

De grensoverschrijdende inbreuk

Daad, plaats en norm na *Football Dataco & Pinckney*

Het corpus uitspraken van het Hof van Justitie EU over grensoverschrijdende inbreuken op intellectuele eigendomsrechten groeit gestaag. Maar een werkelijk samenhangend antwoord op de vraag welke rechter bevoegd is en welk recht toepasselijk is valt nog niet te bespeuren. De arresten *Football Dataco* en *Pinckney* – de eersten over databankenrecht en auteursrecht inbreuk op internet – getuigen van twee verschillende benaderingen. Een materieelrechtelijke bij *Football Dataco*, in het voetspoor van merkinbreukzaak *L'Oréal/eBay*. En een meer traditionele internationaal privaatrechtelijke aanpak bij *Pinckney*, in de lijn van *Wintersteiger*. Waar gaat het Hof heen?

M.M.M. van Eechoud
Prof. mr. M.M.M. van Eechoud is hoogleraar Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam (IViR).

Het internationaal privaatrecht is verkeersregelaar op drie terreinen. Welk nationaal recht beheerst een grensoverschrijdende civielrechtelijke rechtsverhouding (conflictenrecht)? Welke rechter is bevoegd daarover te beslissen (rechtsmacht)? Wanneer en hoe kan zo'n rechterlijke beslissing in het buitenland worden erkend (erkenning en executie)?

In deze bijdrage passeert een aantal recente zaken de revue waarin nationale rechters van het Hof van Justitie uitleg vroegen over de interpretatie van rechtsmachtregels bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten. In het bijzonder gaat het om de vraag waar een inbreuk gelokaliseerd moet worden als er communicatie via internet plaatsvindt. Waar staan we na *Football Dataco* en *Pinckney*? In het eerste arrest lijkt het Hof van Justitie de plaats van inbreuk vast te stellen door in detail te kijken naar begrippen uit de Databankrichtlijn. Bij de interpretatie van die materieelrechtelijke begrippen zoekt het Hof aansluiting bij de ratio van het databankenrecht, en dat werkt weer door in het de internationaal privaatrechtelijke lokalisatievraag.

Ik vergelijk *Football Dataco* met de in IE-literatuur veelbesproken zaken *L'Oréal/eBay* en vooral met *Wintersteiger*. In beide zaken is merkinbreuk op internet aan de orde. In *L'Oréal* concentreert de uitleg van het Hof zich op materieel merkenrecht. Daarin doet de zaak aan *Football Dataco* denken. *Wintersteiger* echter getuigt van een meer klassiek-

internationaal privaatrechtelijke benadering, waarbij voor aanknopingspunt juist niet naar het materiële nationale recht wordt gekeken. Beide zaken verwijzen naar *Pammer & Alpenhof*, een IPR-zaak waarin het Hof uitlegde hoe de speciale rechtsmachtregels voor consumentenovereenkomsten toegepast moeten worden bij zaken doen op internet.

Het recente *Pinckney* zit ook meer in de traditioneel internationaal privaatrechtelijke hoek. In dit arrest stelt het Hof de plaats waar bescherming wordt gezocht (het *forum protectionis*) gelijk aan de plaats van inbreuk, een klassieke aanknopingspunt voor rechtsmacht bij onrechtmatige daden. Dat blijft bij inbreuk op internet problematisch, waarover later meer. Tot aan *Pinckney* was *Painer* (2011) de enige auteursrechtzaak waarin het Hof van Justitie zich uitsprak over rechtsmacht. Specifiek ging het daar om de vraag wanneer inbreukvorderingen tegen verweerders uit verschillende landen geconsolideerd kunnen worden met een beroep op artikel 6(1) EEX-Vo. Voor dat aspect verwijs ik naar mijn eerdere noot bij het arrest.¹

In eigen land zien we overigens ook de twee contrasterende benaderingen van het HvJ. In *Thuiskopie/Opus* volgt de Hoge Raad – op aanwijzen van het Hof van Justitie – een materieelrechtelijk spoor. Het arrest *H&M/G-Star* getuigt daarentegen van een meer traditioneel feitelijk-geografische aanknopingspunt.

¹ HvJ EU 1 december 2011, zaak C145/10, AMI 2011/2, nr. 6 m.nt. M.M.M. van Eechoud (*Painer/Standard Verlags*). Zie ook de rectificatie van 7 maart 2013

(C145/10 REC) waarin het HvJ EU het oordeel beperkt tot 'portretfotografie' (in het oorspronkelijke arrest is sprake van 'fotografie').

Auteursrecht gaat mainstream IPR

Internationaal privaatrecht is geen dagelijkse kost voor de meeste AMI-lezers. Voordat we de rechtspraak in duiken, breng ik daarom kort in herinnering wat de belangrijkste IPR-instrumenten en regels zijn, en hoe lokalisatie van onrechtmatige daden gebeurt. Bij wijze van achtergrond is het ook nuttig om even stil te staan bij de vraag waarom er sinds de jaren negentig een groeiend aantal internationaal privaatrechtelijke uitspraken is in auteursrecht- en andere IE-zaken. Internet is daar natuurlijk een factor in omdat het een grensoverschrijdend communicatiemiddel is. Maar ook intellectuele-eigendomsrechtjuristen, in zowel praktijk als academie, zijn zich meer voor internationaal privaatrecht gaan interesseren.

Van oudsher bemoeiden academische beoefenaars van het internationaal privaatrecht zich nauwelijks met intellectuele eigendom en vice versa. IE stond en staat bekend als een specialistisch terrein waar bovendien al veel geregeld is in de vorm van multilaterale verdragen. Daarin is het territoriale karakter van intellectuele eigendomsrechten een centraal beginsel, net als in het Europees intellectueel eigendomsrecht. Maar territorialiteit blijkt een glibberig begrip met meerdere dimensies.² Het laat zich niet makkelijk vertalen in internationaalprivaatrechtelijke aanknopingsfactoren. Dat zien we terug in de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Als we de definitieve doorbraak van de scheiding tussen de disciplines internationaal privaatrecht en internationaal intellectueel eigendomsrecht moeten dateren, komen we op zo'n tien jaar geleden. Het rumoer dat *GAT/LuK* en *Roche/Primus*³ veroorzaakte in kringen van Europese octrooijuristen drong door tot aanpalende IE-gebieden. In Nederland verschenen de eerste monografieën over IPR-aspecten van intellectuele eigendom.⁴ Diverse academische gezelschappen bogen zich over beginselen van internationaal privaatrecht voor intellectuele eigendomszaken.⁵ De International Law Association heeft IPR voor IE inmiddels ook op haar werkprogramma staan.⁶

Nu veroorzaken academici geen rechtszaken. Europese regelgeving doet dat wel. Het IPR was vroeger misschien een buitenbeentje in het recht van de Europese Unie, inmiddels is het gepromoveerd tot een rechtsgebied dat (ook) de interne markt moet helpen dichterbij brengen. Dat betekent een constante stroom van harmoniserende maatregelen,

primair in de vorm van verordeningen. Onzekerheid over de juiste toepassing daarvan leidt weer tot een gestaag groeiend aantal prejudiciële vragen.

Paradoxaal genoeg doet de hausse aan IPR-zaken voor het Hof van Justitie zich voor ondanks – misschien wel dankzij – de voortschrijdende harmonisering van merken-, modellen- en auteursrecht. Als nationale wetten meer op elkaar lijken doet de vraag welk recht een inbreuk beheerst er minder toe, althans, in theorie. Maar komt het op handhaving aan dan zorgt het territoriale karakter van auteursrecht, databankrechten, naburige rechten en de diverse industriële eigendomsrechten er voor dat de vraag *waar* een inbreuk plaatsvindt van groot belang blijft. Het Hof krijgt vermoed ik veel prejudiciële vragen over rechtsmacht bij inbreuk omdat als de nationale rechter zijn bevoegdheid op grond van de plaats van inbreuk betwist ziet, dit meteen bij aanvang van de zaak gebeurt. De bevoegdheidsceptie moet immers voor alle werelden worden opgeworpen. Bij gebrek daaraan is sprake van stilzwijgende forumkeuze door partijen.

