



## Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
N. JÄÄSKINEN  
fremsat den 13. juni 2013<sup>1</sup>

**Sag C-170/12**

**Peter Pinckney  
mod  
KDG Mediatech AG**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af cour de cassation (Frankrig))

»Afvisning — manglende forbindelse mellem de præjudicielle spørgsmål og realiteten i hovedsagen eller dennes genstand — retternes kompetence på det civil- og handelsretlige område — forordning (EF) nr. 44/2001 — artikel 5, nr. 3) — specielle kompetenceregler i sager om erstatning uden for kontrakt — kriterier for at fastlægge det sted, hvor skadetilføjelsen er foregået — krænkelse af en ophavsmands ophavsrettigheder — direktiv 2001/29/EF — artikel 2-4 — presning af CD'er — udbud på internettet af CD'er — offentliggørelse på internettet af indholdet i ikke-fysisk form«

### **I – Indledning**

1. Cour de cassation (Frankrig) har forelagt Domstolen to præjudicielle spørgsmål i forbindelse med en erstatningssag mellem P. Pinckney, en fransk statsborger, som hævder bl.a. at være ophavsmand til musikalske værker, og selskabet KDG Mediatech AG (herefter »Mediatech«), et selskab med hjemsted i Østrig, på grundlag af sidstnævntes påståede ulovlige eftergørelse af nævnte værker.

2. Nærværende sag ville kunne give Domstolen anledning til at tage stilling til betingelserne for, hvornår en medlemsstats retter er kompetente *ratione loci* til at behandle en tvist, der er opstået som følge af en påstået krænkelse af ophavsrettigheder, som er begået ved hjælp af internettet, på grundlag af artikel 5, nr. 3), i Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 af 22. december 2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område<sup>2</sup>.

3. Den forelæggende ret ønsker således oplyst, hvilket tilknytningskriterium der er relevant i forhold til en krænkelse af ophavsrettigheder på tværs af landegrænser dels på grundlag af, at et ikke-fysisk indhold er offentliggjort på internettet, dels salg på internettet af et fysisk medie, der gengiver det pågældende indhold. Cour de cassation har begrundet sin forelæggelse med den forskel, der eksisterer mellem den tvist, som er forelagt for den, og de tilfælde, som Domstolen tog stilling til i dommen i sagen L'Oréal m.fl.<sup>3</sup> og i sagen eDate Advertising og Martinez<sup>4</sup>.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — EFT 2001 L 12, s. 1.

3 — Dom af 12.7.2011, sag C-324/09, Sml. I, s. 6011.

4 — Dom af 25.10.2011, forenede sager C-509/09 og C-161/10, Sml. I, s. 10269.

4. Ikke desto mindre forekommer det mig, henset til den forelæggende rets gengivelse af sagens faktiske omstændigheder og som følge af den bestemmelse af det retlige grundlag for den af P. Pinckney anlagte erstatningssag, som efter min opfattelse ubetinget skal foretages, at de præjudicielle spørgsmål er irrelevante for afgørelsen af tvisten i hovedsagen og derfor skal afvises. Det er således alene subsidiært, at jeg anfører visse bemærkninger vedrørende sagens realitet.

## II – Retsforskrifter

### A – Forordning nr. 44/2001<sup>5</sup>

5. I 12. betragtning til forordning nr. 44/2001 er anført, at »[s]om kompetencekriterium bør sagsøgtes bopæl suppleres med alternative kriterier baseret på en sags nære tilknytning til en bestemt ret eller på hensynet til god retspleje«.

6. Forordningens artikel 2, stk. 1, der er opført i afdeling 1 i kapitel II med overskriften »Almindelige bestemmelser«, er affattet således: »Med forbehold af bestemmelserne i denne forordning skal personer, der har bopæl på en medlemsstats område, uanset deres nationalitet, sagsøges ved retterne i denne medlemsstat.«

7. Forordningens artikel 5, nr. 3), som indgår i afdeling 2 i kapitel II med overskriften »Specielle kompetenceregler« bestemmer, at en person, der har bopæl på en medlemsstats område, kan sagsøges i en anden medlemsstat »i sager om erstatning uden for kontrakt, ved retten på det sted, hvor skadetilføjelser er foregået eller vil kunne foregå«<sup>6</sup>.

### B – Direktiv 2001/29/EF

8. Artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet<sup>7</sup>, der har overskriften »Retten til reproduktion« bestemmer i det væsentlige, at medlemsstaterne bl.a. skal indføre en eneret for ophavsmænd for så vidt angår deres værker til at tillade eller forbyde direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent reproduktion på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form, helt eller delvis.

9. Direktivets artikel 3, stk. 1, der har overskriften »Retten til overføring af værker til almenheden og retten til tilrådighedsstillelse for almenheden af andre frembringelser«, bestemmer følgende: »Medlemsstaterne tillægger ophavsmænd eneret til at tillade eller forbyde trådbunden eller trådløs overføring til almenheden af deres værker, herunder tilrådighedsstillelse af deres værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt.« Det præciseres i artikel 3, stk. 3, at »[r]ettighederne efter stk. 1 og 2 udtømmes ikke af en overføring til almenheden eller tilrådighedsstillelse for almenheden i henhold til denne artikel«.

5 — Det bemærkes, at der ikke er sket væsentlige ændringer af de relevante bestemmelser som følge af revisionen af forordning nr. 44/2001 ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1215/2012 af 12.12.2012 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område, EUT L 351, s. 1.

6 — Retspraksis vedrørende fortolkningen af artikel 5, nr. 3), i konventionen om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager, undertegnet i Bruxelles den 27.9.1968 (EFT 1978 L 304, s. 17), som ændret ved de efterfølgende konventioner om nye medlemsstaters tiltrædelse af denne konvention (herefter »Bruxelleskonventionen«), gælder ligeledes for fortolkningen af de tilsvarende bestemmelser i forordning nr. 44/2001, som Domstolen fastslog i dom af 25.10.2012, sag C-133/11, Folien Fischer og Fofitec, præmis 31 og 32.

7 — EFT L 167, s. 10. Henset til ordlyden af de præjudicielle spørgsmål, der alene henviser til ophavsret, er beslægtede rettigheder ikke medtaget, selv om P. Pinckney kunne være omfattet af den beskyttelse, som ydes af disse bestemmelser, i sin angivelige egenskab af fortolker af de omtvistede musikalske værker.

10. Direktivets artikel 4, stk. 1, der har overskriften »Retten til spredning« har følgende ordlyd: »Medlemsstaterne tillægger ophavsmænd eneret til at tillade eller forbyde enhver form for spredning til almenheden ved salg eller på anden måde af deres originalværker eller eksemplarer heraf.« Desuden bestemmes i stk. 2, at »[s]predningsretten udtømmes ikke i Fællesskabet for så vidt angår originalværker eller eksemplarer heraf, medmindre første salg eller anden overdragelse af ejendomsret i Fællesskabet af den pågældende genstand foretages af rettighedshaveren eller med dennes samtykke«.

### III – Hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne ved Domstolen

11. I lyset af anmodningen om præjudiciel afgørelse og parternes bemærkninger, kan sagens faktiske omstændigheder og tvisten i hovedsagen sammenfattes som følger.

12. P. Pinckney, der er bosiddende i Toulouse (Frankrig), hævder at være ophavsmand til, komponist og fortolker af 12 sange, der blev optaget på en vinylplade i 1970'erne. Han har opdaget, at disse sange uden hans tilladelse er blevet gengivet på compactdiske (herefter »CD'er«), der blev presset af selskabet KDG Mediatech AG i Østrig, hvor dette selskab har hjemsted. CD'erne er dernæst blevet markedsført af to britiske selskaber på diverse websteder, som bl.a. var tilgængelige fra P. Pinckneys bopæl i Toulouse.

