is alsmede waarom voor dat middel gekozen is, en of uit het oogpunt van subsidiariteit, geen minder bezwarend beslagobject mogelijk is. Ik noem enkele elementen die bij deze belangenafweging betrokken zouden moeten worden.

1. Is een ex parte, kort geding of notice and takedown mogelijk, dan zal dat de voorkeur moeten hebben, want die middelen zijn (meestal) minder ingrijpend dan een conservatoir beslag tot onttrekking.
2. Het beslag tot afgifte leidt, gezien het wegnemen van de servers en de daaropvolgende opslag bij een gerechtelijk bewaarder, totodeloze schade voor de hostingprovider en diens (niet inbreukmakende) klanten. De hostingprovider kan immers niet meer over haar hardware beschikken en de klanten (en diens gebruikers) niet meer over de data die op de beslagen server staat. Bij meer omvangrijke beslagleggingen zijn de gevolgen daarvan zonder twijfel bijzonder ernstig te noemen.²⁷ Diverse partijen kunnen plotseiling niet meer bij de gewenste data.
3. Als het inbreukmakende werk eenvoudig kan worden gescheiden van niet inbreukmakende werken, dan zal dit in de veroordeling/beschikking besloten moeten liggen, zo volgt uit een arrest uit 1982.²⁸ Bij een DVD of CD kan er geen sprake van scheiding van drager en werk, maar bij een herschrijfbaar drager (geheugenkaarten, harde schijven, servers, etc.) kan dit wel.

4. In het verlengde daarvan ligt de afweging over mogelijke bijvangst, te weten niet inbreukmakend materiaal dat zich op de server bevindt, waarvoor dus geen verlop kan worden gevraagd. Een harde schijf (in pc of server) bevat namelijk zoveel meer dan alleen een inbreukmakend werk. De bijvangst wordt door het beslag offline wordt gehaald, waardoor websites niet meer toegankelijk zijn of niet meer naar behoren functioneren. Het is van belang dat de beslaglegger zich hiervan een beeld verschaft en de rechter daaromtrent voorlicht. Zo is het aan te raden om een reverse ip onderzoek te doen, waardoor kan worden vastgesteld dat er op de betreffende IP-adressen geen andere websites of internet-diensten bevinden.
5. De hostingprovider wordt meestal – mijns inziens ten onrechte - niet opgeroepen om te worden gehoord. Een hostingprovider kan aangeven om hoeveel servers en data het ongeveer gaat.
6. Het is niet proportioneel om vernietiging of onttrekking van een server te vorderen, indien deze aan een derde toebehoort, hetgeen bij hosting vaak het geval zal zijn.²⁹
7. De hostingprovider is een tussenpersoon die mogelijk haar eigendom van de servers verliest, waarbij het maar zeer de vraag is of zij daarvoor gecompenseerd zal worden. Daarbij is ook van belang dat lid 4 van art. 28 Aw bepaalt dat de gedaagde (dus niet de derde beslagene) opdraait voor de kosten. Op grond van art. 28 kan een rechthebbende vorderen dat hij eigenaar wordt van de servers van een derde, zoals een hostingprovider, zonder dat die hostingprovider daarvoor door de eiser gecompenseerd mag worden. De kosten moeten door de gedaagde worden gedragen, maar die is niet altijd te traceren. De regeling zou ruimte bieden voor een afwijkende regeling.³⁰
8. Een hostingprovider zal in beginsel te goeder trouw zijn en niet onrechtmatig handelen jegens de beslaglegger, indien er voldaan is aan de criteria van art. 6:196c lid 4 BW.
9. Naast privacy (8 EVRM en 7 Handvest van de grondrechten van de EU) moet ook de vrijheid van communicatie (10 EVRM en 11 Handvest) worden getoetst. Het in art. 16 Handvest genoemde grondrecht vrijheid van ondernemerschap van de hostingprovider moet daarbij ook worden meegewogen.³¹ Ook het recht op ongestoorde genot van eigendom (art. 1 Eerste Protocol EVRM) weegt mee.

26. Asser-Scholten, (Algemeen Deel) 1974.

27. Voor een extreem voorbeeld wordt verwezen naar het strafrechtelijk beslag dat de Amerikaanse overheid op meer dan 1000 servers onder hosting provider Carpathia legde in de MegaUpload zaak. http://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2012/03/mpaamegaupload1.pdf.

28. Zie o.m. Gerechtshof Amsterdam 15 juli 1982, BIE 1984, nr. 96, p. 325 (Dievenklauwen met montagevoorschriften).

29. De server hoeft geen eigendom te zijn van de hoster. Soms is de server eigendom van de klant, maar de server kan ook door de hoster geleased zijn van een leverancier.

30. Verkade, 2009, (T&C IE) art. 28 lid 4, aant 6.

31. Zie ook HvJ 24 november 2011, zaak C-70/10 (Scarlet Extended/Sabam) ovv 46-53.

10. Tenslotte moet ook de belangenafweging van het Promusicae-arrest³² in gedachten gehouden worden, aangezien de rechthebbende beschikking kan krijgen over vertrouwelijke informatie.

