

**Noot JBPr onder Hof van Justitie van de Europese Unie 25 oktober 2012, zaak C-133/11 (Folien Fischer/Ritrama)**

Trefwoorden:

Verordening (EG) nr. 44/2001 (EEX-Verordening); internationale rechtsmacht; grensoverschrijdende onrechtmatige daad; negatieve declaratoire vordering.

Wetsartikelen:

Art. 5(3) EEX-Verordening

Samenvatting:

Een negatieve declaratoire vordering tot bepaling dat niet onrechtmatig werd gehandeld, valt onder de werkingssfeer van artikel 5(3) EEX-Verordening. Als de omstandigheden die in de negatieve declaratoire vordering aan de orde zijn, aanknopingspunten kunnen rechtvaardigen met de staat van de schade veroorzakende gebeurtenis of waar de schade zich heeft voorgedaan of kan voordoen, kan de rechter van een van deze twee plaatsen zich op grond van art. 5(3) EEX-Verordening rechtsgeldig bevoegd verklaren om kennis te nemen van die vordering, ongeacht de vraag of deze is ingesteld door de vermeende benadeelde van een onrechtmatige daad of door de potentiële schuldenaar van een daarop gebaseerde vordering.

## **1. Inleiding**

De bovenstaande zaak betreft een belangrijk arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJ') over art. 5(3) EEX-verordening (verordening (EG) nr. 44/2001, hierna simpelweg 'het EEX').

Het arrest is ook geannoteerd door L. Strikwerda onder NJ 2013/80. Verder is het arrest besproken door J.S. Kooij, "*Hof van Justitie opent deur voor forumshoppen bij negatieve verklaring voor recht in onrechtmatige daadszaken*", Bb 2013/25 en J.S. Kooij, "*Forumshoppen voor een negatieve verklaring voor recht bij een dreigende schadeclaim?*", TCR 2013/2, pg. 53 t/m 59 en gesignaleerd in RAV 2013/13.

Het arrest betreft de vraag of art. 5(3) EEX ook toepassing vindt bij een zogenaamde negatieve declaratoire vordering. Daaronder wordt verstaan een vordering die door een vermeende laedens wordt ingesteld ter vaststelling dat hij niet aansprakelijk is uit hoofde van onrechtmatige daad. Advocaat-generaal Jääskinen wijst er in nr. 3 van zijn conclusie van 19 april 2012 op dat de vraag 'volkomen nieuw' is; niet eerder had het HvJ zich over deze vraag gebogen. In voetnoten 14 en 15 van zijn conclusie somt hij een veelheid van nationale rechterlijke uitspraken uit de verschillende lidstaten op, waarin toepassing van art. 5(3) EEX op negatieve declaratoire vorderingen afwisselend werd aangenomen en afgewezen. In de verwijzingsbeslissing van het Duitse Bundesgerichtshof (BGH) van 1 februari 2011, KZR

8/18 (te vinden via de website van het BGH, [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de)), wordt ook een veelheid van divergerende meningen opgesomd.

Voor Nederland was het arrest van het Gerechtshof 's-Gravenhage van 22 januari 1998 (Evans/Chiron), IER 1998/23, IEPT19980122, tot aan het onderhavige arrest van het HvJ richtinggevend voor deze vraag. De Evans/Chiron-zaak betrof een octrooirechtelijk geschil waarin het Amerikaanse Chiron, met een beroep op art. 5(3) EEX, een verklaring voor recht vorderde bij de Nederlandse rechter dat haar producten niet onder het octrooi van het in Engeland gevestigde Evans vielen. Het Haagse Hof wees toepassing van art. 5(3) (van het toen nog geldende EEX-verdrag) af bij negatieve declaratoire vorderingen. Het HvJ neemt met het onderhavige arrest een tegengesteld standpunt in en beslist dat art. 5(3) EEX óók toepassing kan vinden bij negatieve declaratoire vorderingen.

## **2. Wettelijk kader**

De hoofdregel van het EEX wordt gevormd door art. 2: partijen die woonplaats hebben op het grondgebied van een lidstaat, worden opgeroepen voor de gerechten van die staat. Art. 5 en art. 6 EEX geven additionele bevoegdheidsgrondslagen, naast die van art. 2 EEX. Art. 5(3) EEX ziet op de aanvullende bevoegdheidsgrondslagen voor verbintenissen uit onrechtmatige daad. Overigens omvat het begrip 'verbintenissen uit onrechtmatige daad' in de context van het EEX alle niet-contractuele verbintenissen (op contractuele verbintenissen ziet art. 5(1) EEX). Het begrip 'onrechtmatige daad' in de context van art. 5(3) EEX is dus ruimer dan in de context van art. 6:162 BW.