13. P. Pinckney anlagde sag mod Mediatech ved tribunal de grande instance de Toulouse med henblik på at opnå erstatning for den skade, som han hævder at have lidt som følge af en krænkelse af hans ophavsrettigheder. Ved kendelse af 14. februar 2008 fastslog forberedelsesdommeren ved den pågældende ret, at denne havde kompetence til at påkende sagen, på trods af den af Mediatech rejste indsigelse om manglende stedlig kompetence.

14. Mediatech appellerede denne afgørelsen til cour d'appel de Toulouse, som afviste, at de franske domstole havde kompetence, med den begrundelse, at sagsøgtes hjemsted var Østrig, og at stedet for skadetilføjelsen ikke kunne anses for at befinde sig i Frankrig.

15. P. Pinckney iværksatte derfor kassationsanke til prøvelse af den pågældende afgørelse, idet han gjorde gældende, at der var sket tilsidesættelse af artikel 5, nr. 3), i forordning nr. 44/2001. Det er på denne baggrund, at cour de cassation ved kendelse af 5. april 2012 har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

1) » Skal artikel 5, nr. 3), i [...] forordning [nr. 44/2001] [...] fortolkes således, at i tilfælde af en påstået krænkelse af ophavsrettigheder gennem det indhold, der er lagt ud på internettet på et websted,

— har den person, der føler sig krænkede, mulighed for at anlægge erstatningssag ved retterne i hver enkelt medlemsstat, på hvis område et indhold, der er lagt på internettet, er tilgængeligt eller har været tilgængeligt, med henblik på at opnå erstatning for den skade, der er forårsaget på netop den medlemsstats område, hvor den ret, hvorved sagen er anlagt, er beliggende

eller

— er det desuden en betingelse, at dette indhold henvender sig til eller har henvendt sig til offentligheden på denne medlemsstats område, eller at der kan udpeges andre tilknytningsmomenter?

- 2) Skal [det første spørgsmål] besvares på samme måde, når den påståede krænkelse af ophavsrettigheder ikke skyldes, at et ikke-fysisk indhold er blevet lagt på nettet, men ligesom i det foreliggende tilfælde skyldes udbuddet på internettet af et fysisk medium, der gengiver dette indhold?»

16. Anmodningen om præjudiciel afgørelse blev registreret på Domstolens Justitskontor den 11. april 2012. Der er indgivet skriftlige indlæg af P. Pinckney, den franske, den græske, den østrigske og den polske regering samt af Europa-Kommissionen. Der har ikke været afholdt retsmøde i sagen.

## IV – Analyse

### A – Formaliteten

17. Jeg vil behandle de to formalitetsindsigelser, der er relevante i det foreliggende tilfælde, under hensyntagen til dels den undtagelsesvise karakter af afgørelser om afvisning i forbindelse med præjudicielle anmodninger, som skyldes det grundlæggende princip om godt samarbejde med de nationale retter, dels retternes behov for at give Domstolen lejlighed til at udtale sig om den ønskede fortolkning af EU-retlige bestemmelser i lyset af og i det omfang det er nødvendigt for hovedsagen.

18. Det fremgår af fast retspraksis, at der foreligger en formodning for, at præjudicielle spørgsmål stillet af de nationale retter er relevante<sup>8</sup>. I denne henseende er afvisningen af dem »kun mulig, når det klart fremgår, at den af den nationale ret ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, eller når problemet er af hypotetisk karakter, og Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål«<sup>9</sup>. Dette forekommer mig imidlertid at være tilfældet i nærværende sag.

#### 1. Utilstrækkelig beskrivelse af sagens faktiske omstændigheder

19. Den første formalitetsindsigelse, som ganske vist ikke er gjort gældende af nogen af sagens parter, men som kan påkendes af egen drift<sup>10</sup>, omhandler det tilfælde, at det vil være umuligt for Domstolen at besvare de forelagte spørgsmål, henset til den forelæggende rets utilstrækkelige beskrivelse af sagens faktiske kontekst. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse indeholder ingen oplysninger om bl.a. karakteren af forholdet mellem det østrigske selskab og de britiske selskaber, eventuelt parallelle sager anlagt af P. Pinckney mod disse selskaber, aktiviteterne på de pågældende hjemmesider eller den tekniske fremgangsmåde, hvorved det beskyttede indhold, som er nævnt i det første spørgsmål, er lagt på internettet.

20. Hullerne i forelæggelseskendelsen vanskeliggør Domstolens opgave, der består i at give så brugbart et svar som muligt på de forelagte spørgsmål belyst ved de faktiske omstændigheder i sagen. Ikke desto mindre forekommer det mig, at det ikke vil være umuligt for Domstolen at foretage den fortolkning, som den er anmodet om, af artikel 5, nr. 3), i forordning nr. 44/2001, da den som påkrævet i henhold til retspraksis råder over tilstrækkelige oplysninger til at bestemme rækkevidden af de forelagte spørgsmål<sup>11</sup>, i det foreliggende tilfælde definitionen på det relevante tilknytningskriterium ved en krænkelse af ophavsrettigheder. Anmodningen om præjudiciel afgørelse skal således ikke afvises af denne grund.

8 — Jf. bl.a. dom af 15.9.2011, sag C-197/10, *Unió de Pagesos de Catalunya*, Sml. I s. 8495, præmis 17 og den deri nævnte retspraksis.

9 — Jf. bl.a. dom af 24.4.2012, sag C-571/10, *Kamberaj*, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis.

10 — Det påhviler således Domstolen, som det påhviler enhver retsinstans, at efterprøve sin egen kompetence, jf. dom af 9.12.2010, sag C-241/09, *Fluxys*, Sml. I, s. 12773, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis.

11 — Jf. bl.a. dom af 17.7.2008, sag C-94/07, *Raccanelli*, Sml. I, s. 5939, præmis 29.

2. De forelagte spørgsmål er irrelevante for afgørelsen i hovedsagen

21. Den anden formalitetsindsigelse, der er gjort gældende af den østrigske regering og af Kommissionen, vedrører brugbarheden af Domstolens svar for afgørelsen i hovedsagen, henset til den tydelige mangel på sammenhæng mellem de forelagte spørgsmål og den sag, der er forelagt for den forelæggende ret.

22. Domstolen har gentagne gange fastslået, at det er ufornuddent at besvare præjudicielle spørgsmål, når den ønskede fortolkning af EU-retten ikke har til formål at klarlægge løsningen af tvisten i hovedsagen, navnlig idet genstanden for denne tvist er forskellig fra genstanden for de forelagte spørgsmål<sup>12</sup>.

23. På denne baggrund består særegenheden ved denne sag i, at dette aspekt vedrørende formaliteten ikke umiddelbart kan afgøres, men kræver en forudgående undersøgelse af ordningen for beskyttelse af ophavsret i Den Europæiske Union. En national ret, som er forelagt en sag om krænkelse af ophavsrettigheder på grundlag af artikel 5, nr. 3), i forordning nr. 44/2001, skal således først bestemme de påståede aktiviteter i forhold til de selvstændige begreber, der er indeholdt i direktiv 2001/29<sup>13</sup>, med henblik på at lokalisere en af de påståede betingelser for ansvar på den medlemsstats territorium, hvor retten har sit sæde, for i givet fald at kunne bekræfte, at den har kompetence<sup>14</sup>.