De erfenis van de Berner Conventie

Territorialiteit van rechten is in het stelsel van multilaterale verdragen een centraal idee. Het suggereert een simpel antwoord op de vraag waar aanspraken op bescherming geldend gemaakt kunnen worden: bij de rechter van het land waarvoor bescherming wordt ingeroepen, en naar de lokale regels van dat forum, waar nodig gecorrigeerd zodat de minimum beschermingsomvang uit de Berner Conventie gewaarborgd is.

Bij nadere beschouwing blijkt die 'territorialiteit' echter een moeilijk te vatten begrip. Betekent territorialiteit dat een recht alleen bestaat en werkt op het grondgebied van de regelgevende autoriteit? En moet daarom bij inbreukzaken elk feitencomplex in geografische stukjes gehakt worden, waarbij alleen het handelen binnen de grens telt? Kan een rechterlijk verbod of bevel gericht op de bescherming van een 'Nederlands' auteursrecht zich uitstrekken tot handelingen in het buitenland? Of komt dat neer op extraterritoriale werking van Nederlands auteursrecht?

Engelse rechters weigerden vroeger inderdaad op grond van het territoriale karakter van intellectuele eigendomsrechten om rechtsmacht aan te nemen in zaken waarbij

2 Bij de communautaire eenheidsrechten zoals het Gemeenschapsmodel is de complexiteit er niet minder om, maar dat blijft hier buiten beschouwing.

3 HvJ EG 13 juli 2006, zaak C-04/03, *BIE* 2006, 73; *IER* 2006, 75 (*GAT/LuK*); HvJ EG 13 juli 2006, zaak C-539/03, *NJ* 2008, 78 (*Roche/Primus*).

4 M.M.M. van Eechoud, *Choice of Law in Copyright and Related Rights. Alternatives to the Lex Protectionis* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Kluwer Law International 2003; Th.C.J.A. van Engelen, *Intellectuele eigendom en internationaal privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007; S.J. Schaafsma, *Intellectuele eigendom in het conflictenrecht. De verborgen conflicregel in het beginsel van nationale behandeling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009.

5 Profs. Ginsburg en Dreyfuss in de VS: American Law Institute (ALI) *Intellectual Property – Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes* (2007); vanaf 2004 de European Max Planck Group on Conflicts of Law in Intellectual Property ('CLIP'), zie *CLIP Principles Commentary* (Oxford University Press 2013). Er waren ook Japanse en Koreaanse initiatieven, zie o.m. <http://www.globalcoe-waseda-law-commerce.org/activity/pdf/28/08.pdf>.

6 De Intellectual Property and Private International Law Committee onder voorzitterschap van de Japanse hoogleraar Kono, <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1037>.

vreemde IE-rechten in het geding waren. Nederlandse rechters wilden zich wel over buitenlandse IE-inbreuken uitspreken als de verweerder hier woonplaats had. De EEX-Verordening verplicht de Nederlandse (en Engelse) rechter daar ook toe. Verder weten we uit het befaamde arrest *Lincoln/Interlas*⁷ dat de Nederlandse rechter grensoverschrijdende verboden kan opleggen. Wat betreft handhaving is van strikte territorialiteit dus geen sprake.

De Berner Conventie en andere intellectuele eigendomsverdragen bevatten geen direct antwoord op de vraag welke rechter bevoegd is en welk recht van toepassing. Daarvoor moeten we te rade gaan bij EU-instrumenten of nationaal recht.⁸

Kwalificatie en lokalisatie in het IPR

Voor zowel rechtsmacht als conflictenrecht geldt dat toepassing van de EU-regels grofweg in twee stappen verloopt: kwalificatie en lokalisatie. Kwalificatie ziet op het bepalen van de soort rechtsverhouding, om vast te stellen welke conflict- of jurisdictieregel in het spel is. Verbintenis uit overeenkomst of uit onrechtmatige daad bijvoorbeeld? En welke species onrechtmatige daad betreft het: oneerlijke mededinging, inbreuk op auteursrecht, aantasting van persoonlijkheidsrechten, of een andere? Als de rechtsverhouding eenmaal is gekwalificeerd, is de volgende stap lokalisatie. Naar welk rechtsstelsel of forum leiden de (doorgaans) feitelijk-geografische aanknopingsfactoren voor die categorie dan? Veelgebruikte factoren zijn plaatsen waar iemand gevestigd is, waar iets gebeurt, of de plaats waar gehandeld moet worden, bijvoorbeeld waar een verbintenis moet worden nagekomen.

Voorals conflictenrecht bestaat bij de gratie van verschillen tussen rechtsstelsels. IPR-regels⁹ kunnen het efficiëntst verkeer regelen als ze op metaniveau opereren, dus los van de bijzonderheden van nationaal recht. Op Europees niveau bereikt men dat eenvoudig door begrippen autonoom uit te leggen; alleen zo worden vergelijkbare gevallen gelijk behandeld door nationale rechters. Als we het dus hebben over een inbreuk op intellectuele eigendomsrechten, is niet bepalend welk soort rechten we precies in Nederland als behorend tot het IE-domein beschouwen, en ook

niet welke handelingen exact als inbreukmakend gelden. Zo ook als het gaat om de vraag of sprake is van inbreuk op auteursrecht dan wel wanprestatie omdat bijvoorbeeld licentieverwaarden zijn geschonden. Pas als rechtsmacht en conflictenrechtelijk procedés zijn doorlopen komt het aan op concrete toepassing van het toepasselijke materiële recht.

Kernbepalingen Europees IPR

Zoals bekend worden internationale rechtsmachtvragen in IE zaken primair beheerst door de EEX-Verordening ('Brussel I').¹⁰ Die Verordening uit 2001 is in de afgelopen jaren meermaals gewijzigd, vooral in verband met de toetreding van nieuwe lidstaten. In 2012 is de Verordening bovendien 'gerecast'. De nieuwe tekst is een geconsolideerde versie, waarin bovendien op sommige punten HvJ EU-rechtspraak is verwerkt (codificatie dus) en enige verdere aanpassingen zijn gedaan. Met ingang van 2015 gelden de nieuwe regels.¹¹ Voor auteursrechtzaken verandert er inhoudelijk weinig.¹² Wel is de artikelnummering van de Verordening gewijzigd. Voor het leesgemak geef ik de nieuwe Verordening aan als 'EEX-Vo (R)' met nieuwe en oude artikel nummers erbij.

Voor inbreukzaken relevant is de hoofdregel dat de gedaagde voor het gerecht van zijn of haar woonplaats wordt aangesproken (art. 2 EEX-Vo, art. 4(2) EEX-Vo (R)). Alternatief bevoegd is het gerecht 'van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen' (art. 5(3) EEX-Vo, art. 7(2) EEX-Vo (R)). Vallen handeling en gevolg niet samen op één plaats dan komt rechtsmacht toe aan meerdere rechters. Er is dan sprake van een meervoudige *locus*. Het klassieke voorbeeld van een meervoudige locus is de *Kalimijnen*-casus:¹³ een Frans zoutwinningbedrijf loost afvalwater dat stroomafwaarts in Nederland schade veroorzaakt aan gewassen van tuinders. Frankrijk is *Handlungsort*, Nederland *Erfolgsort*. Bevoegd om uitspraak te doen over de volledige schade in alle landen is de rechter van het *Handlungsort*, d.w.z. de rechter van de plaats van de veroorzakende gebeurtenis. Daarnaast is bevoegd de rechter van elke plaats waar de schade is ingetreden, het zogenaamde *Erfolgsort*, maar alleen voor lokale schade. Dat de *Erfolgsort*-bevoegdheid beperkt is tot het eigen territoir leerde *Shevill/Presse Alliance* ons al in 1995.¹⁴

7 HR 24 november 1989, NJ 1992, 404 m.nt. D.W.F. Verkade (*Lincoln/Interlas*).

8 Wetboek van Rechtsvordering voor rechtsmacht, Boek 10 BW voor conflictenrecht (maar dat volgt Rome I en II en bevat geen specifieke bepalingen over intellectuele eigendom).