4. Forensische kopie

Op grond van de subsidiariteitafweging wordt er vaak door een IT-deskundige een forensische kopie gemaakt van de data op de server (indien technisch mogelijk). Dit heeft meestal het minste impact op de bedrijfsvoering van de hoster. Bij een art. 28 beslag zou het maken van een kopie in principe niet kunnen. De wet geeft daartoe geen expliciete mogelijkheid. Bovendien is dan de vraag wat er met het originele werk zou moeten gebeuren. Moet dit al direct vernietigd worden? Daar is nog geen grondslag voor, want het beslag is nog slechts conservatoir. Daarnaast wordt er dan zeer waarschijnlijk bijvangst vernietigd. Als de forensische kopie later wordt teruggezet (in plaats van het origineel) dan kan dat verlies van data en continuïteitsproblemen geven. Maar wat gebeurt er exact wanneer er een kopie (verveelvoudiging) wordt gemaakt op een nieuwe drager? Die nieuwe drager wordt vervolgens in beslag genomen. Vervolgens wordt er onttrekking gevorderd van de drager, want dat is de roerende zaak. Het doel is echter onttrekking van de software te vorderen, maar art. 28 Aw geeft alleen het recht om onttrekking van een drager te vorderen. Daarmee voelt de constructie gekunsteld aan. Hier ligt een taak voor de wetgever.

5. Vertrouwelijkheid bij gelijktijdig bewijsbeslag

Tot slot nog enkele opmerkingen omtrent een belangrijk verschil met het bewijsbeslag. Een beslag ex art. 28 Aw is met minder wettelijke waarborgen omkleed (bijvoorbeeld omtrent privacy en vertrouwelijke informatie) dan een bewijsbeslag op grond van art. 1019 b lid 4 Rv.³³ Een bewijsbeslag wordt over het algemeen ook niet gelegd op een hele voorraad inbreukmakende goederen, maar slechts op enkele goederen. Soms wordt volstaan met een kopie of beschrijving. Alhoewel in de beslagsyllabus (v 2011) is opgenomen dat een verzoek tot bewijsbeslag in combinatie met een conservatoir beslag tot afgifte in beginsel niet kan worden toegewezen, gebeurt dat toch met enige regelmaat. Wanneer er toch tegelijkertijd een 28 Aw en 1019b Rv beslag wordt gelegd, roept dit allerlei vragen op. Beide middelen dienen immers een ander doel.

Allereerst dient uitgebreid gemotiveerd te worden waarom beide middelen nodig zijn en op welke objecten ze exact zien. Er moet dan strikt worden vastgelegd in het verlov en het proces-verbaal welke objecten ex art. 28 en welke objecten volgens het regime van het bewijsbeslag worden beslagen. De administratie zal immers niet op grond van art. 28 Aw, maar wel op grond van art. 1019b Rv kunnen worden beslagen.

Indien er verlov wordt gekregen om exact dezelfde objecten te beslaan op grond van 28 Aw en 1019b Rv ev. is het mijns inziens vanzelfsprekend dat de waarborgen omtrent vertrouwelijkheid, die er voor het bewijsbeslag gelden, gelden voor alle beslagen objecten. Het kan niet zo zijn dat een deel als bewijs wordt beslagen, maar een groter deel op grond van art. 28, waarvoor dan geen privacy waarborgen gelden. Omdat er minder waarborgen zijn worden de ex art. 28 beslagen ook gebruikt (of misbruikt) om vertrouwelijke infor-

matie te vergaren omtrent de omvang van de inbreuk en herkomst. Daarmee gebruikt beslaglegger art. 28 Aw de facto als een hengel voor de *fishing expedition*. Daar is art. 28 niet voor bedoeld.

6. Conclusie

De beslaglegger en Voorzieningenrechter dienen zich goede rekenschap te geven van de exacte werking (en beperkingen) van art. 28 Aw, de proportionaliteit van het beslag en de verschillende belangen, o.a. die van de beslagene, de derde-beslagene en derden die informatie op de server hebben staan.³⁴ Als software geen roerende zaak is, biedt art. 28 Aw de rechthebbende niet de mogelijkheid om een vordering in te stellen tot onttrekking van het verkeer van software. Als software wel een zaak is, of als de wet ruimer moet worden geïnterpreteerd, zou software (en de drager) wel beslagen kunnen worden. In ieder geval moet er kritisch gekeken worden naar de afweging op grond van proportionaliteit en subsidiariteit. De belangen van de betrokken derden moeten daarbij zorgvuldig worden meegewogen. Bovendien moet er gemotiveerd worden waarom er gekozen is voor een dergelijk beslag. De mogelijkheden die een ex-parte, kort geding of *notice and takedown* bieden zullen in veel gevallen minder ingrijpend zijn voor beslagenen en derden. Deze middelen kunnen voor de beslaglegger tot een vergelijkbaar resultaat leiden. Gelijktijdig beslag ex art 28 Aw en 1019 b Rv moet uitgebreid gemotiveerd worden, waarom dit beide wenselijk is en op welke objecten welk rechtsmiddel ziet. Bij een beslag enkel op grond van art 28 Aw dient er gewaakt te worden voor een *fishing expedition*. Al met al genoeg stof om er een zaak over te beginnen.

32. HvJ EU 29 januari 2008, nr. C-275/06.

33. Zie G. van der Wal, F. van Schaik, 'Handhavingsinstrumenten in het intellectuele eigendomsrecht: het op de loer liggende risico's van 'fishing expeditions' vergt kritische rechterlijke toetsing', *IER* 2009, 27.

34. Zie ook de aanbeveling uit het rapport, waarin wordt gepleit om de waarborgen voor de beslagene te versterken M. Meijns, A.W. Jongbloed, 'Conservatoir beslag in Nederland: Zekerheid en pressiemiddel', Sdu Uitgevers: Research Memoranda / Raad voor de Rechtspraak, Volume: 2 (2010), p. 102.