24. Jeg er derfor i lighed med Kommissionen af den opfattelse, at det er nødvendigt at bedømme de forskellige ophavsretlige enerettigheder, som er relevante for denne sag, hver for sig, på trods af den generelle ordlyd af de præjudicielle spørgsmål, som uden at skelne henviser til »ophavsrettigheder«. Når denne kvalifikation er foretaget, vil den manglende forbindelse mellem de forelagte spørgsmål og tvisten i hovedsagen fremstå mere klart.

a) Kvalifikationen af de påståede krænkelseshandlinger i forhold til de ophavsretlige enerettigheder, der er fastsat i direktiv 2001/29

25. For det første er der efter min opfattelse ingen tvivl om, at den påståede kopiering over på en CD af de omhandlede værker, som angiveligt skulle være foretaget af Mediatech, er omfattet af eneretten til reproduktion som omhandlet i artikel 2 i direktiv 2001/29. Det skal præciseres i denne henseende, at krænkelse af retten til reproduktion i princippet har en streng territorial karakter. I nærværende sag er dette territorium for så vidt angår presningen af CD'en Østrig. Selv om ophavsmanden til den ikke-tilladte reproduktion ligeledes videreformidler eller distribuerer det omhandlede indhold til udlandet enten selv eller via en medskyldig, er den hermed forbundne ekstraterritorialitet en konsekvens af de senere videreformidlings- eller distributionshandlinger og ikke af selve reproduktionshandlingen.

26. Hvad endvidere angår udbuddet på internettet af de nævnte CD'er, som angiveligt er foretaget af de britiske selskaber, er jeg af den opfattelse, at det er omfattet af anvendelsesområdet for eneretten til spredning fastsat i artikel 4 i direktiv 2001/29. Et sådant udbud på internettet har således til formål at overføre ejendomsretten til det fysiske medie med det ophavsretligt beskyttede indhold<sup>15</sup>. Denne kvalifikation bør efter min opfattelse ikke være forskellig, uanset om udbuddet sker i en butik eller på internettet.

12 — Jf. bl.a. dom af 9.11.2010, forenede sager C-92/09 og C-93/09, Volker og Markus Schecke og Eifert, Sml. I, s. 11063, præmis 40-42 og den deri nævnte retspraksis.

13 — Jf. bl.a. dom af 21.6.2012, sag C-5/11, Donner, præmis 25.

14 — Jf. i denne retning J. Fawcett og P. Torremans, *Intellectual Property and Private International Law*, Oxford University Press, 2011, s. 561, nr. 10.86 og s. 564, nr. 10.95.

15 — Denne kvalifikation er støttet af 29. betragtning til direktiv 2001/29, hvorefter onlinetjenester er modstillet fysiske medier, hvilken bestemmelse selv er støttet på »fælleserklæringen vedrørende artikel 6 og 7« i WIPO-traktaten om ophavsret (WCT), der blev vedtaget i Genève den 20.12.1996, godkendt på Det Europæiske Fællesskabs vegne ved Rådets afgørelse 2000/278/EF [...] af 16.3.2000 (EFT L 89, s. 6).

27. Vanskeligheden består således dernæst primært i at afgøre, hvilke enerettigheder den offentliggørelse på internettet af det ophavsretligt beskyttede indhold i ikke-fysisk form, som er genstand for det første præjudicielle spørgsmål, er omfattet af. I denne henseende kunne den tekniske fremgangsmåde, der ikke er identificeret af den forelæggende ret, bestå i »streaming«, i at downloade filer til en central server eller i at dele filer »peer to peer«.

28. Det forekommer mig, at lovgivers hensigt, der kommer til udtryk i 23. betragtning til direktiv 2001/29, var, at alle disse fremgangsmåder skal være omfattet af begrebet »overføring til almenheden« som omhandlet i direktivets artikel 3, stk. 1, som særligt vedrører »trådbunden eller trådløs overføring til almenheden af deres værker, herunder tilrådighedsstillelse af deres værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt«<sup>16</sup>. Desuden har Domstolen for nylig i dommen i sagen ITV Broadcasting m.fl.<sup>17</sup> fastslået, at retransmission af værker medtaget i en jordbaseret tv-udsendelse af en anden organisation end det oprindelige tv-selskab ved hjælp af streaming over internettet, der gøres tilgængelig for abonnenter, som kan modtage retransmissionen ved at logge på tredjemands server (»live streaming«), er omfattet af begrebet »overføring til almenheden«.

29. Offentliggørelse på internettet af sange i ikke-fysisk form vil i givet fald ligeledes kunne falde ind under området for eneretten til reproduktion som omhandlet i artikel 2 i direktiv 2001/29, der vedrører »midlertidig eller permanent reproduktion på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form«<sup>18</sup>. Navnlig har Domstolen præciseret, at dette begreb kan finde anvendelse på en midlertidig og delvis reproduktion, der består i at lagre et uddrag af et beskyttet værk i en computers hukommelse<sup>19</sup>. Såfremt den offentliggørelse på internettet af sange, som den forelæggende ret henviser til, skal anses for at være en reproduktion, forekommer det mig, at den vil være lokaliseret på stedet for offentliggørelsen på internettet (»upload«)<sup>20</sup>.

30. Det følger heraf, at de tre tværgående ophavsretlige enerettigheder, der er knæsat ved direktiv 2001/29, er relevante i hovedsagen, således at grundlaget for et sagsanlæg mod hver enkelt af de formodede krænkere er forskelligt, og at lokaliseringen af de handlinger, der kan gøres gældende over for dem, varierer afhængigt af hvilken rettighed, der gøres gældende.

#### b) Konsekvenserne for relevansen af de præjudicielle spørgsmål

31. Den østrigske regering har bestridt, at anmodningen om præjudiciel afgørelse som helhed kan antages til realitetsbehandling på grundlag af den manglende forbindelse mellem de forelagte spørgsmål og tvisten i hovedsagen, mens Kommissionen synes at tale for delvis antagelse til realitetsbehandling, idet den sonderer mellem spørgsmålet om krænkelse af P. Pinckneys ret til reproduktion, som der er grundlag for at behandle, og spørgsmålet om krænkelse af hans ret til spredning, som skal afvises.

16 — Derimod kan Domstolens ræsonnement i dom af 3.7.2012, sag C-128/11, UsedSoft, efter min opfattelse ikke overføres på nærværende sag. I denne sag fastslog Domstolen, at der ikke var grundlag for at sondre mellem at downloade en kopi af et edb-program fra en internetside og at få det leveret på CD-ROM, idet begge fremgangsmåder var omfattet af begrebet »offentlig spredning« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 4 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/24/EF af 23.4.2009 om retlig beskyttelse af edb-programmer (EUT L 111, s. 16). Domstolen understregede imidlertid den specifikke karakter af denne afgørelse i sammenhæng med dette direktiv, som er lex specialis i forhold til direktiv 2001/29, der er relevant i nærværende sag (dommens præmis 51, 56 og 60).

17 — Dom af 7.3.2013, sag C-607/11.

18 — Ifølge artikel 9, stk. 3, i konventionen til værn for litterære og kunstneriske værker, undertegnet i Bern den 9.9.1886, som ændret ved ændringen af 28.9.1979 (herefter »Bernerkonventionen«), anses som reproduktion »også enhver lyd- eller billedoptagelse«. Ifølge artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/29 »er midlertidige reproduktionshandling, som er flygtige eller tilfældige, som udgør en integrerende og væsentlig del af en teknisk proces«, »som ikke har selvstændig økonomisk værdi« undtaget på betingelse af deres formål, som skal være »en mellemands transmission i et netværk mellem tredjemænd« eller »en lovlig brug«.

19 — Dom af 16.7.2009, sag C-5/08, Infopaq International, Sml. I, s. 6569, præmis 51.

20 — Jf. i denne retning U. Magnus og P. Mankowski, *European Commentaries on Private International Law, Brussels I Regulation*, 2. udg., Sellier, Munich, 2012, nr. 226, s. 250. Internettet tillader cirkulation af indhold ud over landegrænser, men stedet for overførsel af filerne kan i sig selv lokaliseres. I det tilfælde, som den forelæggende ret nævner, er reproduktionen af »teknisk« karakter i den forstand, at den kun sker til brug for en anden handling, i det konkrete tilfælde en overføring, der kan være omfattet af artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/29.