Art. 5(3) EEX bepaalt dat voor verbintenissen uit onrechtmatige daad een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, ook kan worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen. Het HvJ heeft in zijn klassieke Kalimijnen-arrest (HvJ 30 november 1976, C-21/76, NJ 1977/494, m.nt. JCS) uitgemaakt dat onder de "plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan" zowel wordt verstaan de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis (het 'Handlungsort') als de plaats waar de schade is ingetreden (het 'Erfolgsort'). Dus als het Handlungsort en het Erfolgsort zich in verschillende lidstaten bevinden, heeft de gelaedeerde op grond van het Kalimijnen-arrest, naast de keuzemogelijkheid van het art. 2 forum, meerdere keuzemogelijkheden onder art. 5(3) EEX.

## **3. Het geschil**

De in Italië gevestigde onderneming Ritrama had de in Zwitserland gevestigde onderneming Folien Fischer aangeschreven en gesteld dat het verkoopbeleid van Folien Fischer en haar weigering octrooilicenties te verlenen in strijd waren met het mededingingsrecht. Folien Fischer liet dit niet over haar kant gaan. Tezamen met haar groepsvennootschap Fofitec, die de houdster was van de bedoelde octrooien, stelde zij een negatieve declaratoire vordering in bij de Duitse rechter, met

als strekking voor recht te verklaren dat haar handelingen niet in strijd waren met het mededingingsrecht. Waarom de Duitse rechter? Het arrest geeft geen uitsluit-sel. Folien Fischer had op grond van art. 2 EEX naar de Italiaanse rechter kunnen gaan. Mogelijk – maar dat is speculatie – speelde het feit dat in Duitsland Duits de procestaal zou zijn een rol, had het Zwitserse Folien Fischer meer vertrouwen in de Duitse rechtspleging dan in de Italiaanse en/of wilde zij Ritrama elk (vermeend) thuisvoordeel van een Italiaanse rechter ontzeggen. Folien Fischer baseerde haar beroep op de Duitse rechter op art. 5(3) EEX.

Het Oberlandesgericht Hamburg, de appèlinstantie, verklaarde zich onbevoegd omdat art. 5(3) EEX geen betrekking zou hebben op negatieve declaratoire vorderingen. Folien Fischer stelde daarop 'Revision' in bij het BGH, die de vraag naar de toepasselijkheid van art. 5(3) EEX voorlegde aan het HvJ.

#### **4. De beslissing van het HvJ**

Advocaat-generaal Jääskinen concludeerde dat negatieve declaratoire vorderingen niet onder het bereik van art. 5(3) EEX vallen. Volgens hem verzetten zowel een tekstuele uitleg (nrs. 44 – 53), een teleologische uitleg (nrs. 54 – 59) als een systematische uitleg (nrs. 60 – 66) zich daartegen.

Het HvJ neemt op elk punt een andere afslag dan zijn advocaat-generaal. Het overweegt allereerst dat de tekst van art. 5(3) EEX de toepassing daarvan op een negatieve declaratoire vordering niet uitsluit (nr. 36). Vervolgens oordeelt het HvJ dat de ratio van art. 5(3) EEX zich daar evenmin tegen verzet. Het HvJ overweegt, onder verwijzing naar zijn eerdere jurisprudentie, dat de achtergrond van art. 5(3) EEX is dat de rechter van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan, vanwege de korte afstand tot de feiten en de daarmee samenhangende bewijsvoordelen, het best in staat zal zijn te beslissen (nrs. 37, 38). Deze ratio gaat ook op bij een negatieve declaratoire vordering. De normale procesverhoudingen worden daarin weliswaar omgekeerd (nr. 43), maar de beoordeling van de aangezochte rechter heeft in wezen betrekking op dezelfde gegevens, feitelijk en rechtens, als wanneer de gelaedeerde als eiser was opgetreden (nr. 48).

Het HvJ maakt in dat verband een interessant uitstapje naar zijn rechtspraak over art. 27 EEX, dat bepaalt dat wanneer voor gerechten van verschillende lidstaten tussen dezelfde partijen vorderingen aanhangig zijn die hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten, de laatst aangezochte rechter zijn uitspraak aanhoudt, totdat de bevoegdheid van het gerecht waarbij de zaak het eerst is aangebracht, vaststaat. Het HvJ herinnert eraan dat het in zijn arrest Tetry van 6 december 1994, C-406/92 al had overwogen dat een vordering gericht op het vaststellen van aansprakelijkheid, op dezelfde oorzaak berust en hetzelfde voorwerp betreft als een vordering gericht op het vaststellen van niet-aansprakelijkheid (nr. 48). De advocaat-generaal vond dat er geen verband bestond met de Tetry-zaak, omdat die zaak over regels van litispentie ging en niet over bevoegdheidsregels op zich.