9 Ik laat voor de eenvoud regels die eenzijdig het ruimtelijk toepassingsbereik van een bepaalde wet aangeven (*scope rules*) even buiten beschouwing.

10 Ik bespreek hier niet de situatie voor industriële eigendomsrechten, en laat dus buiten beschouwing de IPR-regels in het BVIE, de Gemeenschapsmodellenverordening en Gemeenschapsmerkverordening. Met de invoering van het Unified Patent Court komen er ook voor eenheidsoctrooien aparte IPR-regels bij. Zie Proposal for a Regulation amending Regulation (EU) No 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. COM(2013) 554 final.

11 Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEU* 2012/351 (van toepassing na 10 januari 2015).

12 Voor auteursrecht en ander ongeregistreerd IE is m.n. relevant de afschaffing van de exequaturprocedure, de herziene regeling voor connexe zaken (aanhouding van zaken als er een samenhangende procedure elders loopt, art. 28 EEX-Vo) en de uitbreiding van beschermende bepalingen voor consumenten en werknemers. Deze gelden nu ook als betrokkene in een derde land woont of werkt (dus buiten de EU).

13 HvJEG 13 november 1976, nr. 21/76, *Jur.* 1976, p. 1735 (*Kalimijnen*).

14 HvJ EG 7 maart 1995, zaak C-68/93 (*Shevill/Presse Alliance*), *Jur.* 1995, p. I-0415.

De ratio van artikel 5(3) EEX-Vo is met name gelegen in de nauwe band tussen feit en forum: de rechter van de plaats waar gehandeld wordt is bijzonder toegerust om over de onrechtmatigheid ervan te oordelen in verband met o.m. toegang tot bewijs en andere factoren die gunstig zijn vanuit proceseconomisch oogpunt en voor een goede rechtsbepaling. Het Hof hecht bij de uitleg van artikel 5(3) zeer aan voorspelbaarheid: voor de eiser moet makkelijk te bepalen zijn welk gerecht hij kan aanzoeken, voor de gedaagde moet redelijkerwijs voorzienbaar zijn voor welke rechter(s) hij kan worden gedaagd.¹⁵

Staat eenmaal vast welke rechter bevoegd is, dan volgt de vraag welk recht hij moet toepassen. De 'Rome II'-Verordening¹⁶ geeft de regels voor het toepasselijke recht bij inbreuken op auteursrecht, naburige rechten, databankenrecht en andere vorderingen op grond van onrechtmatige daad, zoals slaafse nabootsing.¹⁷ De regels van Rome II gelden voor alle onrechtmatige daden, onafhankelijk van de vraag of ze binnen of buiten de EU plaatsvinden. De regels hebben zogeheten 'universele werking'. Baseert de rechter zijn bevoegdheid op artikel 5(3) EEX-Vo (*forum delicti*), dan zal hij doorgaans het eigen recht kunnen toepassen. Op grond van artikel 8 Rome II beheerst namelijk het recht van het land waarvoor bescherming wordt ingeroepen de inbreuk op intellectuele eigendomsrechten (*lex protectionis*). Plaats van inbreuk en land waarvoor bescherming wordt ingeroepen zullen normaliter samenvallen.

IE-inbreuken worden niet onder de 'default' regels van Rome II geschaard. Waarom, licht de wetgever niet toe. De Rome II-Verordening kent de *lex loci delicti* voor onrechtmatige daden. De Verordening heeft een ingebouwde oplossing voor het probleem van de meervoudige locus: aanknopingsfactor is 'het land waar de schade zich voordoet.' Vaak vallen plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis en plaats van schade samen, maar als dat niet zo is krijgt die laatste voorrang (art. 4(1) Rome II-Vo). De *lex loci delicti* wijkt voor het door partijen gekozen recht en ook voor het recht van de staat waar beide partijen gevestigd zijn als zich daar ook de rechtsgevolgen afspelen.¹⁸ Een typisch voorbeeld van dat laatste is de aanspraak op schadevergoeding na een botsing tussen Nederlandse vakantiegangers op de Franse Route Soleil.

Ingevolge artikel 15 Rome II Vo beheerst het aangewezen recht niet alleen de rechtsgronden voor en omvang van aansprakelijkheid, maar ook wat de beschikbare maatregelen zijn (binnen de grenzen van het procesrecht van het forum), of en hoe vorderingen uit onrechtmatige daad over-

draagbaar zijn, wat de voorwaarden zijn voor verjaring en verval, etc. Er zijn ook zaken die Rome II niet dekt, bijvoorbeeld de vraag wie rechthebbende is op een werk of merk, en onder welke voorwaarden auteursrecht overdraagbaar is. De *lex protectionis* wordt wel vrij algemeen gezien als een conflictregel die 'goederenrechtelijke' aspecten dekt (bestaan, duur, overdraagbaarheid van IE), maar dan op grond van het nationale IPR of als 'verborgen conflictregel' in onder meer de Berner Conventie.¹⁹

Met dit overzicht in vogelvlucht van de relevante bepalingen van EEX-Vo- en Rome II-Vo-landen we dan eindelijk bij de zaken waarin het Hof van Justitie gevraagd werd zich uit te spreken over wanneer artikel 5(3) EEX-Vo bevoegdheid schept.

Football Dataco²⁰

De feiten in *Football Dataco* liggen als volgt: de website Sport Live Data wordt gehost op servers in Nederland en Oostenrijk. De Duitse eigenaar van de site 'Sportradar' en het gelijknamige Zwitsers moederbedrijf ('AG') worden aangesproken wegens inbreuk op databankrechten gepleegd in het Verenigd Koninkrijk. Daar bevindt zich een deel van de clientèle, zoals het Engelse 'Bet365.com' dat online-gokdiensten levert. Sport Live Data zou data bevatten afkomstig van Football Dataco. Dit Engelse bedrijf claimt een sui-generis-databankrecht op de verzameling data (doelpunten, kaarten, wissels, etc.) gegenereerd tijdens de live-verslaggeving van voetbalwedstrijden uit de Engelse en Schotse competitie. Dataco daagde Sportradar GmbH en AG voor de Engelse rechter op grond van (directe) inbreuk op het databankenrecht en op grond van secundaire dan wel mede-aansprakelijkheid voor inbreuk door gebruikers in Engeland van Sport Live Data.

Verweerders Sportradar betoogden dat de Engelse rechter geen rechtsmacht toekwam. De High Court, rechter in eerste aanleg, oordeelde dat aangezien Sportradar geen handeling in het Verenigd Koninkrijk verrichtte, artikel 5(3) EEX-Vo inderdaad geen bevoegdheid schiep. Volgens het High Court was de door Sportradar verrichte relevante handeling de doorgifte van data aan de servers buiten het Verenigd Koninkrijk, die vervolgens door (eind)gebruikers werden opgeroepen via de websites van gokbedrijven. Floyd J oordeelde:

[...] *making available to the public by online transmission is committed and committed only where the transmission takes*

15 Zie recent HvJ EU 25 oktober 2012 in *Fischer*, zaak C-133/11, NJ 2013/8 m.nt. L. Strikwerda, r.o. 33-34.

16 Verordening EG 864/2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, *PbEU* 2007, L 199/40.

17 Rome II dekt niet de inbreuk op persoonlijkheidsrechten (bijv. recht op eer en goede naam, persoonlijke levenssfeer) maar het is onwaarschijnlijk dat daaronder ook morele rechten van de auteur of uitvoerend kunstenaar te begrijpen zijn. Waarschijnlijk blijven echter internationale portretrechtclaims (ook al vinden die hun grondslag in de Auteurswet) wel beheerst door Boek 10 BW

(*Stb.* 2011, 272). Omdat art. 10:159 BW de regels van Rome II van toepassing verklaart op onrechtmatige daden die buiten het bereik van die Verordening vallen, is de cirkel rond en zijn de regels van Rome II alsnog bepalend in portretrecht zaken.