32. Hvad angår den påståede krænkelse af retten til reproduktion, som P. Pinckney har påberåbt sig, har jeg allerede forklaret, at de handlinger, der består i udbud på internettet af CD'er eller offentliggørelse af indhold i ikke-fysisk form, som alene er genstand for de spørgsmål, der er forelagt Domstolen, henholdsvis er omfattet af retten til spredning og til overføring<sup>21</sup>. Følgelig anser jeg det for uforholdsmæssigt at foretage en bedømmelse, som den forelæggende ret ikke har anmodet om, af kriterierne for at fastlægge det sted, hvor skadetilføjelsen er foregået, i forhold til krænkelsen af retten til reproduktion, på trods af at sidstnævnte synes at være den eneste enerettighed, som Mediatech har kunnet kræve.

33. For så vidt angår den påståede krænkelse af retten til spredning og til overføring er det min opfattelse henset til de oplysninger, som Domstolen råder over, at vi har at gøre med en sag, hvori den ønskede fortolkning af EU-retten ikke har nogen forbindelse med hovedsagens realitet eller genstand.

34. Det første præjudicielle spørgsmål tager således udgangspunkt i den situation, at et ikke-fysisk indhold er blevet lagt på internettet, således som den østrigske regering har understreget. Det fremgår imidlertid såvel af den korte fremstilling af de faktiske omstændigheder i anmodningen om præjudiciel afgørelse som af en modsætningslutning fra ordlyden af det andet spørgsmål<sup>22</sup>, at dette tilfælde ikke svarer til de faktiske omstændigheder, der har givet anledning til den tvist, som er forelagt for den forelæggende ret. I henhold til en retspraksis, som er gentaget ved talrige lejligheder, er det derfor uforholdsmæssigt at besvare dette første spørgsmål<sup>23</sup>.

35. Det svar, som Domstolen vil kunne give på det andet præjudicielle spørgsmål, vil heller ikke være brugbart for den forelæggende ret, eftersom retten heller ikke er forelagt en sag vedrørende onlinedistribution af CD'er fra en internetside, men en sag vedrørende reproduktion af værker som følge af presning af CD'er i Østrig.

36. Det er således ubestridt, at det udbud af CD'er på internettet, som er genstanden for det andet præjudicielle spørgsmål, er sket på foranledning af britiske selskaber, som ikke er parter i hovedsagen<sup>24</sup>. Reelt indeholder de sagsakter, som Domstolen har til rådighed, ingen oplysninger, som gør det muligt at afgøre, om den eneste sagsøgte i hovedsagen, Mediatech, direkte eller indirekte har deltaget i disse sprednings- eller overføringshandlinger via internettet.

37. I denne forbindelse skal jeg bemærke, at det svar, som Domstolen vil kunne give på de forelagte spørgsmål, kun vil være brugbart for den forelæggende ret, hvis artikel 5, nr. 3), i forordning nr. 44/2001 gør det muligt at stævne den formodede ansvarlige for en påstået krænkelsehandling ved en domstol, som har sæde i en medlemsstat, hvori den pågældende ikke har hjemsted, med den begrundelse, at en anden påstået krænkelsehandling begået af en tredjemand, som ikke er sagsøgt i sagen, har haft sin skadegørende virkning i denne medlemsstat, og at sagsøgtes handling var en forudsætning for, at nævnte tredjemands efterfølgende handlinger var mulige.

21 — Selv om offentliggørelse på internettet af ikke-fysisk indhold i teorien kan nødvendiggøre en beskyttelse af en digital kopi og ligeledes være omfattet af retten til reproduktion, for så vidt som denne reproduktion ikke er omfattet af artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/29, som jeg har redegjort for i punkt 29 i nærværende forslag til afgørelse, vil jeg ikke foretage en nærmere undersøgelse af dette aspekt henset til dets rent hypotetiske karakter i forhold til de forelagte spørgsmål.

22 — Hvori der sondres mellem offentliggørelsen på internettet af et ikke-fysisk indhold og et tilfælde »ligesom i det foreliggende tilfælde [af] udbuddet på internettet af et fysisk medium« (min fremhævelse).

23 — Jf. f.eks. dom af 15.6.2006, sag C-466/04, Acereda Herrera, Sml. I, s. 5341, præmis 51, og af 2.4.2009, sag C-459/07, Elshani, Sml. I, s. 2759, præmis 44.

24 — Det tilføjes, at det fremgår af den af P. Pinckney indleverede kassationsbegæring, som er vedlagt den præjudicielle anmodning som bilag, at han ikke har gjort gældende ved de franske domstole, at det østrigske selskab har været medvirkende til de britiske selskabers aktiviteter.

38. Domstolen har imidlertid for nylig fastslået, at der på grundlag af en ulovlig handling, der formodes at være foretaget af en tredjemand, som ikke er sagsøgt, ikke kan etableres en sådan kompetence på det sted, hvor den skadevoldende handling er begået af denne tredjemand, til at påkende en sag, som er rettet mod en anden formodet forvolder, som ikke selv har foretaget handlinger<sup>25</sup>. En sådan afledt kompetence synes ikke at være til stede på stedet for indtræden af en skade, der skyldes påståede handlinger foretaget af tredjemand, der ikke er sagsøgt, i en konfiguration som den, der er omhandlet i hovedsagen, eftersom stedet for den skade, der er et resultat af en krænkelse af P. Pinckneys ret til reproduktion, forekommer mig at være et andet end stedet for den skade, der er et resultat af en krænkelse af hans rettigheder til spredning og overføring.

39. Eftersom spørgsmålet om definitionen på det sted, hvor skadetilføjelsen er foregået, som omhandlet i artikel 5, nr. 3), i forordning nr. 44/2001, i tilfælde af distribution på tværs af grænser ved hjælp af internettet af fysiske medier eller ikke-fysisk indhold, der gengiver de beskyttede værker, kun er relevant i forbindelse med en sag anlagt mod de formodede ophavsmænd til disse handlinger, er de to præjudicielle spørgsmål efter min opfattelse ikke udtryk for, at der objektivt er brug for en besvarelse, på grundlag af hvilken hovedsagen kan afgøres<sup>26</sup>.

40. Jeg foreslår derfor Domstolen at afvise anmodningen om præjudiciel afgørelse fra cour de cassation fra realitetsbehandling.

#### B – Subsidiært forslag vedrørende sagens realitet

41. Da jeg foreslår Domstolen at afvise anmodningen om præjudiciel afgørelse som helhed fra realitetsbehandling, er det alene subsidiært, at jeg vil foretage en bedømmelse af definitionen af »det sted, hvor skadetilføjelsen er foregået« som omhandlet i artikel 5, nr. 3), i forordning nr. 44/2001.

42. I denne henseende bemærkes, at Domstolen, siden den forelæggende ret har indgivet sin anmodning, har haft lejlighed til at tage stilling til spørgsmål i lighed med dem, der er genstand for nærværende sag på andre områder af immaterialretten, nemlig varemærkeretten<sup>27</sup>, og som et led heri sui generis-retten med hensyn til databaser<sup>28</sup>. Selv om retningslinjerne i retspraksis på dette område uden tvivl er mere klare i dag, er de præciseringer, som Domstolen vil kunne give med hensyn til lokaliseringen af en tilsidesættelse af ophavsret via internettet med henblik på at fastlægge retternes kompetence, ikke desto mindre imødeset<sup>29</sup>.

43. Henset til visse modstridende indlæg for Domstolen<sup>30</sup> synes det brugbart at gennemgå rækkevidden af det territorialprincip, som karakteriserer dette område, før der drages konkrete slutninger vedrørende retternes kompetence i tilfælde af en kompleks ophavsretlig krænkelse på tværs af grænser ved hjælp af internettet, som omhandlet i de af den forelæggende ret nævnte tilfælde.

25 — Dom af 16.5.2013, sag C-228/11, Melzer.