Anders dan zijn advocaat-generaal (nr. 56), oordeelt het HvJ voorts dat bescherming van de zwakkere procespartij – zoals het EEX kent voor verzekerden, consumenten en werknemers in afdelingen 3 t/m 5 van Hoofdstuk II – geen oogmerk is van art. 5(3) EEX (nr. 46). Dergelijke overwegingen verzetten zich dus niet tegen toepassing van art. 5(3) EEX op een negatieve declaratoire vordering, waarin de normale processuele rollen zijn omgedraaid.

Tenslotte overweegt het HvJ dat deze processuele omdraaiing evenmin invloed heeft op het onderzoek dat een nationale rechter moet verrichten om zijn bevoegdheid na te gaan (nr. 51). Het HvJ concludeert daarom dat als de omstandigheden die in de negatieve declaratoire vordering aan de orde zijn, aanknopingspunten kunnen rechtvaardigen met het Handlungsort of het Erfolgsort, de rechter van een van deze twee plaatsen zich op grond van art. 5(3) EEX bevoegd kan verklaren, ongeacht de vraag of de vordering is ingesteld door de vermeende gelaedeerde of door de vermeende laedens (nr. 52). Het HvJ formuleert een en ander enigszins ingewikkeld; ik meen dat het HvJ bedoelt dat als de aangezochte rechter op basis van de gestelde feiten oordeelt dat zijn lidstaat als Handlungsort of Erfolgsort is te beschouwen, hij internationale rechtsmacht bezit. Of de gelaedeerde of de laedens daarbij als eiser optreedt, is in dat verband niet van belang.

## 5. Enkele discussiepunten

### *Hoe bevoegdheid vast te stellen?*

Hoe moet nu in de praktijk een rechter bij wie een negatieve declaratoire vordering wordt ingesteld, vaststellen of hij volgens de regels van het EEX internationale rechtsmacht heeft? Strikt genomen zal een rechter op basis van de in de dagvaarding aangedragen omstandigheden meestal niet tot het oordeel kunnen komen dat zijn grondgebied kwalificeert als Handlungsort of Erfolgsort. Immers, de eiser bij een negatieve declaratoire vordering zal meestal betogen dat er juist geen schade veroorzakende gebeurtenis is geweest en/of er geen schade is. Er is dus ook geen Handlungsort of Erfolgsort en bijgevolg is er dus zelden internationale rechtsmacht op grond van art. 5(3) EEX bij een negatieve declaratoire vordering. Dit lijkt mij een onjuiste toepassing van het arrest.

Het andere uiterste is wanneer een rechter zijn rechtsmacht bij een negatieve declaratoire vordering zou mogen baseren op de stelling dat zich in zijn lidstaat *geen* schade veroorzakende gebeurtenis of schade zich heeft voorgedaan. Dit lijkt mij evenmin juist. Dit zou tot een onaanvaardbaar aantal mogelijke bevoegde fora leiden. Stel bijvoorbeeld dat een Frans bedrijf een Portugese onderneming beschuldigt van het verstoren van de mededinging op de Spaanse markt, waar beide actief zijn. De Portugese onderneming ontkent mededingingsbeperkende handelingen te hebben verricht. Het logisch gevolg is dat zich (ook) geen schade heeft voortgedaan, in geen van de lidstaten. Kan de Portugese onderneming zich dan

(ook) wenden tot gerechten van bijvoorbeeld Finland met de stelling dat daar (ook) geen schade heeft plaatsgevonden? Ik meen van niet.

Naar mijn mening is de strekking van het Folien Fischer-arrest dat voor de laedens dezelfde fora openstaan op grond van art. 5(3) EEX als voor de gelaedeerde. Niet meer, maar ook niet minder. Steun daarvoor vind ik onder meer in het hierboven besproken nr. 52 van het arrest. Het HvJ stelt dat de rechter van het Handlungs- en Erfolgsort internationale rechtsmacht heeft, ongeacht de processuele rollen die de (vermeende) gelaedeerde en laedens innemen(eiser of gedaagde). De plaats van het schadebrengende feit moet dus in beide situaties hetzelfde zijn. Bij de beoordeling van zijn rechtsmacht moet de rechter derhalve abstraheren van de processuele rollen en teruggrijpen op het feitencomplex van het onderliggende onrechtmatige-daadsgeschil.