18 Zie ook nog de uitzonderingsbepaling van art. 4(3) Rome II: blijkt uit het geheel der omstandigheden dat de onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band heeft met een ander rechtstelsel dan is dat recht van toepassing.

19 Zie de literatuur genoemd in noot 4.

20 HvJ EU 18 oktober 2012, zaak C-173/11; zie nr. 9 in dit nummer.

place. It is true that the placing of data on a server in one state can make the data available to the public of another state but that does not mean that the party who has made the data available has committed the act of making available by transmission in the State of reception. I consider that the better construction of the provisions is that the act only occurs in the state of transmission.²¹

Om de internationale rechtsmacht te kunnen vaststellen, wilde het Engelse Court of Appeal van het HvJ EU weten of het verzenden van data naar een server een handeling is die aangemerkt moet worden als 'extractie' of 'gebruik' in de zin van de Databankenrichtlijn (vgl. art. 1(c) en (d) Databankenwet) en zo ja, waar deze handeling dan gelokaliseerd diende te worden. In het land waar de server staat? In het land waarheen opgevraagde data vanaf de server worden verzonden? In beide landen?

Het Hof van Justitie maakte korte metten met de benadering van Floyd J. Het oordeelde echter ook dat – daargelaten of überhaupt sprake is van een beschermde databank en of Sportradar die ook als bron gebruikt – Sportradar door het vanuit het buitenland verzenden van data naar internetgebruikers in het Verenigd Koninkrijk die data nog niet 'hergebruikt' in het Verenigd Koninkrijk. Daarvoor is nodig dat Sportradar ook de intentie heeft het publiek daar te bereiken. Er moet sprake zijn van 'richten'. Dat gerichtheids criterium²² komt uit *Pammer & Alpenhof*, hieronder te bespreken. Het bestaan van die intentie kan blijken uit de aard van de gecommuniceerde gegevens in relatie tot de gebruiker (i.c. data over Engelse voetbalwedstrijden), het bedienen van gokbedrijven die op de lokale Engelse markt actief zijn, het gebruik van een lokale taal in de communicatie, etc. Het zenden wordt dus in zekere zin gekwalificeerd in termen van de voorziene ontvangst.

Wat opvalt is de sterke oriëntatie op de normen uit de Databankenrichtlijn en de minimale internationaal privaatrechtelijke analyse van het Hof van de rechtsmachtvraag. De ruimtelijke werking van het databankenrecht staat centraal. In een notendop is de redenering van het Hof volgens mij (r.o. 27, 33-37): het databankenrecht werkt territoriaal. Om nuttig effect te hebben moeten de normen van het geharmoniseerde databankenrecht echter ruim worden geïnterpreteerd. Een extensieve interpretatie van het begrip hergebruik leidt ertoe dat het ook omvat: handelingen die het anderen mogelijk maken de data te ontvangen. Die handelingen worden, ook al vinden ze feitelijk geografisch gezien overwegend in het buitenland plaats, toch onder reikwijdte van het nationale databankenrecht gebracht. Maar het kan toch ook niet de bedoeling zijn dat de tentakels van nationale databankenrechten zich uit-

strekken tot elk handelen op internet. Daarom moet sprake zijn van gerichtheid tot het lokale publiek.

Een eerder belangrijk arrest waarin 'gerichtheid tot het publiek' een belangrijk criterium was is *L'Oréal/eBay*.²³ De redenering daar doet denken aan die in *Football Dataco*, maar is in andere volgorde opgebouwd: het merkenrecht in de EU dekt het aanbieden van merkproducten op internet ook al gaat het om producten die zich in een derde land bevinden (buiten de EU/EER dus). Relevant is of het aanbod is gericht 'tot consumenten die gevestigd zijn op het gebied dat door het merk wordt bestreken.' Anders zouden, zo zegt het Hof (r.o. 62), 'marktdeelnemers die elektronisch handel drijven door op een voor consumenten uit de Unie bestemde elektronische marktplaats merkproducten aan te bieden die zich in een derde staat bevinden en die op scherm kunnen worden bekeken en via die marktplaats kunnen worden besteld, geen enkele verplichting hebben om, wat dit soort verkoopaanbiedingen betreft, de regels van de Unie op het gebied van de intellectuele eigendom na te leven. Een dergelijke situatie zou afbreuk doen aan de nuttige werking van deze regels'.

Ook hier staat de nuttige werking van het materiële recht dus voorop. Omdat in deze zaak IPR-aspecten niet aan de orde kwamen, komen we niet te weten hoe het belang bij de nuttige werking van materieel recht zich verhoudt tot (andere) waarden die juist het IPR beoogt te dienen, zoals voorzienbaarheid van de bevoegde rechter, voorspelbaarheid van het toepasselijke recht en het tegengaan van forumshopping.

De geobjectiverde wil van *Pammer & Alpenhof*

Het Hof verwijst in *Football Dataco*, in *L'Oréal/eBay* en in de verderop te behandelen zaken *Wintersteiger* en *Pinckney* naar de zaak *Pammer & Alpenhof*. Waar ging die over? *Pammer & Alpenhof* draait om de interpretatie van de speciale bevoegdheidsregels die de consument het voordeel geven om in eigen land te procederen. Dat voordeel geldt alleen als de professionele wederpartij zijn activiteiten (ook 'richt' op de lidstaat van de consument (art. 15 lid 1(c) j° 18 EEX(R) Vo = art. 15 lid 1 (c) (oud)). Dat 'richten op', wanneer is daarvan sprake bij het aanbieden van diensten via het web?, zo vroegen Duitse en Oostenrijkse rechters zich af.

Het Hof oordeelt dat het blote toegankelijk zijn van de website in het land van de consument te mager is. Uit de omstandigheden moet een geobjectiverde wil van de wederpartij blijken om zich tot consumenten in een

21 [2010] EWHC 2911 (Ch), punt 74.

22 Vgl. ook het *directed criterion* van de *Recommendation Concerning the Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights in Signs, on the Internet*, Paris Union Assembly and the General Assembly of WIPO, Thirty-Sixth Series of Meetings, 3 Oct. 2001.

23 HvJ EU 12 juli 2011, zaak C-324/09, *BIE* 2011 p. 347-352 m.nt. K.J. Koelman; M. Heerma van Voss & V. Zwaan, 'L'Oréal/eBay-arrest, genoeg voer voor nieuwe merk-jurisprudentie en aansprakelijkheid voor ISP's een stap dichterbij?', *NIEr* 2011, p. 293-300.

bepaald land te richten. De aanbieder moet bereid zijn een overeenkomst aan te gaan. Het Hof overweegt dat bij traditionele vormen van internationaal reclame maken zoals op tv, in de bioscoop, middels drukpers en mailings, de ondernemer uitgaven doet om in andere lidstaten bekendheid te verwerven. Daarmee is de wil van de ondernemer om zijn activiteiten op die lidstaten te richten in principe gegeven. Bij internet werkt dat anders. Vandaar dat er naar verschillende factoren gekeken kan worden om te bepalen of er een wil tot richten is.