26 — Jf. Domstolens formulering i dom af 17.5.1994, sag C-18/93, Corsica Ferries, Sml. I, s. 1783, præmis 14 og den deri nævnte retspraksis. Jf. bl.a. analogt dommen i sagen Volker og Markus Schecke og Eifert, præmis 41 og 42, samt dom af 16.10.2008, sag C-313/07, Kirtruna og Viganò, Sml. I, s. 7907, præmis 30 og 31, og af 1.10.2009, sag C-567/07, Woningstichting Sint Servatius, Sml. I, s. 9021, præmis 45 og 46.

27 — Dom af 19.4.2012, sag C-523/10, Wintersteiger.

28 — Jf. kapitel III i Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 96/9/EF af 11.3.1996 om retlig beskyttelse af databaser (EFT L 77, s. 20) i dom af 18.10.2012, sag C-173/11, Football Dataco m.fl.

29 — Jf. til illustration af de mangeartede fortolkninger af Domstolens praksis M.-E. Ancel, »Quel juge en matière de contrefaçon?«, i C. Nourissat og É. Treppoz, *Droit international privé et propriété intellectuelle*, Lamy, 2010, s. 173; É. Treppoz, »Droit européen de la propriété intellectuelle«, *RTDE* 47 (4), okt.-dec. 2011, s. 847; T. Azzi, kommentarer til dommen Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 12.7.2012, nr.11-15 165, *Journal du droit international (Clunet)*, nr. 1, jan. 2013, 2, nr. 22 ff.

30 — Den polske regering har henvist til den universelle karakter af beskyttelsen af ophavsretten, mens P. Pinckney og Kommissionen har understreget, at territorialprincippet dominerer dette område.



## 1. Rækkevidden af det ophavsretlige territorialprincip

44. Det ophavsretlige territorialprincip er hjørnестenen i samspillet mellem de 27 forskellige nationale ordninger, som har til opgave at yde en parallel beskyttelse af det samme værk inden for EU<sup>31</sup>.

45. Dette princip, som udgør kernen i hele immaterialretten, kan variere i forhold til de tre dimensioner, der består i retternes kompetence, lovvalg og materiel ret. Som det fremgår af dommen i sagen *Football Dataco m.fl.*, er der på dette område en snæver forbindelse mellem hvert enkelt af disse aspekter<sup>32</sup>.

46. Hvad angår retternes kompetence anser jeg det for udgangspunktet, at territorialprincippet indebærer, at retterne i en medlemsstat kun kan påkende krænkelse af ophavsretten, hvis og i det omfang det territorium, hvor deres ret har sæde, er berørt. Denne forbindelse mellem territorium og retternes kompetence kan ganske vist afbrydes, når den pågældende ret har kompetence i sagen som helhed uafhængigt af lokaliseringen af de faktiske omstændigheder i sagen, for eksempel når rettens kompetence er støttet på artikel 2 i forordning nr. 44/2001<sup>33</sup>.

47. Hvad angår lovvalg foreskriver artikel 8, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 864/2007, af 11. juli 2007 om lovvalgsregler for forpligtelser uden for kontrakt (Rom II)<sup>34</sup>, at »loven i det land, for hvilket beskyttelse gøres gældende« udelukkende og uden undtagelse finder anvendelse på en forpligtelse uden for kontrakt, der udspringer af en krænkelse af en intellektuel ejendomsrettighed, der ikke er »en EF-enhedsret«<sup>35</sup>. Denne regel, som hviler på en subjektiv tilknytning, og som i første omgang overlader lovvalget til sagsøger, betyder, at den, der hævder, at en af hans ophavsrettigheder har lidt skade, må søge beskyttelse under en national lovgivning, da der ikke findes ophavsret uden for en sådan lovgivning<sup>36</sup>. I denne henseende udgør den nævnte lovvalgsregel ikke så meget en konsekvens af territorialprincippet som en manifestation af dets eksistens.

48. Det er således på det materielle plan, at idéen om territorialitet får sin fulde virkning. Fra denne vinkel betyder princippet, at ophavsretlig beskyttelse af et værk er afhængig af en national lovgivning, såvel med hensyn til anerkendelsen af denne ret, som er underlagt overholdelsen af de betingelser, der er fastsat ved den pågældende lovgivning, som med hensyn til rettens omfang, der er begrænset til det omhandlede territorium<sup>37</sup>. Med andre ord er ophavsretten, både når det gælder dens eksistens og dens virkninger, underlagt en retsordens grænser<sup>38</sup>. Det er på dette stadie af vurderingen, at det skal fastlægges, hvilket territorielt anvendelsesområde der gælder for den ophavsretslige beskyttelse i den medlemsstat, hvor beskyttelsen er gjort gældende<sup>39</sup>.

31 — Og dette på trods af harmoniseringen af visse af dens aspekter ved de syv generelle eller sektorspecifikke direktiver, der er vedtaget i EU på dette område siden 1991. Jf. om dette emne punkt 3 i forslag til afgørelse fra generaladvokat Mengozzi fremsat den 7.3.2013 i sag C-521/11, *Amazon.com International Sales m.fl.*, der verserer for Domstolen.

32 — I den dom fandt Domstolen, der var forelagt et spørgsmål om stedbestemmelsen af en handling, der bestod i »genanvendelse« som omhandlet i artikel 7 i direktiv 96/9/EF, det nødvendigt både at anføre argumenter i materiel henseende og i international privatretlig henseende.

33 — Efter min opfattelse findes en sådan kompetence også på immaterialrettens område, som det antydes i præmis 30 i *Wintersteiger*-dommen, hvorefter »den geografiske begrænsning af beskyttelsen af et nationalt varemærke ikke er af en sådan art, at den udelukker, at andre retter end de i den medlemsstat, hvor nævnte varemærke er registreret beliggende, har international kompetence«.

34 — EUT L 199, s. 40.

35 — Denne løsning, som ifølge 26. betragtning til forordningen er »universelt anerkendt« er i overensstemmelse med bestemmelsen i artikel 5, stk. 2, i Bernerkonventionen.

36 — P. Huber og M. Illmer, *Rome II Regulation*, Sellier, Munich, 2011, artikel 8, stk. 29-31 og 34, s. 241.

37 — Jf. bl.a. på området for ophavsret dom af 14.7.2005, sag C-192/04, *Lagardère Active Broadcast*, Sml. I, s. 7199, præmis 46. Det skal tilføjes, at der findes regionale ordninger for immaterielle rettigheder såsom EF-varemærket og Benelux-varemærket.

38 — Det præciseres, at det følger af artikel 5, stk. 1, i Bernerkonventionen, at udenlandske værker og ophavsænd nyder samme beskyttelse som de nationale.

39 — Jf. analogt dommen i sagen *Football Dataco m.fl.*, præmis 28.

49. Jeg finder det ubestrideligt, at beskyttelsesordningen for intellektuelle ejendomsrettigheder og i særdeleshed for ophavsretten på EU-rettens nuværende udviklingstrin grundlæggende fortsat er domineret af dette territorialprincip<sup>40</sup>. Imidlertid har Domstolens seneste praksis mindsket visse negative virkninger af den ophavsretlige territorialitet med henblik på at tilpasse den til virkeligheden i dag, hvor beskyttede værker spredtes på tværs af landegrænser, og dette både med hensyn til kriterierne for retternes kompetence<sup>41</sup> og betingelserne for, at der materielt set foreligger en krænkelse af forskellige intellektuelle ejendomsrettigheder<sup>42</sup>.

50. Jeg er følgelig af den opfattelse, at i mangel af en lovgivningsmæssig indgriben i denne henseende<sup>43</sup> forudsætter krænkelse af ophavsretten, som er særegne derved, at de er blevet begået ved hjælp af internettet, ikke en revolution af den klassiske territoriale tilgangsvinkel til denne kategori af rettigheder, men snarere en nye definition af måden, hvorpå forbindelsen mellem en virtuel adfærd og et bestemt område kommer til udtryk<sup>44</sup>.