In het voorbeeld van hierboven: het geschil betreft vermeende verstooring van de mededinging op de Spaanse markt. Dat is de plek waar zich het schadebrengende feit heeft voorgedaan in de zin van art. 5(3) EEX (als Handlungs- of Erfolgsort of beide). De Spaanse rechter heeft derhalve op grond van art. 5(3) EEX rechtsmacht, zowel bij een onrechtmatige-daadsvordering ingesteld door de Fransman, als bij een negatieve declaratoire vordering ingesteld door de Portugees. Bij een negatieve declaratoire vordering zou de rechter zich dus de vraag moeten stellen wat de plek is waar zich het schadebrengende feit heeft voorgedaan, gesteld dat er wél sprake zou zijn van een onrechtmatige daad.

In de beslissing na verwijzing beslechtte het BGH de bevoegdheidsvraag op een overeenkomstige wijze (beslissing van 29 januari 2013, KZR 8/10). Het BGH oordeelde dat de gestelde mogelijk mededingingsbepurende handelingen van Folien Fischer en Fofitec op de Duitse markt zouden inwerken (nr. 16). Om die reden is de Duitse rechter bevoegd, aldus het BGH.

#### *Omvang bevoegdheid?*

Een volgende vraag is hoever de bevoegdheid op grond van art. 5(3) EEX reikt, dus de vraag naar de *omvang* van de bevoegdheid. Deze vraag speelt wanneer één handeling – zoals in de onderhavige zaak het verkoopbeleid en het weigeren van het geven van een octrooilicentie – in meer landen (vermeende) schade veroorzaakt. Elk van deze landen kwalificeert als Erfolgsort en de gerechten van elk van deze landen hebben dus op grond van art. 5(3) EEX rechtsmacht. Het onderhavige Folien Fischer arrest leert dat die bevoegdheid ook geldt ter zake van negatieve declaratoire vorderingen.

Stel dat Ritrama van mening is dat de mededinging in de gehele Europese Unie was belemmerd. Kon Ritrama dan bij de gerechten van elk land een onrechtmatige-daadsvordering instellen en zo ja, zou de aangezochte rechter (in casu de Duitse rechter) ook mogen beslissen over marktverstoringen in andere Europese lan-

den (bijvoorbeeld Italië en/of Nederland)? En geldt dit dan omgekeerd ook als Folien Fischer als eiser optreedt?

De onderhavige zaak geeft hierop geen antwoord. Het BGH wijst er in zijn beslissing na de prejudiciële procedure op dat de stelling van Folien Fischer op dit punt onduidelijk is en geeft Folien Fischer de gelegenheid haar standpunt te verhelderen. Het BHG overweegt vervolgens, onder verwijzing naar een keur van (Duitse) schrijvers, dat als de negatieve declaratoire vordering van Folien Fischer ook ziet op andere landen dan Duitsland, de Duitse rechter nog wel moet oordelen over de omvang van zijn bevoegdheid.

In de door het BGH aangehaalde literatuur wordt in dit verband wel gesproken over 'Streudelikten', één schadeveroorzakende gebeurtenis die in meerdere lidstaten tot schade leidt, waardoor er dus meerder Erfolgsorten zijn (vgl. Kropholler, *Europäisches Zivil-prozessrecht*, 2011, 9<sup>e</sup> druk, Rn. 85; Rauscher, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2006, 2<sup>e</sup> druk, Rn. 91 -91). In deze literatuur wordt gewezen op het Shevill-arrest van het HvJ (arrest van 7 maart 1995, C-68/93, NJ 1996/269 m.nt. Th.M. de Boer). In dat arrest had het HvJ geoordeeld dat in geval van belediging door middel van een in verschillende staten verspreid artikel in de pers, de gelaedeerde een vordering kan instellen in elke lidstaat waar de publicatie is verspreid. Elk van deze staten kwalificeert immers als Erfolgsort. De omvang van de rechtsmacht van deze rechters is echter beperkt tot vorderingen die betrekking hebben op de schade die in die staat is veroorzaakt, aldus het HvJ in Shevill.

Uit deze rechtspraak zou men kunnen afleiden dat ook bij andere 'Streudelikten' de omvang van de rechtsmacht van de rechter van het Erfolgsort beperkt moet blijven tot het territoire van het desbetreffende land. Zo heeft ook de Nederlandse rechter het Shevill-arrest in de (intellectuele eigendoms)praktijk toegepast (zie bijvoorbeeld Th.C.J.A. van Engelen, *Intellectuele eigendom en internationaal privaatrecht*, Den Haag: BJu 2007, nr. 458.). Een en ander zou betekenen dat in de onderhavige casus de uitspraak van de Duitse rechter alleen betrekking zal hebben op de situatie in Duitsland. Of Folien Fischer en Fofitec in andere landen onrechtmatig jegens Ritrama hebben gehandeld, wordt daarmee dus nog niet beslist.

D.F. de Lange

Amsterdam, 12 september 2013