Het Hof noemt daarbij als mogelijke factoren (niet limitatief): het internationale karakter van de activiteit, de verwijzing naar een internationale clientèle, het gebruik van (land)topleveldomeinnamen, uitgaven voor zoekmachinediensten die de toegang voor buitenlandse consumenten makkelijker maken, het gebruik van internationale routebeschrijvingen, de vermelding van het internationale kengetal van telefoonnummer, het gebruik van een vreemde taal of munteenheden en de mogelijkheid om in die vreemde taal te boeken en bevestigen.²⁴

Het loont om in gedachten te houden dat de bijzondere bevoegdheidsregeling voor consumentenovereenkomsten bedoeld is om de consument als economisch zwakker en juridisch minder ervaren partij te beschermen tegen het moeten procederen in een vreemd land. Dat is zoals we zagen niet de ratio achter de alternatieve bevoegdheid van de rechter van de plaats van inbreuk: daar volgt de bevoegdheid uit de nauwe verbondenheid tussen daad en plaats en de daarmee samenhangende voordelen van proceseconomie en een goede rechtsbedeling. Dat is niet hetzelfde als: de auteurs- of databankrechtgebende een bevoorrechte positie gunnen. De invulling die het Hof geeft aan het 'richten'-criterium is, voor zover die door consumentenbeschermende overwegingen wordt gekleurd, dus niet per se geschikt voor transplantatie.

Wintersteiger

In *Wintersteiger*²⁵ draaide het om de vraag hoe de onrechtmatige-daad-bevoegdheidsgrond van artikel 5(3) EEX-Vo uitgelegd dient te worden bij het gebruik van Adwords die beweerdelijk inbreuk maken op nationale merkrechten. Duitse gedaagde Products4U had de term 'Wintersteiger' als Adword gereserveerd voor het domein Google.de. Wintersteiger, houder van het gelijknamige Oostenrijkse merk, startte een inbreuk procedure in Oostenrijk. De Oostenrijkse rechter zou bevoegd zijn op grond van artikel 5(3) EEX want Google.de kan in Oostenrijk worden geraadpleegd en de advertentie die door een search op het woord Wintersteiger verschijnt is in het Duits gesteld. Products4U bestreed

de bevoegdheid van de Oostenrijkse rechter en kreeg de rechter in eerste aanleg mee. Het *Oberste Gerichtshof* vroeg welke factoren de doorslag geven: de raadpleegbaarheid in het forum? Gebruik van landtopleveldomein van het forum, andere aspecten?

Het Hof van Justitie houdt zich verre van het soort materieelrechtelijke analyse dat we later wel in *Football Dataco* zagen. Een nationaal merkrecht verleent bescherming die 'in beginsel' is beperkt tot het grondgebied van de lidstaat waar het merk is ingeschreven, zo overweegt het Hof, en de vraag of daadwerkelijk inbreuk wordt gemaakt 'behoort tot het onderzoek ten gronde [...] dat de bevoegde rechter aan de hand van het toepasselijke materiële recht zal verichten'.

Net als de A-G splitst het Hof de rechtsmachtanalyse op in twee vragen: wat is de plaats van de veroorzakende gebeurtenis (Handlungsort) en wat is de plaats waar de schade intreedt (Erfolgsort)? Het Hof neemt de plaats van schade als centraal punt. Interessant is dat het Hof het territoriale karakter van nationale merkrechten koppelt aan het Erfolgsort: 'zowel het doel van voorspelbaarheid als het doel van een goede rechtsbedeling pleiten [ervoor] om de bevoegdheid berustend op het intreden van de schade toe te wijzen aan de rechter van de lidstaat waar het betrokken recht wordt beschermd'. Het forum van de schade is kortom het *forum protectionis*.

Zoals Wefers-Bettink in zijn commentaar bij *Wintersteiger* opmerkt: het maakt verschil of er op het niveau van bevoegdheid aangeknoopt wordt bij de plaats waarvoor bescherming wordt ingeroepen (*forum protectionis*) of bij de plaats van inbreuk.²⁶ In het laatste geval kijkt de rechter eerst of de beweerdelijke inbreukmaker zich richt op het forum. Zo ja, dan is er rechtsmacht en komt vervolgens pas aan de orde of de handeling ook daadwerkelijk inbreukmakend is. Er vindt dus een zekere triage plaats, met, zo mag men aannemen, een forumshopping remmende werking. Moet de rechter echter reeds bevoegdheid aannemen op grond van het feit dat eiser zich beroept op een nationaal IE-recht, dan heeft een onbevoegdheidsverweer van gedaagde die claimt zich helemaal niet op het forum te richten weinig nut. Al of niet 'richten op' is immers geen relevant criterium.

Het resultaat laat zich toch moeilijk anders duiden dan dat het in de praktijk juist onvoorzienbaar is voor beweerdelijk inbreukmakers waar zij in rechte aangesproken kunnen worden, namelijk overal waar iemand claimt een recht te hebben. Of er objectief gezien enige grond is voor een inbreukvordering lijkt er niet toe te doen. Voor de recht-hebbende bestaat die onvoorspelbaarheid overigens ook,

24 HvJ EU 7 december 2010, gevoegde zaken C-585/08 en C-144/09, NIPR 2011, 78 (*Pammer & Hotel Alpenhof*).

25 HvJ EU 19 april 2012, zaak C-523/10, NJ 2012, 403 m.nt. M.V. Polak.

26 W. Wefers-Bettink, 'Het arrest *Wintersteiger* en de plaats van het schadebren-

gende feit: het Hof van Justitie zet de doos van Pandora verder open', *NtEr* november 2012 I nr. 8/9, p. 288-292. Zie ook: 'De gerichtheid van een website bij inbreuk op IE-rechten en ongeoorloofde reclame: rechterlijke bevoegdheid na *Pammer en Alpenhof*', *IER* 2011, 24.

want artikel 5(3) EEX-Vo is ook grond voor rechtsmacht bij vorderingen tot verklaring van niet-inbreuk (negatief declaratoir).²⁷ Dat het Hof juist voorspelbaarheid opvoert als rechtvaardiging proeft naar het bewijzen van lippendienst aan dit belangrijke beginsel, een van de pijlers waarop de EEX-Verordening rust.

Het Hof beantwoordt vervolgens de vraag waar de schadeveroorzakende gebeurtenis plaatsvindt. De territoriale beperking van nationale IE-rechten sluit de bevoegdheid van andere rechters dan het forum protectionis niet uit. Aanknopings bij de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis dient bij inbreuk op internetzaken volgens het Hof met name het gemak waarmee de rechter van het Handlungsort bewijs kan verzamelen. Voor het Hof is de plaats van de veroorzakende gebeurtenis de plaats waar de adverteerder beslist om het technisch proces te starten dat leidt tot het gebruik van het merk. De feitelijke technische start van het proces, in dit geval op de servers van Google, is te moeilijk te lokaliseren. Daarom moet die plaats gezien de voorspelbaarheidseis die aan bevoegdheidsregels is te stellen, buiten beschouwing blijven. De rechter van de vestigingsplaats van de adverteerder is dus óók bevoegd als Handlungsort-rechter, en dat ten aanzien van de volledige schade die door dat handelen wordt veroorzaakt (vgl. *Shevill*, bovengenoemd).

In *Wintersteiger* werd de adverteerder direct aangesproken en niet Google. Het Hof overwoog wel dat Google als aanbieder van de zoekmachine-advertentiedienst niet de inbreuk veroorzaakt. Het *gedrag* van de adverteerder veroorzaakt dat en dat gedrag wordt gelokaliseerd in diens vestigingsplaats. Analoge toepassing van deze redenering op de *Football Dataco*-casus zou als uitkomst geven dat het de vestigingsplaats van Sportradar GmbH is in Duitsland – waar zo neem ik aan beslist is de levering van data te initiëren – die als plaats van schadeveroorzakende gebeurtenis moet worden aangemerkt. Het verschijnen van de wedstrijddata op de websites van de klanten van Sportradar is niet de schadeveroorzakende gebeurtenis.