2. De retsinstanter, der har kompetence til at påkende en påstået krænkelse af forskellige ophavsretlig enerettigheder via internettet

a) Rammerne for bedømmelsen

51. Det følger af artikel 2 sammenholdt med artikel 5, nr. 3), i forordning nr. 44/2001, at sagsøgeren i sager anlagt på grundlag af krav om erstatning uden for kontrakt har en valgmulighed, idet han kan vælge enten at anlægge sagen ved retterne i den stat, på hvis område sagsøgte har bopæl, eller retterne på »det sted, hvor skadetilføjelsen er foregået« eller »vil kunne foregå«.

52. Ifølge fast retspraksis er det andet kompetenceområde opdelt i to led, nemlig for det første »stedet for skadens indtræden« og for det andet »stedet for den skadevoldende begivenhed, der ligger til grund for denne skade, således at sagsøgte efter sagsøgerens valg kan sagsøges ved retten på det ene eller det andet af disse to steder«<sup>45</sup>. Hvert enkelt af disse tilknytningspunkter skal behandles efter hinanden set i forhold til hovedsagens omstændigheder.

b) Lokaliseringen af en krænkelse af retten til reproduktion

53. Jeg har tidligere anført, at tilsidesættelsen af en ophavsmands ret til reproduktion i princippet ikke er af grænseoverskridende karakter, eftersom stedet for den skadevoldende handling og stedet for skadetilføjelsen er identiske. Den skade, der skyldes en krænkelse af en ret til reproduktion, er således fuldt ud realiseret alene som følge af gennemførelsen af reproduktionshandlingen, og indtræder derfor på samme sted som denne<sup>46</sup>.

40 — Kommissionen undersøger i øjeblikket muligheden for en revision af ophavsretten i EU i forhold til bl.a. territorialitet, jf. COM(2012), 789 final.

41 — Wintersteiger-dommen, og dommen i sagen Football Dataco m.fl.

42 — Jf. Donner-dommen vedrørende en krænkelse af eneretten til spredning i forbindelse med distancesalg på tværs af landegrænser og dommen i sagen L'Oréal m.fl. vedrørende en onlinekrænkelse af nationale varemærker og EF-varemærker.

43 — Jf. på området for radiospredning via kabel og satellit, som i princippet har de samme vanskeligheder i forhold til lokalisering som internettet, det eneste tilknytningskriterium, der er vedtaget af fællesskabslovgiver med henblik på at centralisere lovvalget, kontrollen med og udøvelsen af den dertil knyttede ophavsret i en medlemsstat [artikel 1, stk. 2, litra b)], i Rådets direktiv 93/83/EØF af 27.9.1993 om samordning af visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og viderespredning pr. kabel (EFT L 248, s. 15).

44 — Således har Domstolen på området for krænkelse af personlige rettigheder tilpasset de kriterier, der er udledt af dom af 7.3.1995, sag C-68/93, Shevill m.fl., Sml. I, s. 415, til særegenhederne ved spredning via internettet i dommen i sagen eDate Advertising og Martinez.

45 — Denne valgmulighed blev anerkendt ved dom af 30.11.1976, sag 21/76, Bier, Sml. s. 1735, præmis 19, og er blevet gentaget utallige gange, bl.a. i dommen i sagen Folien Fischer og Fofitec, præmis 39 og 40.

46 — Det bemærkes, at det følger af dom af 19.9.1995, sag C-364/93, Marinari, Sml. I, s. 2719, præmis 15, og af 10.6.2004, sag C-168/02, Kronhofer, Sml. I, s. 6009, præmis 20, at det sted, der var »midtpunktet for skadelidtes formue«, som i sidste ende blev anset for at være der, hvor al økonomisk skade var indtrådt, ikke var stedet for skadens indtræden.

54. Det følger heraf, at det alene er de østrigske eller de britiske retter, der i princippet vil være kompetente til at påkende de retlige konsekvenser af henholdsvis presningen af CD'erne i Østrig eller den hypotetiske offentliggørelse på internettet af sangene i Det Forenede Kongerige ved hjælp af indlæsning af en kopi på en host-server, der har forbindelse til internettet<sup>47</sup>, og den skade, der er en følge heraf.

c) Lokaliseringen af en krænkelse af retten til spredning eller til overføring

55. Derimod kan tilsidesættelsen af retten til spredning og til overføring tilføre et udenlandsk element, der fører til en forskydning af de forskellige elementer af det påståede erstatningsansvar og følgelig til en adskillelse af de forskellige tilknytningspunkter med hensyn til anvendelsen af artikel 5, nr. 3), i forordning nr. 44/2001. Den skade, der skyldes krænkelse af retten til spredning eller overføring kræver nemlig en modtager eller en mulig offentlighed, der kan befinde sig på et andet sted end stedet for den pågældende handling.

56. I tilfælde af en krænkelse af ophavsretten på tværs af grænser ved hjælp af internettet forholder det sig efter min opfattelse ikke således, at bestemmelsen af det »sted, hvor skadetilføjelsen er foregået« skal være underlagt forskellige grundlæggende principper alt efter, om den omhandlede krænkelse er af den ene eller den anden af disse rettigheder<sup>48</sup>. I lighed med parterne i sagen for Domstolen mener jeg derfor, at der skulle gives det samme svar på de to forelagte spørgsmål, hvis de kunne antages til realitetsbehandling.

i) Stedet for den skadevoldende begivenhed

57. For så vidt angår stedet for den skadevoldende begivenhed, der giver kompetence til den retsinstans, der er forelagt sagen, for hele den skade, der er lidt<sup>49</sup>, er jeg af den opfattelse, at der skal anvendes den samme tilgangsvinkel på ophavsrettens område som den, der blev lagt til grund af Domstolen i Wintersteiger-dommen, på varemærkerettens område<sup>50</sup>, som består i at tillægge kompetence til retsinstanserne på det sted, hvor de formodede krænkere har hjemsted, som det sted, hvor udbuddet på internettet af CD'er – for så vidt angår spredningshandlingen – eller offentliggørelsen på internettet af sangene (»uploading«) – for så vidt angår overføringshandlingen – er blevet besluttet.

58. I begge tilfælde fører dette kriterium i den foreliggende sag til, at de britiske retsinstanser på det sted, hvor de omhandlede selskaber har hjemsted, har kompetence og har derfor kun en begrænset interesse for sagsøgeren i forhold til den generelle kompetenceregulering i artikel 2, stk. 1, i forordning nr. 44/2001.

47 — Forudsat at den anvendte tekniske proces rent faktisk kræver en reproduktion.

48 — J. Fawcett og P. Torremans, s. 575, nr. 10 157.

49 — Dette fremgår af præmis 25 i dommen i sagen Shevill m.fl., og er blevet stadfæstet ved Wintersteiger-dommen, på trods af territorialprincippet på området for krænkelse af varemærkerettigheder (præmis 30).

50 — Dommens præmis 37.

ii) Stedet for skadens indtræden

59. I betragtning af den allestedsnærværende spredning af kopierede musikalske værker via internettet består de største vanskeligheder i at lokalisere stedet for skadens indtræden i forhold til skader, som følger af online overførings- eller spredningshandlinger. I denne henseende afspejler de mangeartede fortolkninger, der er foreslået Domstolen i forbindelse med nærværende sag<sup>51</sup>, de divergerende løsninger, der er lagt til grund af medlemsstaternes retsinstanser<sup>52</sup>, og de talrige forslag på området i litteraturen<sup>53</sup>.

60. Det forekommer mig imidlertid, at principperne for løsning af disse vanskeligheder fremover med tilstrækkelig tydelighed kan udledes af Domstolens seneste praksis.

61. Hvad angår materiel ret har Domstolen gentagne gange taget stilling til kriterierne for lokaliseringen af en krænkelse af de forskellige immaterielle rettigheder via internettet med henblik på at afgrænse det territoriale anvendelsesområde for den ret, i henhold til hvilken der er søgt beskyttelse, under hensyntagen til, om der foreligger en reel forbindelse mellem den påståede krænkelse af de immaterielle rettigheder og det omhandlede territorium. I disse domme har Domstolen systematisk prioriteret et kriterium vedrørende den omstændighed, at aktiviteten på den pågældende side er rettet mod henholdsvis offentligheden i EU eller i en medlemsstat<sup>54</sup>. Domstolen har for nyligt præciseret indholdet af dette kriterium ved at anføre, at aktiviteten på siden skal afspejle »ophavsmandens ønske om at henvende sig til personer, som befinder sig på dette område«<sup>55</sup>. Det bemærkes, at denne betingelse om at henvende sig finder anvendelse, uanset om den påståede krænkelse sker via et fysisk eller ikke-fysisk medium<sup>56</sup>.

62. Hvad angår retternes kompetence har Domstolen endnu ikke haft lejlighed til at tage direkte stilling til kriterierne for lokalisering af stedet for skadens indtræden med henblik på at fastslå, hvilken retsinstans der har kompetence i tilfælde af en påstået krænkelse via internettet af en immateriel rettighed, der ikke er underlagt registrering<sup>57</sup>. Det er imidlertid klart, at de løsninger, som Domstolen har anvendt i forhold til materiel ret, ikke automatisk kan overføres på reglerne for fastlæggelsen af retternes kompetence.

63. Ikke desto mindre kan sådanne løsninger være nyttige som inspiration til fortolkningen af artikel 5, nr. 3), i forordning nr. 44/2001, såfremt der er en særlig interesse i dette. Det kan imidlertid efter min opfattelse udledes af dommen i sagen *Football Dataco m.fl.*, at der i Domstolens praksis tilstræbes en sammenhæng, der kommer til udtryk derved, at kriterierne for lokalisering med hensyn til at betegne

51 — Parterne i sagen for Domstolen har næsten alle foreslået et forskelligt tilknytningspunkt, og P. Pinckney alene har foreslået tre alternative definitioner herpå.

52 — Jf. bl.a. til fordel for kompetence, der alene beror på adgang til den internetside, hvorfra ophavsretten er krænkelse, i Sverige jf. afgørelse truffet af Svea hovrätt den 4.2.2008 (RH 2008:4), og deroverfor, i Tyskland, afgørelse fra Oberlandesgericht Köln (30.10.2007, GRUR-RR 2008, 71) et krav om bevidst retning af virksomheden på hjemmesiden. For en redegørelse for de løsninger, der er anvendt i USA, se J. Hörnle, »The jurisdictional challenge of the Internet«, i L. Edwards, *Law and the Internet*, Hart Publishing, Oxford, 2009, s. 143.

53 — Den internationale privatret vedrørende immaterialretten og navnlig ophavsretten har de sidste 15 år været genstand for stor interesse i litteraturen, der har udmøntet sig i udarbejdelsen af forskellige metoder til afgørelsen af spørgsmålet om retternes kompetence. Jf. bl.a. om alternativerne til kompetencen for retterne på det sted, hvor sagsøgte har bopæl, CLIP-principperne fra European Max-Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (artikel 2:202 og 2:203) og de af American Law Institute (ALI) (artikel 204) vedtagne principper om international kompetence, lovvalg og afgørelser i grænseoverskridende civilretlige søgsmål på immaterialretsområdet, bl.a. nævnt af A. Metzger, »Jurisdiction in Cases Concerning Intellectual Property Infringements on the Internet«, i S. Leible og A. Ohly, *Intellectual Property and Private International Law*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, s. 251.

54 — Jf. dommen i sagen *L'Oréal m.fl.* vedrørende nationale og EF-varemærker (præmis 65), *Donner*-dommen vedrørende en påstået krænkelse af en krænkelse af en ophavsmands eneret til spredning (præmis 27) samt dommen i sagen *Football Dataco m.fl.* vedrørende en krænkelse af sui generis-retten med hensyn til databaser (præmis 39).

55 — Dommen i sagen *Football Dataco m.fl.*, præmis 39.

56 — Eftersom *Donner*-dommen, vedrørte grænseoverskridende salg af møbler, mens dommen i sagen *L'Oréal m.fl.* og dommen i sagen *Football Dataco m.fl.*, vedrørte internetvirksomhed.

57 — Af åbenlyse grunde, henset til den automatiske karakter af beskyttelsen af ophavsretten, kan det kriterium, hvorefter registreringsstedet anses for stedet for skadens indtræden, som Domstolen har anvendt i forhold til krænkelse af nationale varemærker ved hjælp af internettet i *Wintersteiger*-dommen, ikke anvendes på ophavsretskrænkelser.

den kompetente retsinstans er tilpasset de kriterier, der er defineret med henblik på at afgrænse det territoriale anvendelsesområde for en national ordning for beskyttelse af sui generis-retten for databaser. På spørgsmålet om lokalisering af en handling, der består i at fremsende data, som ifølge generaladvokat Cruz Villalón er uafhængigt af spørgsmålet om retternes kompetence, fastslog Domstolen efter at have henvist til de relevante bestemmelser i forordning nr. 44/2001, af »spørgsmålet om lokaliseringen af de i hovedsagen omhandlede fremsendelser, som ifølge Football Dataco m.fl. har skadet den væsentlige investering, som ligger til grund for oprettelsen af databasen, kan have indflydelse på spørgsmålet om den forelæggende rets kompetence«<sup>58</sup>.

64. I det foreliggende tilfælde, der vedrører en påstået krænkelse af visse ophavsretlige enerettigheder via internettet, forekommer det mig, at den tilgangsvinkel til lokalisering, som Domstolen har udviklet på det materielle plan i ovennævnte domme, ligeledes kan anvendes til at bestemme stedet for skadens indtræden med henblik på anvendelsen af artikel 5, nr. 3), i forordning nr. 44/2001 Denne vurdering støttes efter min opfattelse af selve karakteren af den skade, der er en følge af en krænkelse af retten til spredning og til overføring som omhandlet i direktiv 2001/29. Da denne skade kan vurderes som manglende indtægter som følge af den uautoriserede spredning af værker, forekommer det mig passende at give fortrinsret til en domstol, som fastslås efter en bedømmelse af den retning, som virksomheden har mod en bestemt offentlighed på den omhandlede internetside, en tilgangsvinkel, som i litteraturen er omtalt som teorien om »fokalisering«<sup>59</sup>. Kompetencen for en domstol, der er valgt på denne måde, er begrænset til de skader, der er indtrådt på det område<sup>60</sup>, som den formodede ophavsmand til krænkelsen bevidst har rettet sin virksomhed mod<sup>61</sup>.

65. Jeg foreslår desuden Domstolen at bekræfte denne retning og udvide den til at omfatte ophavsretten, idet territorialprincippet, som jeg allerede har fremhævet, indebærer en særlig forbindelse mellem omfanget af det territoriale anvendelsesområde for de anvendelige nationale bestemmelser og omfanget af retternes kompetence, selv om disse to aspekter forbliver adskilte og irreduktible i forhold til hinanden<sup>62</sup>.

66. Ved gennemførelsen af en sådan tilknytning kunne Domstolen lade sig inspirere af de ikke udtømmende kriterier, der blev angivet i dommen i sagen Pammer og Hotel Alpenhof<sup>63</sup>, idet det præciseres, at disse kriterier efter min opfattelse vil skulle anvendes af de nationale retsinstanser med en vis fleksibilitet bl.a. under hensyntagen til karakteren af den omhandlede aktivitet.