Het is de vraag wat de toegevoegde waarde is van de vestigingsplaats van de schadeveroorzaker als aanknopingsfactor. Immers, de rechter van de woonplaats van de gedaagde is reeds bevoegd op grond van artikel 2 EEX-Vo. Ik kan mij zo snel geen zaken voorstellen waarbij die twee aanknopingsfactoren naar verschillende landen wijzen. In de praktijk laat artikel 5(3) EEX-Vo zich dus vertalen tot forum protectionis. De uitspraak in het Hof in *Pinckney* bevestigt dat, waarover later meer.

*H&M/G-Star*²⁸ en *Thuiskopie/Opus*²⁹

Interessant is dat de twee benaderingen van het Hof ook herkenbaar zijn in de rechtspraak van onze hoogste rechter. De Hoge Raad trekt in *H&M/G-Star* de lijn uit *Wintersteiger* door naar auteursrechtinbreuken. *Thuiskopie/Opus* daarentegen kenmerkt zich juist door een materieelrechtelijke benadering. Daartoe werd de Hoge Raad ook wel gedwongen nadat het HvJ EU prejudiciële vragen had beantwoord.

Wat betreft IPR-aspecten staat in *H&M/G-Star* centraal de vraag of de rechtbank in Dordrecht internationaal (en relatief) bevoegd is op grond van artikel 5(3) EEX-Vo bij auteursrechtinbreuk. Hoofdvraag is of de holding van H&M, het Zweedse H&M AB, voor de Dordtse rechter gedaagd kan worden wegens beweerdelijke inbreuk op het Nederlandse auteursrecht op het ontwerp van de 'Elwood'-spijkerbroek van G-Star. De website www.hm.com is eigendom van het Zweedse H&M AB en daarop wordt kleding aangeboden die inbreuk zou maken op de ontwerpen van G-Star. H&M AB claimt dat in het arrondissement Dordrecht geen broeken zijn verkocht en dat de jeans ook niet via de website werden aangeboden. In dit kort geding volgt het Hof de eerdere uitspraak van de bodemrechter die in 2010 had bepaald dat de .com-website door een op Nederland gerichte extensie zich richtte op Nederlands publiek. Daarom was de Rechtbank Dordrecht bevoegd; de website was in dat arrondissement immers ook raadpleegbaar.

De Hoge Raad haalt de Erfolgsort-redenering uit *Wintersteiger* aan en overweegt dat deze ook geldt ten aanzien van auteursrechten die immers net als (nationale) merk-rechten territoriaal zijn begrensd. De Hoge Raad overwoog (r.o. 3.3):

Nu het met betrekking tot de vordering tegen H&M AB gaat om een beweerde inbreuk op het Nederlandse auteursrecht van G-Star door het verkopen, althans aanbieden van kleding via de website www.hm.com, die eigendom is van H&M AB, [...], alle H&M-kleding ook via deze website te verkrijgen zal zijn (naar bij pleidooi namens H&M aan het hof is medegedeeld) en die website mede is gericht op de Nederlandse markt (rov. 9, in cassatie niet bestreden), al hetgeen medebrengt dat de Elwood-broek wordt aangeboden in Dordrecht, is de rechter in het arrondissement Dordrecht internationaal bevoegd krachtens art. 5 lid 3 EEX-Vo [...].

Het arrest *Thuiskopie/Opus* draait niet om rechtsmacht, maar om conflictenrecht. Strikt genomen gaat het zelfs om een nog beperktere vraag, namelijk of de thuiskopiehef-

27 Uitdrukkelijk bepaald in *Fischer*: HvJ EU 25 oktober 2012, zaak C-133/11, NJ 2013/8 m.nt. L. Strikwerda.

28 HR 7 december 2012 (*H&M/G-Star*) ECLI:NL:HR:2012:BX9018, BIE 2013, nr. 52, p. 154; zie nr. 12 in dit nummer.

29 HR 12 oktober 2012 (*Thuiskopie/Opus*), zie nr. 11 in dit nummer.

fingsbepaling van de Nederlandse Auteurswet toepassing claimt ten aanzien van een in het buitenland gevestigde leverancier van blanco gegevensdragers. Bij tussenarrest stelde de Hoge Raad prejudiciële vragen omdat onduidelijk was hoe de (territoriale) reikwijdte van de thuiskopieheffing moest worden uitgelegd.

Het Hof van Justitie EU (in r.o. 35) redeneert dat aangezien 'de eindgebruikers die voor hun privégebruik een reproductie van een beschermd werk vervaardigen zonder vooraf toestemming te vragen aan de rechthebbende, en bijgevolg die houder benadelen, in beginsel verplicht zijn om dat nadeel te vergoeden, kan worden aangenomen dat het te vergoeden *nadeel is ontstaan op het grondgebied van de lidstaat waar die eindgebruikers wonen* (curs. MvE).³⁰ De Hoge Raad zag zich vervolgens gedwongen een manier te vinden om de Nederlandse Auteurswet te interpreteren conform de door het HvJ EU gegeven uitleg van de (optionele) privékopieheffingsbepaling. Omdat de Nederlandse wet de heffingsplicht oplegt aan de fabrikant en importeur van gegevensdragers, koos de Hoge Raad voor een extensieve uitleg van het begrip importeur. Daartoe overwoog hij dat 'de aflevering van de informatiedragers in Duitsland en het vervoer naar Nederland in opdracht en op naam van de koper/consument niet beslissend is voor de beantwoording van de vraag wie als importeur ervan dient te worden aangemerkt. In casu is dat Opus GmbH, nu een heffing bij de kopers onuitvoerbaar is, de schade door het kopiëren in Nederland optreedt, en Opus in staat is om de heffing door te berekenen.'

Wat er in *Thuiskopie/Opus* gebeurt is dat een norm van materieel recht zo ruim mogelijk wordt uitgelegd, om buitenlands handelen binnen de reikwijdte van het nationale recht te brengen. Dat verklaart waarom het Duitse Opus, dat overeenkomstenrechtelijk gezien in Duitsland levert aan Nederlandse afnemers, toch als 'importeur' heeft te gelden. In het normale woordgebruik zou men Opus eerder als 'exporteur' van blanco gegevensdragers beschouwen. Deze interpretatiemethode sluit aan bij wat het Hof van Justitie in *Football Dataco* doet. In beide gevallen dient de interpretatie van de materiële norm om de territoriale scope van het IE-recht op te rekken. In *Football Dataco* gebeurt dat door in de materiële norm lokalisatie van de handeling te lezen (vgl. ook art. 1(2)(a)-(b)) Satelliet- en Kabelrichtlijn, waarin de communicatie per satelliet juist gelokaliseerd wordt op het 'punt van injectie'). In *Opus* wordt de rol van de in het buitenland handelende partij gekwalificeerd als actor in Nederland.

De gerichte daad: *Pinckney* een gemiste kans?

Wat bevreemdt aan *Football Dataco* is dat in de onderliggende procedure de internationale bevoegdheid van de Engelse rechter een kernpunt van geschil was, de prejudiciële vraag van het Engelse hof daardoor ook was ingegeven, maar dat het HvJ EU niet kwam met een IPR-analyse van het soort dat wel in *Wintersteiger* werd gegeven. Dat de verwijzende rechter zijn vragen wellicht niet in precieze EEX-Vo-termen formuleert hoeft voor het HvJ EU geen hindernis te zijn. Het herformuleren van vragen kan en mag het Hof graag doen;³¹ ook in *Pinckney* memoreerde het Hof die vrijheid.³²

Er vanuit gaande dat *Football Dataco* geen trendsetter zal blijken te zijn, is een vraag die ook na *Wintersteiger* nog openstond: is het genoeg voor de eiser om te stellen dat inbreuk op zijn nationale IE-recht wordt gemaakt om bevoegdheid te scheppen op grond van artikel 5(3) EEX als forum protectionis, of moeten er ook objectieve aanwijzingen zijn dat er in dat land inderdaad relevante handelingen plaatsvinden?³³ Bij internetzaken gaat het dan primair om de vraag: wanneer is sprake van gerichtheid op het forum in het licht van de ratio van artikel 5(3) EEX-Vo, namelijk dat de nauwe band tussen schade en forum de rechtsmacht rechtvaardigt?

Het antwoord daarop is volgens het HvJ EU in *Pinckney* kort: bij auteursrechtzaken hóéft er helemaal geen gerichtheid te zijn. Althans, dat lijkt te volgen uit het oordeel van het Hof dat als 'inbreuk wordt aangevoerd op aan het auteursrecht verbonden vermogensrechten [exploitatie-rechten, MvE] die worden gewaarborgd door de lidstaat van de aangezochte rechter, deze bevoegd is.'

Wat was er in deze zaak aan de hand? De Franse componist Pinckney ontdekte dat het Oostenrijkse KDG Mediatech cd's had geperst in Oostenrijk met muziek van zijn hand. Engelse bedrijven – opdrachtgevers van Mediatech – boden de cd's te koop aan, via ook in Frankrijk toegankelijke websites. De Franse auteur daagde het Oostenrijkse bedrijf voor de Franse rechter, die zich in beroep onbevoegd verklaarde omdat Frankrijk geen plaats van inbreuk is. Het Cour de Cassation stelde prejudiciële vragen. Ook hier was het punt weer: is de blote toegankelijkheid van een website waarop auteursrechtelijk beschermd werk wordt aangeboden genoeg, of moet de inhoud gericht zijn op het publiek in Frankrijk, of is er (nog) een ander aanknopingspunt relevant? De Franse rechter vroeg ook nog of het uitmaakt dat op de Engelse website de levering van cd's werden aangeboden en niet online muziek.

30 Zie ook de noot van P.B. Hugenholtz bij HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-467/08 (*Padawan SL/SGAE*) en HvJ EU 16 juni 2011, zaak C-462/09 (*Stichting de Thuiskopie/Opus Supplies Deutschland GmbH e.a.*), NJ 2011, 510.

31 Zie voor auteursrechtzaken de voorbeelden genoemd in M.M.M. van Eechoud, 'Along the Road to Uniformity? Diverse Readings of the Court of Justice Judgments on Copyright Work', *JIPITEC* 2012/1, [http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-](http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-3-1-2012/3322)

3-1-2012/3322.

32 HvJ EU 3 oktober 2013, zaak C-170/12 (*Pinckney/KDG Mediatech*).

33 De prejudiciële vragen in *De Visser* gingen over welke factoren van zo'n nauwe band getuigen, maar het Hof kwam aan beantwoording daarvan niet toe. HvJ EU 15 maart 2012, zaak C292/10 (*G/DeVisser*), NJ 2012, 286, m.nt. M.V. Polak.

Advocaat-Generaal Jääskinen haalde nogal uit naar de verwijzende rechter, die zo weinig feiten heeft verschaft over onder andere de band tussen het Oostenrijkse bedrijf en de Engelse distributeurs dat het Hof niet met de verwijzing uit de voeten zou kunnen: een verwijzing met de spreekwoordelijke Franse slag. Hij adviseerde de vragen niet-ontvanke-lijk te verklaren,³⁴ maar zo ver ging het Hof niet.

Interessant is dat de A-G aangeeft dat om bevoegdheid op grond van de plaats van inbreuk te kunnen aannemen, de aangezochte rechter de beweerdelijk inbreukmakende handelingen eerst moet kwalificeren volgens het geharmoniseerde materiële recht, d.w.z. de autonome begrippen van de Auteursrechtlijn. De A-G wil vervolgens graag in detail weten om wat voor handelingen het precies gaat: streamen, downloaden, p2p-distributie, zodat vastgesteld kan worden welk exclusief recht uit de Auteursrechtlijn exact in het geding is. Die benadering spoort met *Football Dataco*, maar lijkt me nu precies het soort gedetailleerde materieelrechtelijke analyse die pas aan de orde hoort te komen als de bevoegdheid van de Franse rechter is komen vast te staan. Eerst de feitelijke daad, dan de geografische plaats, dan de juridisch toepasselijke norm, kortom.

Het Hof benadrukt m.i. dan ook terecht dat bevoegdheid op grond van artikel 5(3) EEX-Vo 'niet [kan] worden vastgesteld aan de hand van criteria die behoren tot dat onderzoek ten gronde en die niet worden vermeld in die bepaling. Deze verwijst immers als enige voorwaarde naar de omstandigheid dat schade zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen.' (r.o. 41). Dus géén diepe duik in het toepasselijke recht, zo verordonneert het Hof. Is daarmee gegeven dat het enkele toegankelijk zijn van een website al rechtsmacht schept?

De A-G benadrukte met veel omhaal het bijzondere territoriale karakter van auteursrechten, hoe geharmoniseerd ze dan ook moge zijn. De uiterste consequentie daarvan, namelijk dat de rechters van alle staten waar een internetsite toegankelijk is met in potentie beschermd werk (of communicatiesignaal) bevoegd zijn, gaat ook hem te ver. Voor de vraag welk forum alternatief bevoegd is bij inbreuk – dus naast het gerecht van de woonplaats van verweerder – zou maatgevend moeten zijn tot welk publiek de aanbieder van de betrokken internetsite zich willens en wetens richt. Daarbij kunnen de criteria voor *targeting* uit *Pammer*, *Wintersteiger* en *L'Oréal* dienstig zijn, aldus de A-G.

Het Hof brengt wel het territoriale karakter van auteursrechten in stelling bij de uitleg van artikel 5(3) EEX-Vo, maar lijkt van een 'gerichtheidseis' niet te willen weten. Omdat auteursrechten van rechtswege ontstaan kan er op internet sprake zijn van gelijktijdige inbreuk op alle lokaal bestaande rechten. Of daadwerkelijk sprake is van inbreuk komt pas aan de orde in het onderzoek ten gronde door de bevoegde rechter. Bevoegdheid bestaat dus 'zodra de lid-

staat op het grondgebied waarvan die rechter zich bevindt de door de eiser ingeroepen vermogensrechten beschermt en de beweerdte schade kan intreden in het rechtsgebied van de aangezochte rechter.'

Plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis is niet Frankrijk, zo overweegt het Hof uitdrukkelijk (r.o. 29). Maar daarom kan de Franse rechter nog wel als Erfolgsort-rechter bevoegd zijn. Want de rechter van de plaats waarvoor bescherming wordt gevraagd is volgens het Hof 'best in staat [is] om te beoordelen of het betrokken recht daadwerkelijk is geschonden.' Dit argument snijdt m.i. weinig hout voor zover het Hof doelt op de vaststelling van het bestaan en de omvang van het IE-recht waarover het dan primair gaat, noch om de vraag welke handelingen inbreukmakend zijn. Bij vergaand geharmoniseerde rechten, zoals het auteursrecht, het databankenrecht maar ook merkenrecht, passen rechters immers dezelfde normen toe. Het beste-toegang-tot-bewijs-argument pleit ook niet bijzonder voor Erfolgsort-aankoping. Zeker in zaken zoals *Pinckney* bevremdt het: er wordt misschien wel inbreukmakend materiaal online te koop aangeboden, maar van enige band tussen verweerders' handelen en Frankrijk blijkt niet, los van het feit dat de auteursrechthebbende in Frankrijk woont. Mediatech lijkt ook geen directe bemoeienis met het aanbod van de ongeautoriseerde cd's via internet te hebben, maar handelt in Oostenrijk.