67. En yderligere præcisering bør tilføjes vedrørende nødvendigheden af at tilpasse rækkevidden af det kompetencekriterium, der følger af artikel 5, nr. 3), i forordning nr. 44/2001, til skader, der er lidt ved hjælp af internettet. I princippet fører kompetencereglerne i forordningens artikel 5 til, at der tillægges særlig kompetence til en bestemt domstol og ikke til samtlige retsinstanser i en medlemsstat<sup>64</sup>. Eftersom det tilknytningspunkt, der lægges til grund, er, hvem virksomheden på internetsiden er rettet mod, er det imidlertid min opfattelse, at forordningens artikel 5, nr. 3), skal fortolkes i den retning, at bestemmelsen tillægger kompetence til alle retsinstanserne i den medlemsstat, i hvilken målgruppen

58 — Punkt 2 i forslag til afgørelse fra generaladvokat Cruz Villalón fremsat den 21.6.2012 i den sag, der har givet anledning til dommen i sagen Football Dataco m.fl., samt dommens præmis 30.

59 — Vedrørende denne se ligeledes punkt 49-55 i mit forslag til afgørelse fremsat i den sag, der har givet anledning til dom af 16.6.2011, sag C-462/09, Stichting de Thuiskopie, Sml. I, s. 5331).

60 — Omfanget af retternes kompetence på stedet for skadens indtræden er begrænset til skader indtrådt på den pågældende medlemsstats område (dommen i sagen Shevill m.fl., præmis 28 og 30).

61 — Kriteriet defineret i præmis 39 i dommen i sagen Football Dataco m.fl.

62 — For analyser i litteraturen, der understreger interessen i en fælles tilgang til disse aspekter, jf. bl.a. H. Gaudemet-Tallon, »Droit international privé de la contrefaçon: aspects actuels«, *Recueil Dalloz*, 2008, s. 725, stk. 8, M. Vivant, *Lamy Droit du Numérique*, Lamy, 2012, nr. 2383, og T. Azzi, stk. 24.

63 — Dom af 7.12.2010, forenede sager C-585/08 og C-144/09, Sml. I, s. 12527, præmis 78-89. Kriterier som anvendt bl.a. i præmis 40-43 i dommen i sagen Football Dataco m.fl.

64 — Med undtagelse af forordningens artikel 5, nr. 6). Jf. i denne retning punkt 34 i mit forslag til afgørelse fremsat i den sag, der har givet anledning til Melzer-dommen.

for virksomheden findes<sup>65</sup>, på betingelse af, at disse retsinstanser i henhold til de nationale processuelle regler har saglig kompetence i tvister om ophavsret. I øvrigt kan en sådan kompetence kun forekomme med forbehold for særlige nationale bestemmelser, hvorefter tvister vedrørende grænseoverskridende skader skal indbringes for bestemte domstole, eksempelvis domstolene i landets hovedstad.

68. Det skal præciseres, at det tilgængelighedskriterium, hvorefter det lægges til grund, at en mulig skade indtræder på alle de steder, hvor den omhandlede internetside kan besøges, efter min opfattelse skal forkastes. Et sådant tilknytningspunkt vil således tilskynde til forum shopping, hvilket ville være i strid med Domstolens praksis, der til stadighed har forsøgt at dæmme op for denne risiko i sin fortolkning af forordning nr. 44/2001. Jeg bemærker i øvrigt, at det kriterium vedrørende stedet, hvor beskyttelsen er ansøgt, der er gjort gældende af P. Pinckney, ville føre til den samme splittelse af tvisten som kriteriet om tilgængelighed i betragtning af den automatiske karakter af beskyttelsen af ophavsretten i samtlige medlemsstaters retsordener. Jeg er imod en sådan mangedobling af kompetente domstole både af grunde, der kan henføres til territorialprincippet, og til forordningens formål om forudsigelighed og hensynet til god retspleje<sup>66</sup>.

69. P. Pinckney har foreslået et alternativ, der består i at udvide det kriterium, som vedrører det sted, hvor den krænkede har centrum for sine interesser, anvendt i dommen i sagen eDate Advertising og Martinez, til krænkelse af ophavsrettigheder begået på internettet, hvilket ville muliggøre en koncentration af løsningen af tvisten ved at tillægge retterne på dette sted kompetence vedrørende skaden som helhed. Det forekommer mig, at dette valgt ville bidrage til at generalisere forum actoris-kompetencen. En sådan fortolkning risikerer således at fratage artikel 2 i forordning nr. 44/2001 sin effektive virkning og at forvanske lovgivers hensigt som udtrykt ved kravet om en nær tilknytning mellem tvisten og den særlige kompetenceregulering i forordningens artikel 5, nr. 3).

70. Den potentielle immaterielle skade, der er en følge af en krænkelse af en persons omdømme eller privatliv, er generelt set større på det sted, hvor den pågældende har centrum for sine interesser, hvilket naturligt falder tilbage på kompetencereglerne. Derimod »kan denne vurdering [...] ikke gælde tilsvarende for fastlæggelsen af retternes kompetence for så vidt angår krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder«<sup>67</sup>. Den materielle skade, der er en følge af en krænkelse af en af de ovennævnte ophavsretlige enerettigheder, har således ikke den nødvendige forbindelse med lokaliseringen af centrummet for ophavsmandens interesser, men snarere med lokaliseringen af hans målgruppe<sup>68</sup>.

71. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg subsidært, hvis Domstolen fastslår, at anmodningen om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling, at besvare de præjudicielle spørgsmål samlet med, at artikel 5, nr. 3), i forordning nr. 44/2001 skal fortolkes således, at i tilfælde af en tvist vedrørende en påstået krænkelse af eneretten til spredning ved udbud på internettet af fysiske medier, der gengiver et ophavsretligt beskyttet indhold, eller af eneretten til overføring ved, at et ikke-fysisk indhold er blevet lagt på internettet, har den person, der føler sig krænkede, mulighed for at anlægge sag dels ved retten på det sted, hvor de personer, der står bag udbuddet på internettet af compactdiske (CD'er) eller offentliggørelsen på internettet af indhold, har hjemsted, med henblik på at søge erstatning for hele den lidte skade, dels ved retterne i den medlemsstat, mod hvilken virksomheden på den omhandlede internetside er rettet, med henblik på at søge erstatning for den skade, der er lidt på dette territorium.

65 — Det må antages, at en virksomhed på en internetside oftere er rettet imod offentligheden i en stat end mod offentligheden i en bestemt retskreds.

66 — Jf. vedrørende en kritik af en sådan tilknytning A. Lopez-Tarruella, »The International Dimension of Google Activities: Private International Law and the Need of Legal Certainty«, *Google and the Law*, Springer, The Hague, 2012, s. 329.

67 — Wintersteiger-dommen, præmis 24.

68 — Jf. ligeledes forslag til afgørelse fra generaladvokat Cruz Villalón i den sag, der har givet anledning til Wintersteiger-dommen, punkt 20.

## V – Forslag til afgørelse

72. På denne baggrund foreslår jeg Domstolen at afvise anmodningen om præjudiciel afgørelse fra cour de cassation fra realitetsbehandling.

73. Subsidiært, hvis Domstolen fastslår, at anmodningen om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling, foreslår jeg at besvare de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af cour de cassation, samlet på følgende måde:

»Artikel 5, nr. 3), i Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 af 22. december 2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område skal fortolkes således, at i tilfælde af en tvist vedrørende en påstået krænkelse af eneretten til spredning ved udbud på internettet af fysiske medier, der gengiver et ophavsretligt beskyttet indhold, eller af eneretten til overføring ved, at et ikke-fysisk indhold er blevet lagt på internettet, har den person, der føler sig krænkede, mulighed for at anlægge sag dels ved retten på det sted, hvor de personer, der står bag udbuddet på internettet af compactdiske (CD'er) eller offentliggørelsen på internettet af indhold, har hjemsted, med henblik på at søge erstatning for hele den lidt skade, dels ved retterne i den medlemsstat, mod hvilken virksomheden på den omhandlede internetside er rettet, med henblik på at søge erstatning for den skade, der er lidt på dette territorium.«