Ongetwijfeld heeft het Hof met *Pinckney* het forum protectionis bij auteursrechtinbreuk in artikel 5(3) EEX-Vo gewezen. De rechter van de plaats waar de schade intreedt is in de optiek van het Hof de rechter van het land waarvan bescherming wordt ingeroepen. Blijft er ook een opening voor een 'gerichtheids'-criterium? Een kleine wellicht, als het risico dat schade zich voordoet in het aangezochte forum meer dan puur theoretisch moet zijn. Het Hof preciseert namelijk wel dat dit risico in *Pinckney* 'met name voort [komt] uit de mogelijkheid om een kopie van het werk waaraan de door de eiser ingeroepen rechten zijn verbonden aan te schaffen via een website die toegankelijk is in het rechtsgebied van de aangezochte rechter'. Als de kern is het kunnen aanschaffen, dan is met het enkele raadpleegbaar zijn van de site het risico op schade nog niet gegeven. Wellicht dat het Hof de handschoen opneemt in de nog lopende zaak C-441/13 over het toegankelijk houden van foto's op een website. Ook hier vraagt de verwijzende rechter of er bevoegdheid bestaat op grond van het gericht zijn van de website op een lidstaat.

Aankopen bij buitenlandse inbreuk?

Treffend aan de *Pinckney*-zaak is dat de Oostenrijkse gedaagde niet zelf cd's online aanbiedt in Frankrijk, maar enkel de muziek reproduceert in Oostenrijk. Hoe komt hij dan toch voor een bevoegde Franse rechter terecht wegens

34 A-G Jääskinen 13 juni 2013, zaak C-170/12 (*Pinckney/KDG Mediatech*).

auteursrechtinbreuk? Sanctioneert de EEX-Verordening een strategie waarbij handelen buitengaats een ander land in wordt getrokken door aan te knopen bij het handelen van anderen? Ook op deze vraag kunnen we binnenkort antwoord verwachten. In de zaak *Hi Hotel* (zaak C-387/12) vraagt het Bundesgerichtshof (BGH) zich af of handelen in het buitenland door een derde als voorbereidende inbreuk kan gelden, waardoor de Duitse rechter op grond van artikel 5(3) EEX-Vo toch bevoegd is. Nou nee, lijkt het voor de hand liggende antwoord. Hoe komt het BGH tot deze vraag?

Een Duitse fotograaf maakt in opdracht foto's van het interieur van een Frans hotel en verleent licentie voor gebruik door het hotel in Frankrijk. Hij ontdekt dat de foto's zijn gepubliceerd in een fotoboek dat uitgegeven is in Duitsland. De fotograaf brengt een zaak wegens auteursrechtinbreuk aan bij de Duitse rechter. Het BGH gaat uit van de eerder vastgestelde feiten, waaronder dat het hotelmanagement de foto's in Frankrijk aan de Franse zustermaatschappij van de Duitse uitgever ter beschikking heeft gesteld. De vraag waarvoor het BGH zich gesteld ziet is dus: levert dit handelen in Frankrijk van het hotel een lokalisatie van de inbreuk in Duitsland op? Zo geformuleerd zou ik zeggen: nee natuurlijk. Het BGH kleedt de vraag echter anders in: als de verspreiding van de foto's in Duitsland een onrechtmatige daad is (gepleegd door de Duitse uitgever), maakt dat de Duitse rechter dan als forum delicti ook bevoegd ten aanzien van de 'voorbereidende' handeling van het Franse hotel in Frankrijk? Het BGH vindt daar wat voor te zeggen en haalt ter rechtvaardiging (onder meer) het strafrechtelijke leerstuk van *consumption* van de plank.

Het lijkt me dat het BGH er te makkelijk aan voorbij gaat dat er geen band is tussen de Duitse uitgever en het Franse hotel. Als elk *buitenlands* handelen van willekeurig welke partij bevoegdheid schept voor het lokale forum delicti zolang er maar enig causaal verband bestaat met een lokale inbreuk, ontstaat er een werkelijk groot web van bevoegde rechters. Hadden we nu juist niet de woonplaats van gedaagde als forum voor consolidatie van op diverse plaatsen gepleegde daden? En daarnaast ook nog de mogelijkheid om vorderingen tegen meerdere gedaagden te con-

solideren in het forum van een hunner woonplaats (art. 6 EEX-Vo)? Het zou me verbazen als het Hof het door het BGH opgelaten ballonnetje niet doorprikt.³⁵

Volgt u het nog?

Uit bovenstaande verhandeling blijkt dat er meerdere methoden zijn om de territoriale reikwijdte van het nationale auteursrecht te vergroten. Door de materiële normen ruim uit te leggen waardoor feitelijk-geografisch handelen in het buitenland gekwalificeerd wordt als een binnenlandse rol of daad (de 'importeur' uit *Opus*, het 'hergebruik' door *Sportradar*). Of door het buitenlands handelen van de ene partij aan te knopen bij binnenlands handelen van de andere (de *Hi-Hotel*-casus en mogelijk ook *Pinckney*). Of, en deze klassieke IPR-escape had ik nog niet genoemd, door regels van eigen auteursrecht als 'voorrangsregels' boven het op een rechtsverhouding toepasselijk recht te laten gaan. Dit doet het BGH ook in de *Hi-Hotel*-zaak: de hoogste Duitse rechter erkent dat de overeenkomst tussen fotograaf en hotel weliswaar is onderworpen aan Frans recht, maar oordeelt dat de doeloverdrachtsbepaling uit de Duitse auteurswet toepassing claimt als regel van (super)dwingend recht.

De territoriale reikwijdte van nationale IE-rechten verkleinen kan ook. Een bestaand maar levenloos voorbeeld is artikel 1(2) Satelliet- en Kabelrichtlijn waarmee de lokalisatie van de communicatiehandeling per satelliet wordt gefixeerd op de plaats van 'injectie' van het signaal, zodat alleen daar toestemming van rechthebbenden nodig is. Een technisch georiënteerde oplossing die zich niet makkelijk laat toepassen op internet. Meer belofte lijkt een gerichtheidsvereiste te hebben, maar na *Pinckney* is onzeker of het Hof van Justitie artikel 5(3) EEX-Vo niet heeft omgebouwd tot een forumshopping bevorderende rechtsmachtbepaling die juist als centraal criterium heeft: 'u vraagt, wij draaien'. Een wat consistentere aanpak, die niet heen en weer slingert tussen een materieelrechtelijke en internationaal privaatrechtelijke aanpak, zou me ook welkom zijn. Wordt vervolgd.

35 In *Melzer/MF Global* wees het Hof de mogelijkheid ook af dat het handelen van verweerder MF Global (een beleggingsinstantie in London), waar het Duitse bedrijf WWH (Düsseldorf) voor eiser Melzer (Berlijn) beurstransacties liet uitvoeren, Duitsland tot Handlungsort maakt, nu MF Global daar zelf niet had gehandeld. Melzer claimde dat hij door zowel MF Global als WWH was benadeeld, maar begon alleen tegen MF Global een rechtszaak in Duitsland. Artikel

5(3) EEX-Vo bood de Duitse rechter dus geen rechtsgrond. HvJEU 16 mei 2013, zaak C-228/11, NJ 2013/520 m.nt. L. Strikwerda. Als in een geval waar wel een duidelijke band is tussen het handelen van schadeveroorzakers, dat handelen per veroorzaker gelokaliseerd moet worden, lijkt me dat het Hof in de *Hi-hotel*-zaak geen rechtsmacht op grond van art. 5(3) zal toestaan.